UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO

EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO

VITIMODOGMÁTICA E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES ARRISCADAS DA VÍTIMA

BELO HORIZONTE
2019

EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO

VITIMODOGMÁTICA E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES ARRISCADAS DA VÍTIMA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em direito.

Linha de Pesquisa: *Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito*
Área de Concentração: Direito e Justiça.
Área de Estudo: Direito Penal Contemporâneo.

Orientadora: Professora Dra. Sheila Jorge Selim de Sales.

BELO HORIZONTE
2019

Oliveira Neto, Emetério Silva de
O48r Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima / Emetério Silva de Oliveira Neto. — 2019.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Vitimologia – Teses 3. Delito – Teses 4. Crime – Teses 5. Responsabilidade penal – Teses I.Título

CDU(1976) 343.98

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

FACULDADE DE DIREITO

DIREITO
UFMG 1892

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO

Aos vinte e dois dias do mês de novembro de 2019, às 09h00, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora do candidato/UFMG); Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (UFPE); Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (UFC); Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG) e Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG), para a defesa de Tese como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do **Bel. EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO**, matrícula nº **2017650620**, intitulada: **"VITIMODOGMÁTICA E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES ARRISCADAS DA VÍTIMA"**. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovado/reprovado) atribuídos pela Banca:

Nota: 98,00 **Conceito:** Aprovado

Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora **Sheila Jorge Selim de Sales**, Orientadora do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

100 (cem)

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (orientadora do candidato/UFMG)

100 (cem)

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (UFPE)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG
Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Bairro Centro
Belo Horizonte - MG - Brasil - CEP: 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 ou (31) 3409.8636
e-mail: pos@direito.ufmg.br http://pos.direito.ufmg.br

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br – https://pos.direito.ufmg.br

100

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (UFC)

(80 - NOVENTA)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

100 (CEM)

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

- CIENTE: Emetério Silva de Oliveira Neto (Doutorando)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG
Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Bairro Centro
Belo Horizonte MG Brasil - CEP:30130-180

Fone: (31) 3409.8635 ou (31) 3409.8636
e-mail: pos@direito.ufmg.br http://pos.direito.ufmg.br

EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO

VITIMODOGMÁTICA E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES ARRISCADAS DA VÍTIMA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em direito.

Área de Estudo: Direito Penal Contemporâneo.

APROVAÇÃO EM: ____/____/____.

Banca Examinadora:

_____

Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG)

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (UFMG)

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (PUC-MG)

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (UFC)

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2019.

Primeiramente a Deus, meu Senhor Eterno, fonte da vida, razão inequívoca das minhas vitórias, autor da minha fé, pai da eternidade e príncipe da paz;

Aos meus *Pais*, grandes amores que tenho;

A Ana Karla, companheira de todas as horas;

À minha filha Ester, motivo de inspiração e força em mais essa caminhada acadêmica;

À professora Sheila, exemplo de vocação docente.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e ao seu Programa de Pós-Graduação (PPGD), pelo muito que me ensinaram durante essa tão intensa jornada doutoral.

À minha querida orientadora, Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales, por toda a confiança que sempre depositou em mim e pelo constante estímulo durante toda a fase de escrita da tese e, sobretudo, na difícil reta final.

Aos professores do PPGD-UFMG, em especial Camila Nicácio, Marcelo Galuppo, Roberto Luiz e Túlio Vianna, de cujas disciplinas tive o privilégio de ser aluno, pelos muitos ensinamentos em sala de aula. Registro, também, a minha profunda gratidão a muitos outros docentes do Programa e da Faculdade, pelas lições dadas em seminários, colóquios, cursos, minicursos, etc., que tive a oportunidade de participar.

Ao amigo Hermes Vilchez Guerrero, Diretor da FDUFMG, pela acolhida em Belo Horizonte e por tudo o mais. Ao professor Frederico Horta, pelas cirúrgicas e precisas críticas e observações feitas na ocasião da qualificação da tese. Assim também, ao professor Marcelo Cattoni, por ter aceitado compor a banca de qualificação da tese.

Aos professores Cláudio Brandão, Fernando Galvão, Hermes Guerrero e Samuel Miranda, por terem aceitado o convite para comporem a banca de defesa desta tese, o que muito me honrou. E aos professores Renato Marinho e Túlio Vianna, membros suplentes da banca.

Aos colegas mestrandos e doutorandos (alguns deles já mestres e doutores) que encontrei no PPGD-UFMG e com os quais tive o grande privilégio de poder confraternizar academicamente e em outros foros, e aos servidores técnico-administrativos da Casa, pela atenção de sempre.

Aos demais amigos, colegas professores e companheiros de jornada acadêmica, cujos nomes deixo de citar, para não correr o risco de esquecer alguém, por todo o estímulo, interação e respeito.

Aos meus alunos e ex-alunos, da Universidade Federal de Minas Gerais, onde fui estagiário docente por dois semestres, da Universidade Federal do Ceará, onde fui professor substituto por um ano, e da Universidade Regional do Cariri, onde atualmente sou professor efetivo, por tudo o que me ensinaram e ensinam.

A todas as demais pessoas e instituições que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse indescritível sonho: me tornar *Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*!

RESUMO

A presente tese centra-se no propósito de estruturar a vitimodogmática, isto é, a relevância penal do comportamento da vítima, como mecanismo de imposição de limites ao poder punitivo do Estado, tendo por base o plexo de direitos e garantias fundamentais que dimana da ordem jurídico-constitucional. Isso significa, em outras palavras, que a punição não é um fim em si mesma, devendo ser vislumbrada, ao revés, como o último dos meios para se atingir a paz social, tão vicejada pelo direito penal nas sociedades democráticas. Nesse sentido, estudos desenvolvidos pela vitimologia, em sua versão moderna, revelam que em inúmeras situações os interesses dos sujeitos envolvidos no fato delituoso, bem como os da comunidade na qual estão inseridos, satisfazem-se em maior medida a partir de métodos compositivos, em comparação com a pena de cárcere ao autor da infração. De outro lado, conforme inicialmente esclarecido, importa à dogmática da teoria do delito avaliar com a devida cautela as situações em que a vítima contribui para a ocorrência do fato *prima facie* criminoso e assim distribuir, em justa medida, a responsabilidade penal ao infrator ou, quando for o caso, evitar que se materialize, por considerar o crime inexistente. Surgem, em tal cenário, duas correntes vitimodogmáticas: para a primeira, majoritária, o comportamento da vítima beneficiará o agente unicamente no momento da dosimetria da pena, ao passo que a segunda defende que em certas ocasiões este comportamento poderá levar à exclusão da tipicidade da conduta. Ao proporcionar uma análise dogmática pormenorizada do coeficiente de comportamento da vítima, a vitimodogmática, por suas categorias (por exemplo: autocolocação em risco e princípio *vitimológico*), incide sobre a tipicidade, um dos elementos constitutivos do crime, valendo-se, para tanto, dos aportes da teoria da imputação penal objetiva. Em vista dessas considerações, busca-se no marco do princípio constitucional da autorresponsabilidade mudar o paradigma segundo o qual o sujeito apontado como vítima *é sempre inocente* e o apontado como autor *é sempre culpado* pelo evento, que destarte será *sempre criminoso*, assim olvidando outros fatores, propositadamente delineados ao longo desta pesquisa. A viabilidade dos instrumentos vitimodogmáticos colacionados é testada à luz de diversos tipos penais, a maior parte deles prevista na legislação brasileira, bem como através da análise de casos emblemáticos. O trabalho é de cunho bibliográfico, sem embargo da apreciação de importantes decisões emanadas de tribunais pátrios e estrangeiros.

Palavras-chave: Vitimodogmática. Teoria do delito. Imputação penal objetiva. Exclusão da tipicidade. Princípio de autorresponsabilidade. Crimes em espécie.

ABSTRACT

The present thesis focuses on the purpose of structuring the victimodogmatic, that is, the criminal relevance of the victim's behavior, as a mechanism for imposing limits on the punitive power of the State, based on the plexus of fundamental rights and guarantees emanating from the constitutional legal order. That means, in other words, that punishment is not an end in itself, but must be seen, in reverse, as the last means of achieving social peace, so greatly desired by criminal law, in democratic societies. In this sense, studies developed in the field of victimology, in its modern version, reveal that, in countless situations, the interests of the individuals involved in the criminal act, as well as those of the community to which they belong, are satisfied to a greater extent through autocompositional methods, in comparison to the prison sentence for the offender. On the other hand, as initially clarified, it matters to the dogmatics of the theory of crime to assess, with due caution, the situations in which the victim contributes to the occurrence of the *prima facie* criminal fact, and thus, having a fair distribution of criminal liability for the offender or, when appropriate, to avoid the punishment, for considering the crime non-existent. In such a scenario, two victimodogmatics trends emerge: for the first and majoritarian one, the victim's behavior will benefit the agent only at the time of the penalty deliberation, while the second argues that, on certain occasions, this behavior may lead to the exclusion of the typicality of the conduct. By providing a detailed dogmatic analysis of the victim's coefficient of behavior, the victimodogmatics, through its categories (eg, self-placement at risk and victimological principle), focuses on typicality, one of the constitutive elements of crime, relying, therefore, on the contributions of the objective criminal imputation theory. In view of these considerations, it is sought, under the limits of the constitutional principle of self-responsibility, to change the paradigm according to which the subject named as a victim is *always innocent* and the one appointed as the author is *always guilty* as charged, which will *always be criminal*, thus, forgetting other factors, purposely outlined throughout this research. The viability of the victimodogmatic instruments brought in is tested in the light of several penal types, most of them foreseen in the Brazilian legislation, as well as through the analysis of emblematic cases. The work is of bibliographical nature; nonetheless, there is the appreciation of important decisions issued by national and foreign courts.

Keywords: Victimodogmatic. Theory of the delicti. Objective criminal imputation. Exclusion of typicality. Principle of self-responsibility. Crimes in species.

RESUMEN

Esta tesis se enfoca en el propósito de estructurar la victimogmática, es decir, la relevancia criminal del comportamiento de la víctima, como un mecanismo para imponer límites al poder punitivo del estado, basado en el plexo de los derechos y garantías fundamentales que emanan del orden de derecho constitucional. Esto significa, en otras palabras, que el castigo no es un fin en sí mismo, sino que debe verse, a la inversa, como el último medio para lograr la paz social, tan favorecida por el derecho penal en las sociedades democráticas. En este sentido, los estudios desarrollados por la victimología, en su versión moderna, revelan que en innumerables situaciones los intereses de los sujetos involucrados en el acto criminal, así como los de la comunidad en la que se insertan, se satisfacen en mayor medida a través de métodos de composición, en comparación con la sentencia de prisión del delincuente. Por otro lado, como se aclaró inicialmente, es importante que la teoría dogmática del delito evalúe con la debida precaución las situaciones en que la víctima contribuye a la ocurrencia del hecho penal prima facie y, por lo tanto, distribuya de manera justa la responsabilidad penal al delincuente o, cuando sea apropiado, evite la materialización, considerando que el delito no existe. En tal escenario, surgen dos tendencias victimodogmáticas: para al primero, mayoritario, el comportamiento de la víctima beneficiará al agente solo en el momento de la dosificación de la pena, mientras que el segundo argumenta que en ciertas ocasiones este comportamiento puede llevar a la exclusión de la tipicidad de la conducta. Al proporcionar un análisis dogmático detallado del coeficiente de comportamiento de la víctima, la victimogmatic, por sus categorías (p. ej., riesgo propio y principio victimológico), se centra en la tipicidad, uno de los elementos constitutivos del delito, utilizando las contribuciones de la teoría de la imputación criminal objetiva. En vista de estas consideraciones, se busca dentro del principio constitucional de autorresponsabilidad cambiar el paradigma según el cual el sujeto nombrado como víctima siempre es inocente y el designado como autor siempre es culpable del evento, que por lo tanto siempre será criminal, olvidando así otros factores, esbozados a propósito a lo largo de esta investigación. La viabilidad de los instrumentos vitimodogmáticos colimados se prueba a la luz de varios tipos penales, la mayoría de ellos previstos en la legislación brasileña, así como a través del análisis de casos emblemáticos. El trabajo es de naturaleza bibliográfica, aunque se aprecian importantes decisiones emitidas por tribunales nacionales y extranjeros.

Palabras clave: Victimodogmática. Teoría del delito. Imputación penal objetiva. Exclusión de tipicidad. Principio de autorresponsabilidad. Delitos en especie.

RIASSUNTO

La presente tesi si concentra sul proposito di organizzare la teoria vittimodogmatica, cioè la rilevanza penale del comportamento della vittima come meccanismo dell'imposizione dei limiti al potere punitivo dello Stato, basandosi sul plesso dei diritti e delle graranzie fondamentali che fluisce dall'ordine giuridico-costituzionale. Ciò significa, tra'altro, che l'opinione non è fine a se stessa, anzi va contemplata come l'ultimo dei mezzi per raggiungere la pace sociale, così bramata dal diritto penale nelle società democratiche. In questo senso, studi sviluppati dalla vittimologia nella visione moderna rivelano che in innumerevoli situazioni gli interessi dei soggetti coinvolti nel fatto illecito, nonché quelli della comunità nella quale sono inseriti si soddisfano in maggiore o minore misura a partire dai metodi costituenti, all'inizio chiariti, importa alla dogmatica della teoria del reato, valutare con la dovuta prudenza, le situazioni in cui la vittima constribuisce all'occorrenza del fatto *prima facie* criminale e così distribuisce in giusta misura la responsabilità penale al trasgressore o, se sarà il caso, evitarne la materializzazione per considerare inesistente il reato. Nascono in tale contesto due correnti vittimodogmatiche: la prima, la maggiore, il comportamento della vittima favorirà l'agente unicamente nel momento della dosimetria della pena, mentre la seconda diffende che in certe situazioni, questo comportamento potrà portare all'esclusione della tipicità della condotta. Nel proporzionare un'analisi dogmatica dettagliata del coefficiente del comportametno della vittima, la vittimodogmatica, dalle sue categorie (per esempio: l'autoposizione davanti il rischio e in principio vittimologico) incidendo sulla tipicità, uno degli elementi costituenti del reato, approfittandosi per tanto dei contributi della teoria dell'imputazione penale obiettiva. Date queste considerazioni, si intende raggiungere la pietra miliare del principio costituzionale di autoresponsabilità il paradigma sul quale il soggeto, inteso come vittima è sempre innocente e quello inteso come autore è sempre colpevole dell'evento, in questo modo sarà sempre criminale, dimenticandosi di altri fattori, intenzionalmente delineati lungo questa ricerca. La fattibilità degli strumenti vittimodogmatici confrontati viene provata alla luce dei diversi tipi penali, la maggior parte di essi viene prevista dalla leggislazione brasiliana, nonché attraverso l'analisi dei casi emblematici. Il lavoro è coniato bibliograficamente, tuttavia l'apprezzo di importanti decisioni provenienti da tribunali nazionali o esteri.

Parole chiave: Vittimodogmatica. Teoria del delitto. Imputazione penale obiettiva. Esclusione della tipicità. Principio di autoresponsabilità. Delitti della stessa specie.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist, die Viktimodogmatik, d. h., die strafrechtliche Relevanz des Opferverhaltens, als ein Mechanismus zur Einschränkung der Strafkraft des Staates zu strukturieren, die auf der Verschränkung von Grundrechten und -garantien basiert und die von der verfassungsrechtlichen Ordnung ausgeht. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass die Bestrafung kein Selbstzweck ist, sondern als das allerletzte Mittel erkannt werden soll, um den durch das Strafrecht in den demokratischen Gesellschaften dermaßen erwünschten Sozialfrieden zu erreichen. Die von der modernen Auffassung von Viktimodogmatik durchgeführten Studien ergeben Folgendes: sowohl die Interessen der am Verbrechen beteiligten Subjekte als auch die der Gemeinschaft, der sie angehören, lassen sich zum großen Teil durch Kompositionsmethoden erfüllen, im Vergleich zu der Gefängnisstrafe des Täters. Andererseits, wie zuvor erklärt, ist es der Dogmatik der Verbrechenstheorie wichtig, mit der gebotenen Vorsicht die Situationen zu bewerten, in denen das Opfer zu der strafbaren *Prima-facie*-Handlung beiträgt und dadurch, in angemessenem Maße dem Täter die strafrechtliche Haftung zuzurechnen oder ggf. diese Haftung zu verhindern, unter der Bedingung, dass kein Verbrechen vorliegt. In einem solchen Szenario entstehen zwei viktimodogmatische Denkrichtungen: Für die erste, die vorwiegende, begünstigt das Verhalten des Opfers den Täter erst zum Zeitpunkt der Strafzuweisung, während die zweite dafür plädiert, dass dieses Verhalten bei bestimmten Gelegenheiten zum Ausschluss der Typizität eines solchen Verhaltens führen kann. Durch eine detaillierte dogmatische Analyse des Verhaltenskoeffizienten des Opfers wirkt die Viktimodogmatik nach ihren Kategorien (z.B. Opferprinzip) auf die Typizität aus, eines der konstitutiven Elemente des Verbrechens, wobei sie zu diesem Zweck die Beiträge der Theorie der objektiven strafrechtlichen Zurechnung verwendet. Angesichts dieser Überlegungen wird im Rahmen des verfassungsrechtlichen Selbstverantwortungsprinzips versucht, das Paradigma zu ändern, nach dem das als Opfer ernannte Subjekt immer unschuldig ist und das als Täter ernannte Subjekt immer der Handlung schuldig ist, der dementsprechend immer kriminell sein wird, und somit werden andere Faktoren vernachlässigt, die in dieser Forschungsarbeit absichtlich dargestellt werden. Die Umsetztbarkeit der gesammelten viktimodogmatischen Instrumente wird im Lichte verschiedener, größtenteils im brasilianischen Recht vorgesehener Straftatbestände sowie durch die Analyse exemplarischer Stratatentypen geprüft. Diese Arbeit liegt einer bibliographischen Forschungsperspektive zugrunde, wobei wichtige Entscheidungen von in- und ausländischen Gerichten ebenfalls berücksichtigt werden.

Schlüsselwörter: Viktimodogmatik; Verbrechenstheorie; Objektive strafrechtliche Zurechnung; Ausschluss der Typizität; Selbstverantwortungsprinzip; Verbrechensarten.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
al.	alínea
art.	artigo
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)
BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)
CCPCJ	Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal das Nações Unidas
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	Conferir
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
Dec.-Lei	Decreto-Lei
DP	Defensoria Pública
DPU	Defensoria Pública da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
e.g.	exempli gratia (por exemplo, em latim)
etc.	et cetera (e demais coisas)
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
inc.	inciso
InDret	*Revista para el análisis del derecho* (periódico)
Inq.	Inquérito
LC	Lei Complementar
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros

LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MMA	Artes Marciais Mistas
MP	Ministério Público
OLG	Oberlandesgericht
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de emenda Constitucional
p. ex.	por exemplo
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RBCCRIM	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
ss.	seguintes
séc.	século
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM-SP	Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TPI	Tribunal Penal Internacional
TS	Tribunal Supremo Espanhol
UNIC	Universidade de Cuiabá
v.g.	verbi gratia (por exemplo, em latim)
Vol.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 18

2 NOTAS PRELIMINARES SOBRE A VITIMODOGMÁTICA E A SUA DIFERENCIAÇÃO FRENTE À VITIMOLOGIA 24

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS 24

2.2 CARACTERIZANDO A VITIMODOGMÁTICA 26

2.3 VITIMOLOGIA E VITIMODOGMÁTICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA 27

2.4 ELEMENTOS INERENTES À TEORIA DA VITIMOLOGIA PRESENTES NA VITIMODOGMÁTICA 33

2.4.1 Ideia de vítima e processos de vitimização 34

2.4.2 Fases enfrentadas pela vítima ao longo da história 36

2.4.3 A necessidade de reparação à vítima dos danos oriundos do crime 40

2.4.4 Vitimologia como fundamento político-criminal à teoria da pena, considerados os aspectos da legitimação e da aplicação 44

2.5 ASPECTOS DA VITIMOLOGIA E DA VITIMODOGMÁTICA ENCONTRADOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E EM DOCUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS 52

2.5.1 Parte Geral do Código Penal 53

2.5.2 Parte Especial do Código Penal 56

2.5.3 Legislação Penal Extravagante 59

2.5.4 Tratados, convenções e resoluções internacionais 64

2.6 SÍNTESE DO SEGUNDO CAPÍTULO 67

3 CORRENTES VITIMODOGMÁTICAS 68

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 68

3.2 AS PRINCIPAIS CORRENTES VITIMODOGMÁTICAS 71

3.2.1 Corrente majoritária: o comportamento da vítima reflete na dosimetria da pena do agente 72

3.2.1.1 O iter victimae 74

3.2.1.2 Delineamentos conclusivos 76

3.2.2 Corrente minoritária: o comportamento da vítima exclui a tipicidade da conduta do terceiro 77

3.2.3 Terceira corrente: delitos de relação e delitos de intervenção (Hans Schultz) 82
3.3 A VÍTIMA COMO CATEGORIA DOGMÁTICA À LUZ DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS 86
3.3.1 Uma breve análise dos sistemas naturalista, neokantiano, finalista e funcionalista 87
3.3.2 Teoria da imputação penal objetiva: contextualização e repercussões dogmáticas 91
3.3.3 A vítima no funcionalismo teleológico de Claus Roxin 95
3.3.4 A vítima no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs 98
3.3.5 Vitimodogmática e princípio da confiança 100
3.4 VITIMODOGMÁTICA COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO DO ESTADO 101
3.4.1 Vitimodogmática e o princípio penal fundamental da intervenção mínima 103
3.4.2 Vitimodogmática como método hermenêutico de interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais 105
3.5 SÍNTESE DO TERCEIRO CAPÍTULO 108

4 RELEVÂNCIA DA VITIMODOGMÁTICA PARA A TEORIA DO DELITO ANTE A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE 110
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 110
4.2 LIBERDADE E AUTONOMIA DA VÍTIMA DIANTE DAS PERSPECTIVAS JUSPOSITIVISTA E JUSNATURALISTA 113
4.3 BREVE PANORAMA DAS IMPLICAÇÕES DA VITIMODOGMÁTICA NOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO 119
4.3.1 Tipicidade e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima 121
4.3.2 Ilicitude e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima 127
4.3.2.1 Do estado de necessidade agressivo 130
4.3.2.2 Do estado de necessidade defensivo 131
4.3.3 Culpabilidade e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima 132
4.3.3.1 Culpabilidade como critério definidor da medição da pena 136
4.3.3.2 Delineamentos conclusivos 137
4.4 AS CATEGORIAS FUNDAMENTAIS DA VITIMODOGMÁTICA E A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE 137
4.4.1 O princípio vitimológico na perspectiva de Bernd Schünemann: origem e fundamento teórico 138
4.4.2 O princípio constitucional de autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*) e a

violação ao dever de autoproteção 142
4.4.3 A imputação da ação ao âmbito de responsabilidade da vítima como categoria independente 147
4.4.4 Autocolocação em risco (*Selbstgefährdung*) 151
4.4.5 Heterocolocação em risco (*einverständliche Fremdgefährdung*) 158
4.4.5.1 Os efeitos dogmáticos do critério da participação e da autoria sobre a participação em uma autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida 163
4.4.5.2 Posição adotada 166
4.4.6 Consentimento do ofendido 167
4.4.6.1 Acordo e consentimento stricto sensu: as teorias dualista e monista 171
4.4.6.2 Posição adotada à luz da vitimodogmática 174
4.5 VITIMODOGMÁTICA E O DEVER DE GARANTE DO ARTIGO 13, § 2ª, al. "c", DO CPB 175
4.6 EXCLUSÃO DE TIPICIDADE NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DOS POSTULADOS VITIMODOGMÁTICOS 177
4.6.1 O alcance da contribuição doutrinária 178
4.6.2 Análise do entendimento jurisprudencial 179
4.6.2.1 Concorrência e compensação de culpas no direito penal 183
4.6.2.2 Culpa exclusiva da vítima nos delitos culposos de trânsito 185
4.6.3 Aspecto legal e a imperiosa necessidade de mudança de paradigma 187
4.7 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS ENDEREÇADAS À *MÁXIMA VITIMODOGMÁTICA* 189
4.8 SÍNTESE DO QUARTO CAPÍTULO 193

5 VITIMODOGMÁTICA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL 195
5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 195
5.2 CARACTERIZANDO A LEGALIDADE PENAL 196
5.3 SITUAÇÕES DE VULNERAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL E O CONTRAPONTO VITIMODOGMÁTICO 199
5.4 SÍNTESE DO QUINTO CAPÍTULO 202

6 OS EFEITOS DA VITIMODOGMÁTICA SOBRE ALGUNS TIPOS PENAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 203
6.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 203
6.2 A VITIMODOGMÁTICA EM FACE DO TIPO SUBJETIVO

(INTENCIONALIDADE DO AGENTE) 206
6.3 APLICAÇÃO DA VITIMODOGMÁTICA AOS CRIMES EM ESPÉCIE 210
6.3.1 Crimes contra a vida e lesões corporais 211
6.3.2 Crimes de periclitação da vida e da saúde 217
6.3.3 Crimes contra a honra 220
6.3.4 Crimes contra o patrimônio 221
6.3.5 Crimes contra a dignidade sexual 225
6.3.6 Outras modalidades de delitos 232
6.4 AS CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIS DA DECISÃO QUE RECONHECE A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE COM BASE NA VITIMODOGMÁTICA 234
6.5 SÍNTESE DO SEXTO CAPÍTULO 236

7 ANÁLISE E RESOLUÇÃO DE ALGUNS CASOS A PARTIR DE PONDERAÇÕES VITIMODOGMÁTICAS 237
7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 237
7.2 O *CASO DOCA STREET*: HOMICÍDIO PASSIONAL (1976) 238
7.2.1 Vislumbre vitimodogmático das teses de defesa 240
7.2.2 Delineamentos conclusivos 241
7.3 O CASO DA *APLICAÇÃO INTRAVENOSA DE MORFINA* COM RESULTADO MORTE: AÇÃO PENAL Nº 0147530-07.2016.8.06.0001, COMARCA DE FORTALEZA-CE (2016) 242
7.4 O CASO DO MISSIONÁRIO MORTO AO TENTAR CONTATO COM HABITANTES DA *ILHA SENTINELA DO NORTE* (2018) 244
7.5 OUTROS CASOS RELEVANTES ENCONTRADOS NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA 245

CONCLUSÕES 249

REFERÊNCIAS 254

1 INTRODUÇÃO

Há um paradoxo que a moderna dogmática da teoria do delito precisa urgentemente superar: *à importância da figura da vítima para a definição abstrata de determinados tipos de crimes (v.g., homicídio e estupro) corresponde um certo menoscabo para com a consideração da relevância jurídico-penal do seu comportamento em direção à configuração do fato criminoso*. Nesse sentido, toma-se por correta uma noção que entendemos de todo equivocada, a saber: *a vítima não seria um fator determinante para se aquilatar, no caso concreto, a presença dos elementos que compõe o conceito analítico de crime* – o que equivale a este próprio –, com destaque para a tipicidade, no nível da imputação da conduta ou do resultado ao tipo objetivo.

Observa-se, ao longo do processo histórico, que a vítima atravessou basicamente três fases contínuas: protagonismo *(1)*, neutralização *(2)* e redescobrimento *(3)*. A segunda coincide com a assunção do *ius puniendi* por parte do Estado, buscando-se com isso dissipar "a lei do mais forte", decorrente das práticas de vingança privada inerentes ao primeiro momento, também chamado de *idade de ouro*.

Com a perda de destaque da vítima, três elementos ganharam proeminência nas análises criminológica e dogmática: o *crime*, o *criminoso* e a *pena*. Para fundamentar esses conceitos, de um lado ergueu-se a doutrina da proteção do bem jurídico e, do outro, a da prevenção geral, que na verdade seria a fiadora da primeira[1]. De ambas, entretanto, a vítima esteve alijada. Viu-se, com o passar dos anos, que o completo esquecimento enfrentado pela vítima nesse novo contexto estaria ocasionando profundas externalidades negativas. Duas, de logo, podem ser mencionadas: desprezo quanto ao seu comportamento determinante para a ocorrência do evento *(1)*, o que abriu espaço para o surgimento da *vitimologia clássica*; e completo esquecimento dos seus direitos violados como consequência da perpetração do crime *(2)*, com o aparecimento da *nova vitimologia*, cujas preocupações centram-se na própria vítima.

Estaríamos, assim, presentemente, na fase do *redescobrimento*, que no nosso entender não se adstringe à esfera do atendimento, por parte do Estado e dos atores do sistema

---

[1] Para Günther Jakobs, todavia, "correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento". Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 13-14. Sem embargo do reconhecimento da noção de prevenção geral como um dos *motes* do direito penal, portanto da consequência (pena) que ele carreia em repulsa a ataques ao bem jurídico tutelado, Aníbal Bruno, entre nós, vai além, anotando que "na cominação da pena exprime-se a reprovabilidade que a consciência jurídica faz pesar sobre o fato e reafirma-se a vontade do Estado de asegurar a validade da norma que o proíbe". Cf. BRUNO, Aníbal. *Das penas.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 11.

de justiça criminal, dos interesses da vítima. Com efeito, se em sentido amplo o redescobrimento significa conferir à vítima um papel de maior destaque nos âmbitos da política criminal, da criminologia, do direito penal material e até do processo penal – ampliando-se em tal domínio os espaços de participação da vítima –, há que também ingressar nesse bojo a análise dogmática do seu proceder para a concretização do injusto penal[2], da qual se ocupa a *vitimodogmática*, que conquanto não se confunda com a vitimologia (clássica), nela indubitavelmente encontra o seu ponto inaugural.

No marco dessas considerações iniciais, a vitimodogmática, que é o núcleo da presente tese doutoral, significa, em apertada síntese, *o olhar dogmático do comportamento da vítima para a ocorrência do crime*. Via de regra, essa tomada de posição projeta reflexos em benefício do agente, tanto na quantificação da pena quanto na (não) caracterização do fato como delitivo. Nesta última hipótese, os influxos das soluções vitimodogmáticas recaem sobre as bases da teoria do delito[3], com exclusão da tipicidade da conduta. Todavia, como ainda sói acontecer, a vitimodogmática não logra atingir tais aspirações sem que se apontem os limites da sua atuação, debaixo de uma unidade que a tenha como fio condutor.

Por isso, o trabalho vertente tem por finalidade precípua sistematizar todos os conceitos que, embora de maneira dispersa, no geral tratam aqui ou acolá da temática da participação da vítima para a deflagração do crime. Assim, os institutos que a doutrina e a jurisprudência avaliam em separado da vitimodogmática, ordinariamente relegada a um plano secundário, serão configurados, nessa toada, como seus elementos constitutivos, ou seja, partes de um fenômeno cujo marco a eles comum é a conduta da vítima. Merecerão destaque os seguintes: princípio vitimológico, elaborado por Bernd Schünemann para resolver problemas da Parte Especial do direito penal; princípio de autorresponsabilidade, de matriz constitucional; imputação da responsabilidade ao âmbito da vítima, nas ações a próprio risco; participação em uma autocolocação em risco, tendo a vítima um maior poder de evitação do resultado lesivo; heterocolocação em risco consentida, em que há uma maior dominabilidade da situação arriscada por parte do terceiro; e consentimento do ofendido, quando este validamente consente no resultado que lhe é danoso.

---

[2] Isso significa, do ponto de vista objetivo, que a fase de redescobrimento compõe-se de dois aspectos valorativos: *1)* necessidade de reparação dos direitos da vítima violados pelo crime (*nova vitimologia*); e *2)* necessidade de averiguação do comportamento da vítima, quando possível, em favor do agente (*vitimodogmática*).

[3] Desenvolvida e estruturada a par de quatro elementos, que embasam toda conduta punível: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Cf. nesse sentido, por todos: ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 193-194.

O Capítulo seguinte a esta introdução traz as necessárias distinções entre a teoria da vitimologia e a vitimodogmática, a fim de espancar qualquer possível confusão acerca do significado e da função desempenhados por cada uma dessas realidades, a primeira atrelada à criminologia e a segunda à dogmática penal. Nesse diapasão, mostra que elementos inerentes à vitimologia também estão presentes na vitimodogmática, perquirindo, dentre outras situações de realce, a consistência vitimológica de alguns fundamentos político-criminais à teoria da pena, considerados os aspectos da legitimação e da aplicação. E finaliza investigando detalhadamente a presença de elementos da vitimologia e da vitimodogmática na legislação brasileira (*e.g.*, Código Penal e leis especiais) e em documentos jurídicos internacionais, o que ressalta a importância do tema versado para além das fronteiras normativas pátrias.

No Capítulo terceiro, estudaremos as correntes vitimodogmáticas, que são basicamente três: *1)* majoritária, dita *fraca*, segundo a qual o comportamento motivador da vítima reflete unicamente na dosimetria da pena do agente, mantendo-se, destarte, o crime intacto; *2)* minoritária, também apelidada de *forte*, que sustenta que o comportamento da vítima exclui a tipicidade da conduta do terceiro, vale dizer, o próprio crime; e *3)* a que se debruça sobre os chamados crimes de *relação* e de *intervenção*, devendo-se o surgimento dessa especificação a reflexões gerais sobre o campo de aplicação da vitimodogmática como elemento da parte especial do Direito Penal, um reforço, em determinados aspectos, às possibilidades de concreção da corrente anterior. Ademais, após breve estudo dos sistemas naturalista, neokantiano, finalista e funcionalista, bem como da teoria da imputação penal objetiva, trataremos a vítima como categoria dogmática à luz das teorias funcionalistas, nomeadamente o funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin e o sistêmico ou radical de Günther Jakobs. Ressumará claro, ao fim, que a vitimodogmática aflui como um limite ao poder punitivo do Estado, do que dão provas o princípio penal fundamental da intervenção mínima e o auxílio que *de lege lata* ela propicia à interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais.

Por ocasião do Capítulo 4, onde está o coração da presente tese, se abordará, em toda a sua plenitude, a consistência da vitimodogmática em termos de exclusão da responsabilidade penal do agente, ratificando-se o quão seus elementos estruturantes são imprescindíveis à teoria do delito. Nesse giro, resolvemos iniciar a análise vindicada a partir de um esboço pormenorizado das perspectivas juspositivista e jusnaturalista, alinhando a vitimodogmática – mormente quando aplicada *de lege lata*, o que poderá significar sem o respaldo legislativo explícito, mas segundo o critério de justiça[4] que anima as regras e princípios

[4] Conforme ponderações de Gimbernat Ordeig, *"la introducción de la idea de la justicia en la interpretación teleológica es uno de los medios para conferir validez imediata al Derecho natural"*. Cf. GIMBERNAT

constitucionais[5] – aos corolários jusnaturalistas, alinhamento esse justificado tão-somente na medida em que fundamentá-la sob o prisma estritamente dogmático não se afigure possível. Em seguida, apresentam-se os elementos que constituem o crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) com as suas respectivas causas de exclusão, mostrando a possível influência da vitimodogmática para tanto, sobretudo no que concerne ao elemento tipicidade. Assim, se defenderá que, uma vez incidentes, as categorias deste instituto (p. ex.: autocolocação e heterocolocação em risco consentida) terão o condão de fazer excluir, invariavelmente, a tipicidade. O alcance da vitimodogmática como fator de exclusão da imputação ao tipo objetivo também será discutido à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência pátrias, quando se perceberá que no Brasil o debate ainda é inconsistente e pouco produtivo. Ver-se-ão, por derradeiro, o confronto da vitimodogmática com o dever de garante estabelecido no art. 13, § 2º, al. "c", do CPB, assim como as mais contundentes críticas dirigidas através do tempo contra a sua principal solução.

Embora a pesquisa traga proposições *de lege ferenda* – tendo por mote o trâmite no Senado Federal do PLS nº 236, que institui o novo Código Penal –, com o fim de se implementar no domínio da lei os delineamentos vitimodogmáticos alvitrados, se demonstrará, ao longo do Capítulo 5, que a vitimodogmática não viola o princípio da legalidade penal, debulhado desde as suas origens históricas em tópico especialmente reservado para esse fim. Para firmar o entendimento, radicado no fato de que a vitimodogmática não ocasiona prejuízos ao imputado, antes o livra da jurisdição penal ao descarregar em situações específicas sobre a "vítima" a inteira ou a mais aguda responsabilidade pelo evento, serão mostrados dois equivocados precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que colidem frontalmente com esse princípio constitucional[6]. Um se refere ao julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4733, culminando com a criminalização, pela via judiciária, das condutas homofóbicas e transfóbicas, que doravante serão equiparadas aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei de Racismo (nº 7.716, de 08/01/1989). O outro diz com a adoção, fora das restritas hipóteses

---

ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1999, p. 83.

5 Toda realização de direitos deve estar subordinada à normatividade da Constituição. Ver, nesse tocante: HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação.* Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 59.

6 Como dito por Eros Grau, "apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante". Cf. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20. Deve-se novamente observar, contudo, que não viola a segurança jurídica (previsibilidade e calculabilidade), muito menos a legalidade, a resolução de um caso penal *em benefício do acusado* com fulcro em instrumento dogmático não previsto expressamente em lei formal, mas decorrente de ditames constitucionais e que guarda harmonia com o sistema jurídico considerado em seu todo, qual o é a vitimodogmática nos moldes aqui defendidos.

estabelecidas no CPP (arts. 318 e 318-A), de prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, mesmo na ausência do *periculum libertatis*[7].

Subsequente à análise do tipo subjetivo, em que a pesquisa se debruça sobre a intencionalidade do autor e da vítima, para o fim de delimitar o dolo eventual da culpa consciente, o Capítulo 6 traduz os efeitos da vitimodogmática, já declinados no anterior, em face de alguns tipos penais previstos na legislação brasileira, em especial os crimes: contra a vida e lesões corporais; de periclitação da vida e da saúde; contra a honra; contra o patrimônio; e contra a dignidade sexual. Encerra com as consequências extrapenais da decisão que reconhece a exclusão da tipicidade com espeque na vitimodogmática, apresentando, para as situações limítrofes, mais uma proposta *de lege ferenda*, consistente no impedimento de propositura da ação civil *ex delicto* quando houver a supressão da tipicidade pela anuência válida da vítima ao resultado danoso.

Espelhado no cabedal de conceitos ventilados ao longo do texto, o Capítulo 7, por fim, é inteiramente dedicado à *análise e resolução de casos especiais a partir dos axiomas vitimodogmáticos*[8]. Dois deles merecem destaque: *a)* o julgamento de *Doca Street*, narrado por Evandro Lins e Silva no livro *A defesa tem apalavra*, considerando-se a admissibilidade dogmática das teses sustentadas pela defesa do réu; e *b)* a morte de um missionário ao tentar contato com habitantes da *ilha Sentinela do Norte*, cuja solução, em nosso sentir, se dá com base no instituto da heterocolocação em risco consentida. A despeito de se adotar a abordagem dedutiva[9], a pesquisa é notadamente aplicada, caracterizando-se por seu interesse prático, isto é, pela utilização dos resultados na solução de problemas que ocorrem na pulsante realidade jurídico-penal.

Deste modo, o *caráter inovador da tese* consiste em pensar uma dogmática do direito penal orientada à figura da vítima, evidenciando o componente vitimológico presente na teoria do delito – e que deve aplicar-se à diversas situações concretas –, o que se fará em duas direções: *1)* primeiro, observando se o risco criado pelo autor era insuficiente para a produção do resultado e só adquiriu a suficiência necessária ao somar-se ao risco criado pela vítima; *2)*

---

[7] Tais posicionamentos, conforme sublinhado no início, apenas ilustram violações ao dogma da legalidade penal perpetradas pela corte máxima de justiça. A relação com o tema do trabalho, portanto, não há negar, é apenas mediata. O objetivo maior é demonstrar como atualmente a legalidade vem sendo interpretada pela jurisprudência a partir de analogias *in malam partem*, ao contrário do que resulta das ponderações vitimodogmáticas, operadas sempre *in bonam partem*.

[8] Trata-se de um arremate, considerando que nos capítulos anteriores invariavelmente se realiza uma extensa verificação da viabilidade das proposições vitimodogmáticas a partir de casos já resolvidos pela doutrina e/ou jurisprudência ou ainda por resolver.

[9] A apresentação de conceitos gerais tem o escopo de fomentar o necessário ambiente dogmático para a resolução de situações concretas.

segundo, investigando se, ainda que seja suficiente *a priori* para a produção de um resultado lesivo de bens jurídicos, a conduta, também perigosa, da vítima, determinou que o resultado finalmente produzido não fora realização do risco gerado pelo autor, mas sim do seu próprio[10].

O estudo é eminentemente pautado em pesquisa bibliográfica de livros e outras publicações acadêmicas voltadas às ciências penais, mais exatamente à vitimodogmática e aos fundamentos da teoria do delito, possibilitando-se uma investigação da temática sob o ângulo do direito comparado, a partir do estudo de autores estrangeiros. De outra banda, faz-se um estudo documental das legislações e de decisões judiciais que sejam representativas do recorte sugerido – qual seja, a observação jurídica da situação penal do autor de lesões não necessariamente criminosas para as quais a vítima tenha contribuído decisivamente. Nesse intento, realizam-se consultas sistemáticas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais de segunda instância, bem como de algumas cortes estrangeiras, coletando dados oficiais que possibilitem a identificação e aplicação, de uma maneira geral, das correntes vitimodogmáticas, nomeadamente a *minoritária*, ao Direito Penal brasileiro. A pesquisa documental é confrontada com a pesquisa bibliográfica, numa etapa preponderantemente teórica, consistente na proposição de uma dimensão normativa garantista de exclusão da tipicidade da conduta *a priori* punível quando seja apropriado o encaixe de algum instrumento vitimodogmático, de modo a tornar a interpretação dos direitos fundamentais[11] adequada à realidade do sistema penal moderno.

É bom frisar, ao cabo dessas considerações introdutórias, que a articulação sistemática das categorias vitimodogmáticas, consideradas as sobreditas noções de organização conjunta autor-vítima e de assunção de riscos com autorresponsabilidade que guiam muitas delas, insere-se em uma perspectiva multi e interdisciplinar. Por esta razão, não obstante a pesquisa envolva principalmente discussões concernentes à dogmática do Direito Penal, procura coordenar tais questões com matérias dos campos da criminologia, vitimologia, política criminal e da psicologia jurídica (móveis comportamentais e categorizações das vítimas), essenciais para a compreensão da função do direito penal material e de sua orientação, em parte, pelas consequências, o que está relacionado diretamente com a hipótese proposta.

---

[10] Embora sem desenvolvê-la, Jesús María Silva Sánchez visualizou perspectiva semelhante como inerente ao *direito penal do futuro*. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La víctima en el futuro de la dogmatica. In: IPIÑA, Antonio Beristain (dir.). *Victimología:* VIII Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1990, p. 234. Desenvolver essa noção sob uma nova roupagem – vazada na sistematização conceitual do fenômeno vitimodogmático – é o que aqui se pretende.

[11] Dentre eles: autonomia (da vítima), liberdade, igualdade e proporcionalidade da intervenção penal.

2 NOTAS PRELIMINARES SOBRE A VITIMODOGMÁTICA E A SUA DIFERENCIAÇÃO FRENTE À VITIMOLOGIA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora pouco difundida e, por conseguinte, reduzidamente trabalhada pelos autores e jurisprudência brasileiros, a vitimodogmática de há muito vem sendo estudada, debatida e aplicada com considerável notoriedade em países da Europa, como Alemanha[12] e Espanha[13], ressaltando-se a magnitude dos seus aportes teórico-metodológicos para o avanço da dogmática penal moderna, que dela certamente já não pode prescindir. Por outro lado, em que pese tenha a figura da vítima como vetor central das suas reflexões, a vitimodogmática não se confunde com a vitimologia, sendo esta uma ciência autônoma[14], que logrou, no decorrer das últimas décadas, alcançar importantes desenvolvimentos para a resolução de problemas concretos.

Com efeito, pode-se asseverar que a vitimologia se aproxima da criminologia[15], cabendo a esta última se ocupar "de las condiciones que dan origen o inciden en la evolución

---

[12] A respeito do tema, cf. publicação recente do professor alemão Thomas Hillenkamp: Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur "viktimologischen Maxime" als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *ZStW,* 129 (2017), S. 596 ff.; dentre muitas outras há algum tempo vindas à lume por obra de autores do quilate de Bernd Schünemann, Claus Roxin e Raymond Hassemer, consoante se verá mais adiante. No mesmo diapasão, é emblemática a tese de doutorado de Manuel Cancio Meliá, intitulada *"Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arraigadas"*, defendida em 1997 perante a *Universidad Autónoma de Madrid*, a qual trata de variadas e intricadas questões que envolvem o aspecto dogmático da conduta da vítima face à ocorrência do fato que se pretende delituoso.

[13] Sobre o desenvolvimento e aplicação nestes países do princípio de autorresponsabilidade e do princípio *vitimodogmático*, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 94 e ss. Por sua vez, Gimbernat Ordeig menciona antigos pronunciamentos do Tribunal Supremo (TS) espanhol em torno da participação em autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida: cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), p. 75 e ss.

[14] Sobre a *teoria da vitimologia* como ciência independente, cf. BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1970, p. 23-28; PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia:* história, teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3-4; SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 19; OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal:* o crime precipitado ou programado pela vítima. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8-9. Pontue-se, contudo, que a autonomia científica da vitimologia tem sido objeto de inúmeras discussões, tanto que não raro a vitimologia é tratada como uma disciplina criminológica de incerta identidade (ver por todos: CORNACCHIA, Luigi. *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo.* Roma: Aracne, 2012, p. 19 e ss.).

[15] Em estudo voltado à vitimologia, Andrew Karmen faz as necessárias diferenças entre os trabalhos dos criminologistas e dos vitimologistas: "Criminologists try to calculate the social and economic costs that criminal activity imposes on a community or on society as a whole. Victimologists estimate the losses and expenses that individuals and businesses incur due to acts of violence, theft, or fraud". Cf. KARMEN, Andrew. *Crime victims:* an introduction to Victimology. 7 ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2010, p. 18.

de lo que se entiende como desviación y su significación social"[16], em suma do multifário fenômeno da criminalidade. Usando o retrato da "reação social" de Lola Aniyar de Castro, sem embargo das inúmeras complexidades de que o tema se reveste e das quais a autora não faz tábula rasa em sua profícua investigação, a criminologia abarcaria algumas funções explícitas relevantes, sendo neste sentido a atividade intelectual que estuda: *1)* os processos de criação das normas penais e das normas sociais relacionadas com o comportamento desviante; *2)* os processos de infração e de desvio destas normas; e *3)* a reação social, formalizada ou não, que as infrações ou desvios tenham provocado[17].

Voltando à vitimodogmática, é fácil perceber que as implicações do seu estudo para o direito penal se compreendem a partir do prisma dogmático ou normativo-axiológico (mundo do *dever-ser*), o que não impede que em determinados momentos as suas construções rumem consoante a direção traçada pelos ventos da criminologia – e da própria vitimologia –, bem como da política criminal (realidades do *ser*), se considerada a interdisciplinaridade destas esferas científicas[18].

O presente capítulo, portanto, tem como objetivo essencial conceituar a vitimodogmática e, a partir daí, mostrar as principais diferenças entre ela e a vitimologia – ingressando, já de plano, nos aspectos mais candentes da pesquisa ora encetada –, sem embargo de realçar, dada a relevância do fenômeno, algumas características peculiares da vitimologia, até por ter sido, a versão clássica dessa teoria, o ponto de partida da vitimodogmática,

---

[16] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 51. Zaffaroni, de seu turno, acentua que é fundamental à criminologia na atualidade também "ocupar-se da construção da realidade levada a cabo pelos meios de comunicação social de massa". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

[17] CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social.* Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 52.

[18] São palavras de Luiz Regis Prado: "em realidade, a ciência do Direito penal ou dogmática penal, a política criminal e a criminologia são ciências que se distinguem, mas que não se separam; antes se completam". Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43. Para Mir Puig, se se utiliza o modelo simplificado da estrutura tridimensional do Direito, que o distingue em uma dimensão de *norma*, outra de *fato* e uma terceira de *valor*, poder-se-ia dizer, numa abordagem esquemática, que a Dogmática jurídico-penal se ocupa do direito penal como norma, a Criminologia como fato e a Política criminal como valor (cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General. Reimp. de la 3. ed. Barcelona: Promociones e Publicaciones Universitarias, 1995, p. 19). Contemplando a *dogmática penal* como formalização legal de um programa de *política criminal* determinado, Juarez Cirino dos Santos averba: "Nesse sentido, parece não existir contradição entre *dogmática penal* e *política criminal*, que se comportam como as faces de uma só e mesma moeda, integrados numa relação de recíproca complementação: a dogmática penal é a sistematização de conceitos extraídos de um programa de política criminal formalizado em lei, e todo programa legislado de política criminal depende de uma dogmática específica para racionalizar e disciplinar sua aplicação". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 1. Na esteira de Cirino dos santos, cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, *passim*. Em sentido contrário, cf. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal.* México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, *passim*.

hodiernamente estruturada em pressupostos que lhe dão induvidosa conotação própria.

Nesse sentido, serão escrutinados: *a)* os elementos da teoria da vitimologia (tradicional e moderna), com destaque para o conceito de vítima e os processos de vitimização; *b)* as fases enfrentadas pela vítima ao longo da caminhada histórica da humanidade, com olhares para as críticas colimadas a tais momentos; *c)* os posicionamentos doutrinários que guindam a *nova vitimologia*, centrada no prisma da vítima, como fundamento de política criminal à teoria da aplicação da pena (perspectiva do autor); *d)* as tendências vitimológicas que de algum modo também se fazem presentes, de forma concomitante, na vitimodogmática, e vice-versa.

Por último, se explicitará, em seções apartadas, os mais notáveis aspectos da vitimologia e da vitimodogmática compaginados na legislação brasileira (*v.g.*, Código Penal e leis penais especiais) e em documentos normativos internacionais, o que inegavelmente contribuirá para ratificar o entendimento acerca das distinções *prima facie* alvitradas, atendendo-se, pois, os objetivos propostos.

2.2 CARACTERIZANDO A VITIMODOGMÁTICA

A figura da vítima constitui o objeto de preocupação de todas as construções dogmáticas que originaram e deram forma à vitimodogmática. Com esteio nesse pressuposto, que põe a vítima em destacado pedestal, o primeiro critério vitimodogmático a aparecer na ciência do direito penal postulou a criação de um mecanismo geral de medição da pena quando a prática de um fato tivesse como motivação o implemento de ações arriscadas por parte da vítima (*v.g.*: provocação e autocolocação em perigo). Assim, a questão central que ocupa o conjunto de fundamentos vitimodogmáticos é a de determinar, dentro de uma nova perspectiva doutrinária, em que medida a corresponsabilidade da vítima no acontecimento pode gerar repercussões sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor[19].

Um outro aspecto, talhado por Cancio Meliá, mostra que o fenômeno vitimodogmático é amplo, de maneira que para além do desenvolvimento dos instrumentos legais da parte geral do direito penal material, "se refiere también a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos, a la concepción del processo penal"[20]. Nesse sentido, a pretexto de regular todas as situações de relevância jurídica que envolvem a vítima e as suas circunstâncias, a vitimodogmática se espraiaria por setores outros, como o

---

[19] MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal:* estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arraigadas. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1997, p. 346.

[20] MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva…*, op. cit., 347.

direito processual penal, a criminologia e a vitimologia.

A despeito disso, preferimos compreender a vitimodogmática como um elemento específico da teoria do delito, que se move em torno da parte geral e da parte especial do direito penal[21], tendo o primordial mister de apresentar soluções jurídico-penais, portanto dogmáticas, para os casos em que a vítima, com o seu comportamento, interfere decisivamente no processo causal que conduz ao dano do seu bem jurídico. Por tudo isso, entendemos acertado trabalhar em tópicos apartados as distinções entre vitimologia e vitimodogmática, os procedimentos de reparação à vítima pelos danos sofridos e as relações das esferas vitimológicas com a política criminal. Assim, fica mantida a autonomia científica da vitimodogmática, sem embargo de se atentar para as suas relações com outros ramos do saber jurídico nos quais o elemento *vítima* tem alguma penetração.

Adiante-se, para concluir essas primeiras aproximações em torno do tema, que a vitimodogmática se depara com o seguinte dilema: de um lado o direito penal não é a panaceia para os graves problemas sociais de criminalidade; do outro, a vítima de um crime, que certamente espera do seu semelhante o cumprimento dos deveres éticos e legais, não deve receber o desalento do Estado diante da lesão sofrida. Junte-se a tudo isso um terceiro fator: à vítima não se pode negar o direito (natural) à autonomia, que ela há de exercer sobre si mesma, direito esse que encontra referibilidade positiva no princípio constitucional da autorresponsabilidade[22]. De que forma racionalizar o problema, sem a perda de efetividade da proteção jurídica esperada pelo cidadão, será uma das questões enfrentadas doravante.

2.3 VITIMOLOGIA E VITIMODOGMÁTICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Parte da doutrina discute se vitimologia e vitimodogmática são realidades sinônimas, prevalecendo o entendimento de que não podem ser confundidas, haja vista as inúmeras diferenciações existentes entre uma e outra. Assim, pelos aspectos listados logo acima, a vitimologia está vinculada à criminologia[23], de cujo tronco originou-se, ao passo que

---

[21] Com efeito, essa tomada de postura, que faz coro à defesa da vitimodogmática na parte especial, explica a formatação do Capítulo 6, no qual se apresenta a aderência do instituto a um amplo leque de condutas tipificadas na legislação penal.

[22] Como veremos adiante, o assento constitucional do princípio deflui em primeira mão da fórmula do Estado Democrático de Direito, passando pela dignidade da pessoa humana. Em feliz passagem, Reyes Alvarado aduz que uma das principais vantagens da autorresponsabilidade "es la de ser un postulado que por su generalidad puede aplicarse independientemente de que haya sido o no expresamente reconocido legislativamente...". Cf. REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *ADPCP,* T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, p. 935.

[23] "Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade;

a vitimodogmática, como intuitivo, deita as suas raízes na dogmática penal. Há, entretanto, entre ambas, um ponto em comum, qual seja: *o estudo do comportamento da vítima para a ocorrência do delito*, não se limitando, a teoria da vitimologia, a esse aspecto[24].

A despeito das diferenças apresentadas, que se afiguram bastante convincentes, em alguns momentos os termos são utilizados como se continente e conteúdo fossem, o que demonstra a complexidade do tema, por vezes incompreendido em sua inteireza. Nesse caminhar, entendendo a vitimologia como a teoria que trata da conduta da vítima frente a delinquência – aqui traduzida por vitimodogmática, que engloba preceitos da versão tradicional da vitimologia, da qual recebeu forte influência para as suas ulteriores construções –, Claus Roxin assinalou em uma passagem do seu *Tratado de direito penal*:

> La victimología, es decir la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradiar su influencia sobre la dogmática del Derecho penal. A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidade[25].

Sabe-se que os principais teóricos da vitimologia clássica foram Benjamin Mendelsohn[26] e Hans von Hentig. Mendelsohn, considerado o seu pai-fundador[27], levou anos elaborando estudos a respeito do que logo em seguida chamou de nova ciência, tendo apresentado, em 1956, consagrado trabalho, intitulado "Vitimologia"[28]. Hentig, em sua obra "The criminal and his victim", publicada em 1948[29], clarividencia a importância da relação delinquente-vítima para a gênese do fato delituoso[30]. Partindo de constatações empíricas, ambos estudaram os possíveis comportamentos das vítimas, formatando, em seguida, importantes

---

e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes". Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

24 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal e teoria da vitimologia.* 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 27.

25 ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 562.

26 Mendelsohn (1900-1998) foi um criminólogo e advogado naturalizado israelense. Seu revolucionário pensamento sobre a vitimologia ressumou vertido na palestra "The origins of the Doctrine of Victimology", posteriormente transformada em livro. Cf. MENDELSONHN, Benjamin. *The origin of the doctrine of victimology.* Dans: I. Drapkin et E. Viano (dir.). Victimology. Lexington MA, Lexington Books, 1963.

27 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1970, p. 15.

28 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia:* evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 74.

29 HENTIG, Hans Von. *The criminal and his victim:* Studies in the sociobiology of crime. New York: Schocken Books, 1979.

30 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia...*, op. cit., p. 75. Como bem observou Ezzat Fattah, deve-se Hentig o primeiro tratamento sistemático das vítimas do crime. Cf. FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro. Trad. de María del Mar Daza B. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Andalucía, España, núm. 16-r2, 2014, p. 4.

classificações a respeito[31].

Noutro giro, a chamada *nova vitimologia* traz como ideia fulcral a necessidade de proteção àquele que foi vitimizado e sofreu algum tipo de dano – incluído o psicológico – como consequência de um ato ilícito. E defende que esse amparo ocorra tanto no âmbito do direito doméstico de cada país, quanto do internacional, para as vítimas de conflitos transnacionais, consoante será especificado em outro momento[32].

No âmbito dos estudos gerais sobre a vítima, a vitimologia passou a ocupar-se da sua personalidade, do ponto de vista biológico, psicológico e social, bem como dos meios de vitimização e da inter-relação da vítima com o sujeito vitimizador (criminoso), envolvendo-se ao redor de aspectos interdisciplinares e comparativos. Essa sistemática epistemológica é sintetizada por Edgard de Moura Bitencourt:

> O *plano primordial* é bio-psico-social; a vítima é estudada face a face com todos os fatores que a possam tornar vítima. Este plano compreende, na mesma medida, tanto os casos em que se encontra uma outra pessoa, o delinquente, formando com este uma dupla pela respectiva participação, – como os casos em que outra pessoa não intervém e a dupla não existe, sendo a vítima independente, como nos acidentes de circulação (sem autor do evento) e nos acidentes do trabalho, nos quais a vítima é vítima de seus próprios atos. O *plano criminológico*, sobre o qual o problema da personalidade da vítima está em relação bio-psico-social somente com o conjunto de problemas da criminalidade, nos aspectos terapêutico e profilático vitimal. Finalmente, o *plano jurídico*, que considera a vítima em relação com a lei, seja a lei penal, quando há um delinquente, seja a lei civil, quando há uma demanda de reparação[33].

Nessa direção analítica também se orienta Guglielmo Gulotta, ao ponderar que a vitimologia pode ser definida como "una disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima di un crimine, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine"[34]. John Dussich, por sua vez, propugna que a vitimologia é:

> An academic scientific discipline which studies data that describes phenomena and causal relationships related to victimizations. This includes events leading to the victimization, the victim's experience, its aftermath and the actions taken by society in response to these victimizations. Therefore, victimology includes the study of the

---

31 Classificadas segundo tipologias, as vítimas, para B. Mendelsohn, podem ser: *1)* Completamente inocentes ou ideais; *2)* De culpabilidade menor ou por ignorância; *3)* Voluntárias ou tão culpadas quanto o infrator; *4)* Mais culpadas que o infrator; *5)* Unicamente culpadas. Também merecem destaque as categorias de H. v. Hentig: vítima isolada; vítima por proximidade; vítima com ânimo de lucro; vítima com ânsia de viver; vítima agressiva; vítima sem valor; vítima pelo estado emocional; vítima por mudança de fase de existência; vítima perversa; vítima alcoólica; vítima depressiva; vítima voluntária; vítima indefesa; vítima falsa; vítima imune; vítima reincidente; vítima que se converte em autor; vítima propensa; vítima resistente; vítima da natureza. Em sentido parecido, cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

32 Cf. um maior aprofundamento na seção *2.4.4*, *infra*.

33 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima...*, op. cit., p. 27.

34 GULLOTA, Guglielmo. *La vittima.* Milano: Giuffré, 1976, p. 9.

> precursors, vulnerabilities, events, impacts, recoveries, and responses by people, organizations and cultures related to victimizations[35].

Uma análise histórica mostra que a vitimologia, em seus primórdios, ocupou-se da chamada "precipitação vitimal", hipótese em que a vítima de alguma maneira se inclinaria a colaborar – com dolo ou culpa – para a execução ou consumação do delito, sendo esse um ponto de destaque destas primeiras elucubrações a ela respeitantes[36]. Para Ana Sofia Schmidt, trata-se de expressão "criada para descrever situações em que a vítima contribui amplamente para a ocorrência do crime, de modo que, sem sua conduta precipitadora, o fato não teria ocorrido"[37]; e uma vez configurada, surgem inolvidáveis consequências jurídico-penais, o que fez germinar entre os doutrinadores o instituto da vitimodogmática, que hoje rema contra as águas revoltas da *nova vitimologia*, notabilizada por cuidar exclusivamente dos interesses da vítima.

Como ressaltado, a vitimodogmática está ligada à dogmática penal, daí que as suas categorias (*v.g.*, autocolocação e heterocolocação em risco) repercutem diretamente na teoria do delito, que delas se vale para a resolução de problemas concretos de imputação. Ao formular a vitimodogmática nos moldes do *princípio vitimológico*, Bernd Schünemann a tratou como regra de interpretação para eliminar do domínio da penalização todo comportamento frente ao qual a vítima não merece e nem necessita de proteção[38], portanto como elemento de análise e definição da responsabilidade penal do agente. Aprofundado o estudo etiológico da vitimização, a vitimodogmática resulta como elemento que milita contra o poder punitivo do Estado, em defesa do direito à liberdade individual. Ao ver de Reyna Alfaro, a vitimodogmática nada mais é que a materialização dos "criterios de restricción de la responsabilidad penal del autor a costa de la víctima"[39].

Do ponto de vista prático, a vitimodogmática tem o efeito de deslegitimar o milenar adágio segundo o qual "a vítima é sempre inocente e o autor é sempre culpado"[40], uma vez que se concentra na investigação da contribuição da vítima para a ocorrência do delito e da

---

35 DUSSICH, John P. J. Victimology – past, present and future. In: *Resource material series n.º 70,* UNAFEI, Fuchu, Tokyo, Japan, November/2006, p. 118.

36 Luigi Cornacchia registra que "Il determinismo vittimale subcosciente, la predisposizione vittimale sono dunque le prime fondamenta della vittimologia scientifica". Cf. CORNACCHIA, Luigi. *La vittima nel diritto penale*..., op. cit., p. 28.

37 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 95.

38 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 95. Ressaltamos que tal assunto será verticalizado em outros momentos deste trabalho.

39 ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el Derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 22, 2008, p. 138. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176658/06+Reyna.indd.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

40 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 31.

repercussão que essa atitude gera na fixação da responsabilidade penal do autor. Auxilia, inicialmente, desde uma análise do tipo objetivo, a definição da atipicidade da conduta, se esta estiver fora do âmbito de proteção da norma[41]. Acaso verificado o crime (momento seguinte), ainda assim dará a sua contribuição, que cingir-se-á à dosimetria da pena, consideradas as suas três fases.

Capitaneando a doutrina alemã sobre a temática, Winfried Hassemer colocou no debate uma questão central, a saber: *"Que proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não interessa ao único titular desse bem, seja porque ele próprio o coloca em perigo, seja porque renuncia à sua proteção?"*[42]. Uma das respostas divisadas do horizonte vitimodogmático projeta a solução no sentido da eliminação da conduta do autor do âmbito da penalização, no marco da interpretação permitida dos tipos penais (perspectiva de *lege lata*), aplicando-se, quando cabível, o princípio de autorresponsabilidade, cuja fórmula diz que cada indivíduo deve tomar as precauções necessárias para evitar a afetação de seus bens jurídicos, sob pena de estes ficarem excluídos da tutela estatal (proteção via direito penal). Em outros termos, isso acarretará a atipicidade do fato, que numa análise meramente perfunctória de ordinário afigurar-se-ia delitivo. Conforme palavras de Cancio Meliá:

> El núcleo de la idea de "auto-responsabilidad" quedaría delineado, entonces, del siguiente modo: a) a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital, b) en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia. De este modo, resulta que en el término "autoresponsabilidad" se funden ambas perspectivas: la "autonomia" y la "responsabilidad" derivada de ésta[43].

Nesse trilhar, a vitimodogmática desperta a doutrina e a jurisprudência para um exame mais aprofundado dos limites da tipicidade, levando na devida conta as razões próprias de cada evento criminoso para se aferir no plano do ideal de justiça as responsabilidades de

---

41 Nessa definição da responsabilidade penal, o reconhecimento da atipicidade da conduta desintegrará o primeiro elemento constitutivo do crime, a tipicidade. Como afirmado por Délio Lins: "a imputação objetiva não só pode, como, principalmente, deve fazer parte desse sistema de imputação, sempre com o escopo de garantir que seja atribuída de uma maneira justa, baseada em elementos exclusivamente normativos, a responsabilidade a quem por direito deva ser". Cf. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 143.

42 Literalmente: "En este momento hay que preguntarse que proteccion haya de merecer un bien juridico cuya tutela no interesa al único titular de ese bien, ya sea porque e1 mismo to ponga en peligro o bien, porque renuncie a tal protección". Cf. HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Trad. de Rocío Cantarero Bandrés. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Madrid: Centro de Publicaciones, 1990, v. 43, p. 248.

43 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva…*, op. cit., p. 449. Assim, a *organização conjunta autor-vítima*, que em alguns casos elide a imputação penal, corresponde à ação de terceiro autorizada e suportada pelo núcleo intangível de autonomia do sujeito autorresponsável, que dela compartilha direta ou indiretamente, respeitados os limites dogmáticos de disposição reservada ao titular do bem jurídico.

quem de direito. A ideia central é punir o autor do fato de forma mais justa, possibilitada em cada caso pela identificação da co-responsabilidade da vítima ou até mesmo de sua inteira responsabilidade. Para Edmundo Oliveira, por vezes a vítima encontra-se "emaranhada na teia que enreda seu próprio infortúnio, conjetura que incide na isenção de culpabilidade do autor, na medida de sua reprovabilidade, como protagonista da lesão ou da exposição a perigo de determinado bem jurídico"[44].

Em estudo sobre os direitos e necessidades das vítimas, Elena Larrauri[45] faz três contrapontos críticos entre a vitimodogmática e a tendência moderna preconizada pela vitimologia, nem todos, ao que se poderá perceber, procedentes. Primeiramente, diz que a vitimodogmática, colocando em lados opostos os direitos da vítima e os do delinquente, termina por culpabilizar aquela. Em segundo lugar, afirma que a vitimodogmática opõe-se ao protagonismo da vítima, o que faz porque o aumento de poder do ofendido implica em prejuízos ao delinquente (aplicação de penas excessivas). Por último, alerta para o fato de que a vitimodogmática enfatizaria apenas as necessidades econômicas da vítima (mercantilização), ao passo que a nova vitimologia se preocupa, para além disso, com a sua efetiva participação no processo, protegendo-a da vitimização secundária, etc.

Das análises empreendidas, dessume-se que as principais diferenças entre a vitimologia e a vitimodogmática são as seguintes: *a)* a vitimodogmática relaciona-se diretamente com a ciência do direito penal, projetando seus esforços na teoria do delito; *b)* a vitimologia, ao contrário, centra seu foco na vítima, pesquisando os processos de vitimização e as possibilidades de assistência moral, financeira e jurídica aos sujeitos vitimizados pelos delitos; *c)* ambas cuidam do papel que a vítima desempenha no bojo do fenômeno criminal, mas apenas a vitimologia empenha-se para alcançar a desvitimização oriunda das instâncias de controle social[46]. Por isso, apregoa-se, grosso modo, que a vitimologia, em sua versão atual, está à serviço dos interesses da vítima[47], enquanto a vitimodogmática protegeria, por regra, os

---

44 OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal...*, op. cit., p. 33.

45 LARRAURI, Elena. Victimologia: Quiénes son las víctimas? Cuáles son sus derechos? Cuáles sus necesidades? *Victimología:* presente e futuro. Bogotá: Temis, 1993, p. 24.

46 Não se pode admitir que no exercício da missão punitiva o Estado, por seus agentes, viole as garantias e os direitos fundamentais das vítimas de crimes, gerando, no curso da investigação ou do processo penal, a *vitimização secundária*.

47 Como disse Sandra Sicurella, "La vittimologia restituisce dignità alle vittime e ne delinea i tratti. La vittima non è esclusivamente la "persona offesa dal reato", ma è una persona che soffre, che improvvisamente subisce una brusca interruzione del suo normale percorso di vita e deve, suo malgrado, fare i conti con una serie di problemi di non facile soluzione, in una realtà che adesso vive come estranea". Cf. SICURELLA, Sandra. Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima. In: *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* – Vol. VI – N. 3 – Settembre-Dicembre 2012, p. 74. No mesmo sentido, cf. SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 41.

direitos do autor, garantindo a eficiência (economia) do sistema penal, pois a manutenção de um sistema penal voltado ao resguardo indistinto de vítimas despreocupadas com os seus bens jurídicos gera mais custos do que a criação de mecanismos em favor de vítimas que, ciosas de si mesmas, tomam medidas de autoproteção[48].

2.4 ELEMENTOS INERENTES À TEORIA DA VITIMOLOGIA PRESENTES NA VITIMODOGMÁTICA

Tendo em vista que há elementos em comum entre a vitimologia e a vitimodogmática, sendo a primeira, por assim dizer, o passo inaugural desta última, faz-se mister descortinar as principais dimensões ou aspectos constitutivos da teoria da vitimologia, a fim de se demonstrar, estreme de dúvidas, os pontos de contatos das duas realidades. Nesse propósito, serão enfrentadas as principais discussões que colocam a vítima no centro do debate, pois no dizer de Benjamin Mendelsohn, os limites da vitimologia devem estabelecer-se em relação ao interesse da sociedade nos problemas das vítimas, de modo que todos os determinantes destas, tais como a superpopulação, a ação da lei, as enfermidades episódicas, etc., pertencem ao campo da moderna vitimologia[49].

De outra banda, insta considerar o crime como resultado de uma complexa e as vezes indefinível interação humana, que brota de específicos contextos sociais, nos quais a distinção entre delinquente e vítima nem sempre aparece como clara ou mesmo útil aos profissionais que corriqueiramente lidam com esse fenômeno. Não sem razão, estudiosos rechaçam com veemência o dogma representativo da dualidade "delinquente e vítima" – como se tais sujeitos compusessem categorias estanques, incomunicáveis e necessariamente contrapostas –, fiados na descoberta da existência de laços que unem os participantes do fato, o que torna impossível conhecer um sem conhecer o outro, como pontifica Antonio Beristain:

> Contra o que se costuma crer, as pessoas vítimas e as pessoas delinquentes não são coletivos distintos e que se excluam. Em certo grau, são homogêneas e se encobrem mutuamente. A pessoa vítima de ontem com frequência é a delinquente de amanhã, e a delinquente de hoje é a vítima de amanhã. Os papéis de vitimador e de vitimado não são fixos, nem estáticos, nem permanentes, mas sim dinâmicos, mutáveis, intercambiáveis. O mesmo indivíduo pode, sucessivamente ou simultaneamente, passar de um papel a outro[50].

---

48 Cf., por todos, MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, 1999, p. 54.

49 No ano de 1937, Beniamin Mendelsohn publicou o seu método para melhorar o entendimento da personalidade do criminoso a partir da perspectiva da vítima: cf. MENDELSOHN, Beniamin. Methods to be used by Counsel for the Defense in the Researches made into the Personality of the Criminal. *Revue de Droit Penal et de Criminologie.* France. August-October/1937.

50 BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia.* Trad. Cândido

2.4.1 Ideia de vítima e processos de vitimização

No vernáculo jurídico, o termo vítima é destinado a todo aquele que sofre direta ou indiretamente a ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado de forma ampla pelo direito, ou seja, é a *"pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente, nos Estados-Membros, incluída a que prescreve o abuso de poder"*[51]. Bem a propósito, lembra Edgard de M. Bitencourt que o conceito de vítima se estende a vários sentidos, vale dizer:

> O sentido *originário*, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o *geral*, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o *jurídico-geral*, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; o *jurídico-penal-restrito*, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal, e, por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo*, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime[52].

No que concerne ao modo como as vítimas se comportam para a eclosão do evento delituoso, a doutrina majoritária as classifica em: *a)* ideais ou completamente inocentes, isto é, sem nenhuma vinculação com a ação delitiva; *b)* por ignorância, que são aquelas consideradas menos culpadas que o delinquente; *c)* provocadoras, ou seja, aquelas consideradas tão culpadas quanto o delinquente; e *d)* agressoras, que são as únicas culpadas por estarem na situação de vítimas[53].

É oportuno salientar que nenhum desses conceitos se confunde com vitimização ou *processo vitimizatório*, que designa "a ação ou o efeito de alguém vir a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro, ou de fato da natureza, o que se dá em meio a um processo desenvolvido em fases ou etapas"[54].

Com efeito, a vitimologia propiciou sistematicidade ao estudo *macro* da vítima, efetivado, como não poderia deixar de sê-lo, dentro de um plano amplo e integral, que engloba,

---

Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000ª, p. 102.

51 Definição constante na Resolução nº 40/34, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29/11/1985. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_28.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

52 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima...*, op. cit., p. 51.

53 Nas palavras de John Dussich: "the completely innocent victim, (the ideal victim); the victim with minor guilt (victim due to his ignorance); the victim as guilty as the o-ender (voluntary victim); the victim more guilty than the o-ender (provoker victim and imprudent victim); the most guilty victim and the victim who is guilty alone (aggressive victim); and, the simulating victim and the imaginary victim". Cf. DUSSICH, John. The Evolution of International Victimology and its Current Status in the World Today. *Journal of Victimology,* n. 01, Huygens Editorial, Barcelona, 2015, p. 49.

54 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 25.

realce-se, os seus mais variados aspectos, sobrelevando-se os psicológicos, sociais, econômicos e jurídicos[55]. Por isso, a vitimologia, mais do que voltar-se para a influência da vítima na ocorrência do delito, estuda os múltiplos momentos do crime, desde os seus antecedentes remotos, passando pelos fenômenos da vitimização, que pode ser primária, secundária ou terciária, tendo Antonio Beristain a definido nos termos abaixo:

> En pocas palabras, podemos definir la victimología como la ciencia y el arte pluri, inter y transdisciplinar que en íntima relación con la investigación y la práxis del derecho penal, la criminología, la sociología, la filosofía y la teología investiga la victimación primaria, secundaria y terciaria, así como sus factores etiológicos, sus controles, sus consecuencias y sus respuestas superadoras de los conflictos y la delincuencia. [...] La victimología es una ciencia nueva e innovadora en muchos sentidos [...][56].

Para Ana Sofia Schmidt, um enfoque vitimológico permite concluir que o fato criminoso não encerra, em si, toda a vitimização possível, "antes, dá início a um processo de várias vitimizações em que, muitas vezes, o fator desencadeante nem mesmo representa a mais grave delas"[57], de modo que a vitimização, perpetrada pelos sistemas penal e social, ordinariamente acarretará um longo e contínuo processo de sofrimento para a vítima do ilícito.

Nesse quadro, a doutrina tem consignado basicamente três formas de vitimização: primária, secundária e terciária. Por *vitimização primária*, entende-se aquela que resulta diretamente do cometimento do delito, da qual nascem danos materiais, físicos e psicológicos, provocando, outrossim, determinados efeitos laterais sobre o vitimizado, como alterações de conduta e temor de continuar com a mesma rotina de vida de antes[58]. A *vitimização secundária*, por sua vez, ocorre quando as chamadas instâncias formais de controle (Polícia, Judiciário, Ministério Público etc.), consciente ou inconscientemente, agravam as consequências da *vitimização primária*, através de burocracias desnecessárias, desconfianças quanto aos relatos das vítimas que não raro ficam esperando longas horas para serem ouvidas, desinteresse em investigar o fato delituoso, demora na finalização do inquérito policial e do processo judicial, o que frustra expectativas legítimas acerca do alcance da esperada justiça, comumente cristalizada na efetiva punição do infrator[59]. Noutro giro, o processo de revitimização, que conduz

---

55 Aludindo a necessidade de fuga do estudo reducionista centrado tão-somente nas figuras da vítima e do delinquente, cf. MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos:* o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57.

56 BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz. *Vniversitas,* Bogotá (Colombia), N° 110: 461-487, julio-diciembre de 2005, p. 466-467.

57 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 110.

58 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 111-112.

59 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 112-114. No conceito de Antonio Beristain: "Por vitimização secundária entende-se os sofrimentos que às vítima, às testemunhas e majoritariamente aos sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer 'justiça':

inexoravelmente à vitimização secundária, também pode ser acentuado pelo desinteresse dos membros do Ministério Público em orientar adequadamente quem procura o abrigo da Instituição. Por vezes, a movimentação da máquina judiciária através do manejo de ações temerárias e insustentáveis revela a ausência de diligência no sentido de previamente esclarecer se aquela demanda primacialmente almejada tem ou não viabilidade jurídica, o que gera falsas expectativas na *vítima*, porquanto a decisão judicial esperada não virá, haja vista que incabível a medida judicial proposta. Aqui já não mais se estará diante de uma omissão ou desdém em se atender e ouvir quem se diz vítima, mas de um *facere* de agente estatal sem o respaldo do ordenamento jurídico. A *vitimização terciária* vem da falta de amparo dos órgãos públicos e, sobretudo, da ausência de receptividade social e até familiar em relação à vítima. Nesse tipo de vitimização, presente em delitos considerados estigmatizantes (p. ex., crimes sexuais), a vítima experimenta, a um tempo, o abandono do Estado, da família e do seu grupo social[60]. Há, por derradeiro, a *autovitimização secundária*, estudada pela psicologia jurídica, que ocorre quando a vítima se culpa do evento criminoso, passando a "recriminar-se pelo que aconteceu, procurando encontrar motivos para explicar o fato, supondo-se co-responsável pelo evento"[61].

Temerosas do enfrentamento de tão doloroso processo, principalmente o fardo da vitimização secundária, muitas vítimas deixam de comunicar o acontecimento delituoso às autoridades, aumentando, de roldão, as *cifras negras* da criminalidade, sem contar os crimes em um primeiro momento investigados, mas cuja ação penal depende de queixa ou de representação do ofendido, que pela mesma razão escusa-se a fazê-lo. No afã de mudar essa triste realidade, o legislador brasileiro recentemente alterou o artigo 225 do Código Penal, através de Lei nº 13.718/2018, tornando de ação penal pública incondicionada os crimes contra a liberdade sexual e os sexuais contra vulnerável[62].

2.4.2 Fases enfrentadas pela vítima ao longo da história

Distinguem-se, ao longo do processo histórico, três fases vivenciadas pela vítima, a saber: *1)* protagonismo ou *idade de ouro*; *2)* neutralização ou esquecimento; e *3)* redescobrimento. A primeira fase se confunde com a vingança privada, em que o particular ofendido – ou os seus familiares – era o legitimado para reagir ao fato criminoso, de modo que

---

policiais, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias, etc". Cf. BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia...*, op. cit., p. 105.

60 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 114.

61 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria4do Advogado, 2007, p. 158-159.

62 A temática da vitimodogmática em face dos crimes contra a dignidade sexual é minudentemente trabalhada no Capítulo 6, *seção 6.3.5*, para onde remetemos o leitor.

o conflito se mantinha nas mãos da vítima e do seu entorno[63]. Esta etapa, segundo Silva Sanches, teve suas origens no direito romano primitivo, se estendendo, em alguma medida, até a época medieval[64].

Com a assunção do *jus puniendi* por parte do Estado, resultado da consolidação da natureza pública do direito penal, houve uma mudança de paradigma, vazada na perda de proeminência da vítima na resolução dos conflitos sociais. Nesse momento, acentua Silva Sanches, "el delito se define básicamente en el marco de una relación entre individuo y Estado, ya sea como infracción de normas estatales, ya como lesión de bienes jurídicos, cuya protección se estima presupuesto necesario de la convivencia en sociedad"[65], estando a vítima ausente da definição de pena e de suas finalidades precípuas.

Percebe-se, aqui, que as preocupações se voltam basicamente para o trinômio *crime → criminoso → pena*, ficando praticamente de lado as considerações a respeito da vítima, tanto que esse movimento também é conhecido como *fase do esquecimento*. Com efeito, tal problemática não passou desapercebida aos olhos de Muñoz Conde e Winfried Hassemer, os quais, em trabalho dedicado a criminologia, assinalaram que malgrado existam muitos delitos que se apresentem como um conflito entre delinquente e vítima, esta foi *neutralizada* pelo direito penal. Segundo os referidos autores:

> Actualmente la víctima está "neutralizada" y em lugar de la compensación y el acuerdo entre lesionador y lesionado aparece la acción penal pública. Las posibilidades de la víctima de intervenir en el proceso penal son muy reducidas, a pesar de que existen instituciones como la querella, la denuncia, la acusación particular, ofrecimiento de acciones, etc., que directa o indirectamente permiten esa intervención. Pero en el proceso penal la víctima no se contrapone al delincuente, sino que es el Estado, tanto en la fase instructiva, como en la sancionadora, quien ocupa este papel, pudiendo incluso forzar a la víctima, em interés de la búsqueda de la verdad, a declarar o a cualquier otro tipo de cooperación[66].

Claramente, nessa fase as expectativas e necessidades da vítima não são levadas, a contento, em consideração, gerando-se o fenômeno da *vitimização secundária*, anteriormente apreciado. Daí que a maioria dos pesquisadores ligados ao estudo da vitimologia identifica uma espécie de *expropriação do conflito à vítima*, neutralizada e esquecida durante esse momento histórico[67]. Para Albin Eser, antes de renascer, no processo penal, como sujeito de direitos, o

---

63 ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Las víctimas...*, op. cit., p. 137.

64 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993, p. 2.

65 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion..., op. cit., *idem*.

66 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, op. cit., p. 29.

67 Cf., a esse respeito, dentre muitos outros: ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Las víctimas...*, op. cit., p. 136-137; BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicismo penal. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 272-274; MAIER, Julio B. S. La víctima y el sistema

ofendido é no fundo uma figura marginal; assim, contrastando com o procedimento civil, "donde el ofendido juega un papel decisivo como demandante, en el procedimiento penal él ha sido en gran parte desplazado por el ministerio público. Por ello, actúa, por regla general, sólo como testigo del hecho o sus consecuencias"[68]. No mesmo diapasão, Cancio Meliá anotou: "(…) la victima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como sujeto pasivo o incluso como objeto material personal del delito"[69].

Na obra *Em busca das penas perdidas*, Eugenio Zaffaroni dedicou seminais discussões acerca da deslegitimação do exercício de poder seletivo e arbitrário do sistema penal. Corroborando a linha argumentativa traçada por Eser e Meliá, o penalista argentino também deu o seu contributo crítico a respeito da desconsideração da vítima como sujeito de direitos na quadra social moderna, merecendo – por relevante ao tema em testilha – transcrição o seguinte excerto:

> A atual configuração do sistema penal, por ser proveniente dos albores da revolução mercantil e da formação dos estados nacionais, provoca o desaparecimento dos velhos mecanismos de solução entre partes em confronto, produzindo-se a expropriação dos conflitos (dos direitos da vítima), assumindo o soberano o lugar de "única vítima" e convertendo todo o sistema penal em um exercício de poder verticalizante e centralizador[70].

Em meio a todas essas discussões em prol de uma maior participação da vítima no processo de configuração do crime e do seu processamento perante as autoridades públicas, que seguiram – e ainda seguem – firmes durante muitos anos, eis que surge a fase de "redescobrimento da vítima"[71], cujo despertar coincide com o rechaço às posturas estatais arbitrárias e a eclosão do constitucionalismo, tendo aumentado a intensidade após a Segunda Guerra Mundial, marcada pelo desprezo e aviltamento da dignidade do ser humano[72], que só

---

penal. In: _____ (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 185-187 e 241 ss.; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 32-37; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia...*, op. cit., p. 68; MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 67; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, op. cit., p. 29.

68 ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. In: MAIER, Julio et al. *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 16.

69 MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima:* imputación a la víctima. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 9.

70 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. de Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 152.

71 Nessa linha, George Fletcher é assertivo: "Victims definitely have a place in the definition of the interests protected by the criminal law". Cf. FLETCHER, George P. The Place of Victims in the Theory of Retribution. *Buffalo Criminal Law Review,* v. 3, n. 1, apr. 1999, p. 51-52.

72 Eric Hobsbawm cita a matança nazista de cerca de 5 milhões de judeus. Cf. HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos:* o breve século XX: 1941-1991. Trad. de Marcos Santarrita. 2. ed., 55. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 57. Hillenkamp salienta que o processo global de vitimização provocado pelas duas guerras mundiais, destacando-se o Holocausto do século XX, despertou uma consciência geral acerca do sacrifício, do sofrimento e da necessidade de compensação às vítimas, culminando na reinclusão da perspectiva da vítima na ciência criminal como um todo, notadamente após a Segunda Guerra Mundial. Cf. HILLENKAMP, Thomas.

posteriormente recebeu importantes considerações normativas a nível mundial[73]. De início, as preocupações se dirigiram mais fortemente para as vítimas dos crimes graves, desde a repressão às violações dos seus direitos até a criação de mecanismos de reparação e/ou de minimização do sofrimento oriundo da criminalidade violenta, fosse ela local, regional ou internacional[74], progredindo para a chancela de posições favoráveis a todos os vitimizados, não importando a natureza do crime e do dano provocado, com supedâneo no mote de que o Estado não tem o monopólio da violência. Como acentuado por Ester Kosovski[75], não dá para negar os laços existentes entre os direitos das vítimas, dos quais cuida a *nova vitimologia*, e os direitos humanos. Dessa simbiose, vê-se que promover direitos das vítimas depende de promover direitos humanos em geral[76].

Em que pese o despertar proporcionado pelo chamado *movimento vitimológico*[77], o presente estudo mostrará que as teorias da pena e do delito – aspectos medulares da dogmática penal – ainda insistem em limitar os seus campos de estudos basicamente sobre a tríade: *bem jurídico*, *tipicidade* e *pena*[78], deixando de lado a vítima[79]. Em muitas legislações, da vítima exige-se, como função precípua, basicamente o testemunho (obrigatório) em processos criminais[80], conforme observado por Albin Eser, cabendo-lhe, quando possível, reivindicar alguma indenização pelo dano sofrido[81] – adveniente do delito.

Was macht eigentlich..., op. cit., p. 596-597.

73 O exemplo cabal é a anteriormente mencionada "Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder", adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) na sua Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985. Para uma análise pormenorizada da vitimologia nos tempos presentes, incluindo compensação, restituição do ofensor e serviços às vítimas, além da mediação penal, cf. FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro..., op. cit., p. 7-19.

74 BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Hoy creamos…*, op. cit., p. 474-476.

75 KOSOVSKI, Ester. Vitimologia e direitos humanos: uma boa parceria. *Revista da Faculdade de Direito de Campos,* Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 128-131.

76 Assim, prossegue Ester Kosovski, ao passo que os *direitos humanos internacionais* oferecem uma promissora nova direção para as vítimas e a *vitimologia*, esta oferece instrumental para o estudo científico dos direitos humanos, "que abrange mais direitos qualitativamente e quantitativamente, sendo que a vitimologia tem mais profundidade e produziu uma série de teorias e metodologias que podem fundamentar a compreensão da opressão, seus aspectos, causas, impactos e soluções". Cf. KOSOVSKI, Ester. Vitimologia e direitos humanos..., op. cit., p. 131.

77 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., p. 63-119; MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 57-88.

78 É o que diz Reyna Alfaro: "A nivel del Derecho penal observaremos cómo el desarrollo de algunos aspectos medulares del delito y de la pena suponen la degradación de la posición de la víctima: El bien jurídico, la tipicidad y la pena". ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Las víctimas...*, op. cit., p. 137.

79 O objetivo seminal da vertente tese doutoral, portanto, é resgatar para a dogmática penal a figura da vítima, mostrando, nesse sentido, os importantes influxos desse resgate para a teoria do delito.

80 A esse respeito, veja-se a dicção do art. 201, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Penal (CPP): *"Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade"*. Na prática, após ouvida em juízo, volta a vítima a ser esquecida.

81 Contra a referida ótica, reivindicando o protagonismo das vítimas na política criminal, cf. GIL GIL, Alicia. Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. In: *InDret, Revista para el análisis del derecho penal.*

São, nesse jaez, manifestações da fase de redescobrimento: instituição e ampliação das hipóteses de ação penal privada[82]; composição civil dos danos sofridos; penalidade ao infrator de pagamento de multa reparatória à vítima; indenizações e medidas outras de amparo ao ofendido; justiça penal restaurativa[83]; em síntese, um maior poder de disposição da vítima no âmbito do processo penal, ainda que de natureza pública incondicionada seja a ação criminal. Registre-se, por ora, que muitas dessas mudanças foram albergadas pela legislação brasileira, conforme será detalhado mais à frente.

2.4.3 A necessidade de reparação à vítima dos danos oriundos do crime

Com efeito, é comum que da prática de um crime resultem vários tipos de danos à vítima, os quais devem como regra ser prontamente reparados, sob os auspícios do devido processo legal, postulado basilar do Estado Democrático de direito, avultando a ação civil *ex delicto*[84] como um dos mecanismos para tanto. Ademais, ocorre de muitas vezes tais danos atingirem, por via reflexa, os familiares do vitimado, mormente em se consumando o óbito, prevendo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 245, que *"a lei disporá sobre as 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"*[85].

Barcelona, abr. 2016, p. 4-6. Zaffaroni e Pierangeli lembram que "nos últimos anos, fortaleceu-se na política criminal europeia, a ideia de fomentar as penas reparatórias, particularmente a chamada multa reparatória, que consiste em uma limitação à liberdade de trabalho (dever de trabalhar ao invés de direito a fazê-lo) e ao salário (dever de pagar um percentual do salário ao sujeito passivo ou a seus herdeiros)". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 101.

82 O art. 30 do CPP confere ao ofendido ou seu representante legal a titularidade da ação penal privada, ou seja, o direito de requerer diretamente ao Estado-juiz o exercício do *jus puniendi* em determinados crimes. A lei processual penal também garante à vítima ou a quem tenha legitimidade para representá-la a participação no processo na qualidade de assistente de acusação (CPP, arts. 268 a 273).

83 Há duas lentes de justiça penal, a retributiva, praticada com frequência, e a restaurativa, que representa um novo modelo, mais propínquo ao atingimento da pacificação social, mas que, lamentavelmente, vem sendo aplicada parcamente. Howard Zehr as diferencia: *a)* Justiça retributiva: (1) o crime viola o Estado e suas leis; (2) o foco da justiça é o estabelecimento da culpa; (3) para que se possa administrar doses de dor; (4) a justiça é buscada através de um conflito entre adversários (5) no qual o ofensor está contra o Estado; (6) regras e intenções valem mais que os resultados; (7) um ganha e o outro perde; *b)* Justiça restaurativa: (1) o crime viola pessoas e relacionamentos; (2) a justiça visa identificar necessidades e obrigações; (3) para que as coisas fiquem bem; (4) a justiça fomenta o diálogo e entendimento mútuo; (5) dá às vítimas e ofensores papéis principais; (6) é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura (de indivíduos e relacionamentos) promovida. Cf. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* justiça restaurativa para o nosso tempo. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 214.

84 CPP, artigo 63: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros"*. O alcance da reparação está definido no art. 144: *"As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido"*.

85 A Lei Complementar (LC) nº 79, de 7-1-1974, que trata do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN); o Decreto nº 1.093, de 23-3-1994; e a LC nº 80/94, que cuida da Lei Orgânica da Defensoria Pública, estão na

No marco dessas concepções, a *nova vitimologia* é forjada diante da necessidade de proteção e, em última análise, restauração dos direitos da vítima – e/ou seus herdeiros – quando violados pelo ato ilícito (sobreposse o delito), influenciando, destarte, modificações legislativas – e não apenas comportamentais – à luz da perspectiva empírica (dados concernentes aos problemas enfrentados pelas vítimas de delitos)[86], inobstante tenha de arcar com os eventuais ônus da derivação de *deveres* de premissas fáticas (*falácia naturalista*)[87], máxime porque nem todo acontecimento fenomenológico (causal-naturalístico) é digno de conotação jurídica.

A noção de proteção dos interesses (ou direitos) da vítima na seara criminal amadureceu ao longo dos anos, logrando reforço na teoria normativa de Claus Roxin, que defende a proteção dos bens jurídicos como função essencial do direito penal[88]. No campo do estudo da vitimologia, quatro possibilidades de análise, que constituem a sua *raison d'être*, se abrem ao observador: importância da vítima[89], conduta da vítima, medidas para reduzir a ocorrência do dano à vítima[90] e assistência às vítimas.

---

mesma toada da norma constitucional transcrita, que para Gilmar Mendes e Lênio Streck guarda relação direta com o art. 5º, LXXIV, pelo qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, defendendo a leitura do dispositivo constitucional como um reforço à proteção jurídica dos hipossuficientes. Cf. MENDES, Gilmar et al. Art. 245. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2181.

86 Diversa é a análise pelo prisma normativo (*vitimodogmático*), em que se leva em consideração tão-só o desempenho da vítima para a ocorrência do crime, com reflexos nas consequências cíveis e criminais.

87 Estruturada por David Hume (1711-1776) em seu *Tratado da natureza humana*. Cf. HUME, David. *Tratado da natureza humana.* 2. ed. Trad. de Débora Danowski. São Paulo: Unesp, 2009, especialmente § 27 do Livro II, Parte I, Seção I.

88 Em síntese, Roxin defende que bens jurídicos são todos os objetos legítimos de proteção das normas que subjazem as condições possibilitadoras de uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Cf. ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal.* Org. e Trad. de André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17-28. Nas sociedades de risco, porém, "os bens jurídicos passam a ser vagos e indefinidos – economia, meio ambiente, mercado exterior – e o tipo penal incriminador (como instrumento prático de mínima *legalidade*) coloca-se diante da ingrata tarefa de angariar o controle de perigos abstratos que carecem de limitação". Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97. Sobre a sociedade de risco e o estado de prevenção e dinamização dos bens jurídicos, cf. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. de Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 5, 1994, p. 11-17. Apesar de atacada e até aplicada incorretamente, como na decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da constitucionalidade do crime de incesto, a teoria do bem jurídico, cujo mister não é o de tornar o direito penal um instrumento para o fomento e promoção de meras convicções morais, tem, como salientado por Luís Greco, além de outras, "a tarefa de distinguir bens jurídicos (coletivos) verdadeiros e falsos com base em critérios claros". Cf. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 82, 2010, p. 182.

89 Calham as palavras de Vanessa Mazzutti: "Sintetizando, o Estado Democrático de Direito compreende a participação da vítima no conflito penal como parte protagonista e, portanto, sua participação no conflito é vista como direito, como desdobramento do princípio da dignidade humana, de seu direito de liberdade e garantia da tutela jurisdicional, mediante o devido processo legal realizado em contraditório entre as partes (...). Assim, não se trata de mero redescobrimento da vítima, decorrente da idade de ouro, mas uma nova definição da vítima compreendia a partir de sua autonomia pública e privada". Cf. MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 56.

90 Hassemer e Muñoz Conde acertadamente escreveram: "sólo la víctima que se muestra activa y participa en el

Bem a propósito, o art. 91, inc. I, do Código Penal[91], diz que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo, podendo ser executada pela vítima na esfera cível[92]. Nesse diapasão, Luiz Régis Prado assinala que:

> O ordenamento jurídico pátrio adota o sistema da separação ou independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil (art. 935, CC), de forma que a obtenção do ressarcimento do dano eventualmente provocado pelo delito sujeita-se à promoção da competente ação civil por parte da vítima. Em outras palavras, significa que o sujeito ativo do crime que ocasionou dano deverá indenizá-lo ao sujeito passivo, mas não perante o juízo criminal, que julgou sua condenação ou absolvição, mas sim diante do juízo cível (...). Cabe ao ofendido, de acordo com o sistema citado, optar por aguardar o desfecho da ação penal ou ingressar também com a *actio civilis ex delicto*. No primeiro caso, tem-se que a sentença penal condenatória irrecorrível possui natureza de título executivo judicial, podendo o lesado buscar o ressarcimento do dano através da execução imediata daquela na esfera cível; por outro lado, na segunda hipótese (duas ações em andamento) é facultado ao juiz, com o escopo de evitar decisões contraditórias, suspender o curso da ação civil até o julgamento da ação penal (art. 64, parágrafo único, CPP)[93].

O Código Civil brasileiro, ao tratar do instituto da indenização decorrente de atos ilícitos, diz que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (art. 945). No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (art. 948). E no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (art. 949)[94].

O instituto da composição civil dos danos, trazido pela Lei nº 9.099/95, nos seus arts. 71 a 74, estabelece que o juiz deve, sempre que existir dano, buscar a composição civil,

---

proceso puede conseguir la efectiva protección de bienes jurídicos que teóricamente corresponde otorgar sólo a los órganos públicos". Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, op. cit., p. 174.

91 Essa norma é instrumentalizada pelo art. 63 do CPP, cabendo ao juiz, quando proferir sentença condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, sempre considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, a teor do art. 387, inc. IV, do diploma processual.

92 A cumulação de esferas penal e civil é criticada sob o argumento de que o processo penal não pode ser um instrumento de tutela de interesses privados, o que seria corroborado pelo art. 935 do Código Civil, que estabelece ser a responsabilidade civil independente da criminal. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 242.

93 PRADO, Luiz Regis. *Curso...*, op. cit., p. 417-418.

94 Outras duas situações previstas no CC que comportam indenização são: "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido"; e "Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal".

destacando que tal composição implica renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima. Com isso, mostra-se clara a intenção do legislador de estimular a resolução do conflito penal pela via autocompositiva, com o objetivo de melhor atender às aspirações da vítima. Em idêntica linha vem a suspensão condicional do processo, instituto jurídico segundo o qual o processo fica suspenso pelo prazo de dois a quatro anos, devendo o autor do crime cumprir algumas condições, dentre as quais a reparação do dano à vítima (art. 89, § 1º, inc. I, Lei nº 9.099/95).

No âmbito do Código Penal, a medida de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima e seus dependentes de importância fixada pelo juiz (art. 45, § 1º). Não há negar, portanto, que a legislação pátria, destacadamente a Lei dos Juizados Especiais, preocupou-se sobremodo com a situação da vítima, proporcionando e incentivando a reparação dos danos sofridos, sendo este o mais emblemático postulado da teoria da vitimologia na atualidade[95].

Tal perspectiva ganhou muita força na Europa. Na Alemanha se fala da necessidade de compensação entre autor e vítima do delito, que segundo Schünemann possui sentido duplo: o estrito e o amplo. No primeiro, pretende que todo o conflito, motivado pelo crime, se solucione em um processo comunicativo que inclua a vítima e que requer a boa-fé do autor para se chegar a uma composição pacífica com aquela. Em sentido amplo, o agente, sem ir a prisão, realiza trabalhos comunitários ou admite limitações em seu âmbito financeiro que garantam o ressarcimento da vítima ao menos em grande parte do dano[96].

É importante reiterar que a proteção da vítima, e não apenas a punição do autor de um crime, é fundamental para a eficácia e efetividade[97] do sistema penal. Como disse Joaquín Delgado Martín,

> La relación entre víctima y sistema penal debe centrarse preferentemente en la tutela de la posición de la víctima, de tal manera que recupere su protagonismo en la aplicación el *ius puniendi* del Estado. Se concreta desde una doble perspectiva: en el plano normativo, mediante el reconocimiento de derechos por parte del ordenamiento; y también en el plano de la aplicación de la normativa jurídica por parte de los operadores y servidores del sistema, mediante la promoción de las condiciones para mejorar su acceso a la justicia para la defensa de esos derechos, es decir, la eliminación de obstáculos para la protección de los interesses de la víctima por el sistema de juticia. En definitiva, no se trata solamente de la aprobación de una legislación

---

95 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 61.

96 SCHÜNEMAN, Bernd. El fortalecimento de la posición de la víctima en el proceso penal, ¿ Dicha ou desgracia? In: *Obras, Tomo II, Colección autores de derecho penal,* dirigida por Edgardo Alberto Donna. Trad. para o espanhol de Mariana Sacher, Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza. Buenos Aires, Santa Fé: Rubinzal–Culzoni, 2009, p. 498.

97 *Eficácia* como concretização normativa do texto legal (conformidade dos comportamentos ao conteúdo da norma), e *efetividade* compreendia como realização da finalidade da lei. Cf. desenvolvimento da temática em: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43-48.

> adecuada, sino también de la adopción de medidas destinadas a garantizar la efectividad de estos derechos[98].

A reparação, ao que se vê, traz ínsito o fito de restaurar o equilíbrio ou regime de igualdade entre vítima e autor do fato, arranhado quando da violação do direito (perpetração do crime), sendo de rigor o restabelecimento pelo culpado desse *status* moral de equivalência, como imperativo de justiça, sobre o qual se estriba toda e qualquer sociedade forjada nas bases do direito e da democracia. Nas palavras de H. L. A. Hart, quando as leis, por exigência da justiça, preveem a reparação, "elas reconhecem indiretamente o princípio que ordena 'tratar igualmente os iguais' ao dispor sobre a restauração, após a perturbação, do *status quo* moral perante o qual vítima e algoz estão em pé de igualdade e são, portanto, iguais"[99].

No entanto, em não sendo criminoso o fato ilícito, por exclusão do elemento tipicidade, face a constatação – produzida pelo figurino vitimodogmático, cujas bases epistemológicas serão melhor desenvolvidas a partir do próximo capítulo – de que a sua materialização se deu em virtude do contributo decisivo da vítima[100], tem-se a impossibilidade de indenização ou reparação, pois embora presentes o fato e o dano, a inexistência de crime nesta singular hipótese afasta, em caráter de excepcionalidade, a incidência do artigo 67, inc. III, do CPP. Nessa toada, a conclusão mais acertada gira no sentido de que não é legítimo compelir alguém a arcar com um prejuízo fruto de ação ou *organização* conjunta, cujo personagem central e determinante é a própria *vítima*[101].

2.4.4 Vitimologia como fundamento político-criminal à teoria da pena, considerados os aspectos da legitimação e da aplicação

Em vista da sua independência científica, pode-se asseverar que a teoria da vitimologia tem na atual quadra de sua evolução plenas condições de operar como fundamento de política criminal[102] à modernização, por assim dizer, de pontos relevantes da teoria da pena,

---

98 MARTÍN, Joaquín Delgado. La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el processo penal. *In*: GONZÁLEZ, Juan Pablo González. *Panorama actual y perspectivas de la victimología:* la victimología y el sistema penal. Madrid: Consejo General del Poder Judiciario, 2007, p. 21-22.

99 HART, H. L. A. *O conceito de direito.* Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 214.

100 Não apenas a agressora (ou exclusivamente culpada, na classificação de Mendelsohn), que com esse comportamento deflagrou o evento danoso, mas também aquela que, por exemplo, para além do mero risco, aceita o resultado ulteriormente concretizado por um ato – conjunto ou não – de terceiro.

101 Para maiores considerações, cf. Capítulo 6, *seção 6.4*, que trata especificamente das consequências extrapenais da decisão do juízo criminal proferida com base no entendimento vitimodogmático, nomeadamente o instituto do consentimento.

102 Analisando a importância da experiência criminológica – à qual acrescenta-se a vitimológica – para a política criminal, diz Shecaira: "A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O direito

seja na cominação abstrata desse castigo (atividade legislativa), seja na sua determinação – tarefa desempenhada pelo juiz –, considerados os anseios da vítima e a necessidade de um direito penal eficiente, mais consentâneo aos cânones da chamada sociedade de risco ou pós-moderna[103].

Nesse sentido, há muito vem esmaecido o vigor da ideia de retribuição ou vingança[104] pura e simples ao infrator (*punitur quia peccatum est*), fundada na expressão de que é justo "transformar mal em mal"[105], a qual cede lugar à mecanismos de punição diferenciados, propínquos ao alcance das verdadeiras necessidades da vítima, num ambiente mínimo de cordialidade. De outra banda, abrolha a defesa de que os objetivos de prevenção (geral e especial) que norteiam parte considerável da teoria da pena sejam construídos a partir de uma realidade em que a vítima é colocada em posição de destaque.

Segundo entendimento tradicionalmente difundido, são quatro as finalidades preventivas que de uma forma ou de outra justificariam a existência (e aplicação) das penas: *i)* a emenda ou correição do réu; *ii)* a sua neutralização para evitar que continue a causar mal à sociedade; *iii)* a dissuasão de todos os outros indivíduos de imitá-lo por meio do exemplo da punição ou da só ameaça desta; e *iv)* o reforço da ordem jurídica violada mediante a reafirmação da potestade do direito lesado[106]. Todavia, é importante que essas estruturas, que abarcam o

---

penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimido pela política criminal". Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, op. cit., p. 44-45.

[103] Na obra *Sociedade de risco*, Ulrich Beck mostra as consequências jurídico-políticas de uma nova forma de organização social, que é "a própria sociedade de risco", na qual os riscos apresentam socialmente um efeito *bumerangue*. Para o sociólogo alemão, "esse efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado: sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a *unidade entre culpado e vítima*". Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 44.

[104] A punição como vingança permeou o direito penal por muitos períodos históricos, e a despeito de ainda hoje compor – subliminarmente – o ritual punitivo como manifestação dos instintos humanos, não há dúvidas de que, se levada às últimas consequências, no fundo violará o mais puro sentimento social de justiça, como ocorreu no passado, p. ex., com a prática do *suplício do corpo*, contra a qual bradou ferozmente Michel Foucault em *Surveiller et Punir*: "É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero (...)". Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Trad. de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 63. Com efeito, o discurso histórico de Foucault, no qual se inclui as objeções levantadas contra o sistema punitivo de longeva vigência, logo recebeu inúmeras críticas: cf. nesse sentido, por todos, MERQUIOR, José Guilherme. *Michel Foucault ou o niilismo de cátedra.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, *passim*. Ainda assim, há estudos resgatando o contributo foucaultiano em torno da premissa da natureza política do poder de punir (tática de dominação), reprodutor das desigualdades sociais: cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 289-298.

[105] Desenvolvendo criticamente a ideia, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 236 e ss.

[106] Tem-se, na síntese de Ferrajoli, da combinação dos critérios alusivos à esfera dos destinatários (prevenção *geral* ou *especial*) e à natureza das prestações da pena (*positivas* ou *negativas*), quatro doutrinas *utilitaristas*: "aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir

"se" e o "porque punir", considerem amplamente todas as questões que envolvem a vítima e as suas circunstâncias, desde a conduta desenvolvida para a ocorrência do injusto punível, passando pela necessidade de reparação dos danos e culminando com a legítima punição do infrator, quando necessário se fizer.

Nesse cenário, a política criminal se defronta com alguns questionamentos de cariz eminentemente vitimológico: *1)* punido o infrator sem a valoração dos sentimentos da vítima atingiria a pena realmente os fins aos quais se destina (?); *2)* de que modo a vítima poderia contribuir em prol de uma maior efetividade da punição (?); *3)* onde encontrar medidas punitivas que assegurem, a um tempo, a dignidade humana do infrator e as aspirações da vítima e da sociedade (?). Elena Larrauri clareia o debate mostrando que a contribuição da vitimologia se realiza fundamentalmente na teoria da pena, por articular um castigo ao infrator que em realidade sirva para satisfazer as necessidades da vítima, e "ello pretende conseguirse con la introducción de dos medidas: la compensación como un castigo autónomo y el trabajo de utilidad social (*Community Service Orders*) para reparar el mal del delito a la víctima y a la sociedad"[107].

Ao longo dos anos, a criminologia tem demonstrado que o recrudescimento das penas, por si só, não coíbe a criminalidade sempre crescente em todo o mundo, mormente em se tratando de crimes violentos. Em suma, não se está diante de medida capaz de conferir a tão desejada pacificação social[108]. Há mais de dois séculos, Cesare Beccaria prelecionou que "as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza (...)"[109], justificando-se, há que se repetir, essa tese na constatação de que não é a pena em si mesma contemplada que desmotiva ou dissuade o delinquente potencial, mas sim a

---

o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribui a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui". Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, op. cit., p. 245. Esse modelo, todavia, não inclui as *teorias expressivas*, que partem da concepção de que o elemento de censura constitutivo da pena desempenha um papel fundamental na sua justificação. Nesse tocante, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 90-91; mais aprofundadamente, cf. HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 29 e ss.

[107] LARRAURI, Elena. *Victimologia...*, op. cit., p. 24.

[108] Neste ponto, são interessantes as considerações de Roxin: "resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien, únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica". Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 50.

[109] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983, p. 15.

certeza da elevada probabilidade de ser descoberto e punido[110], posto que em montante ínfimo.

Nesse sentido, a nova vitimologia, malgrado se preocupe, essencialmente[111], com a situação da vítima de um crime, não reconhece nos métodos de punição cruéis[112] o lenitivo para a recomposição do abalo social provocado pela infringência da ordem jurídica. Modelos ultrapassados – eis que remontam a momentos históricos caracterizados por extrema violência (p. ex.: Idade Média e séc. XVIII) – e hodiernamente impensáveis, não encontram respaldo no constitucionalismo moderno, que traz como um dos fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inc. III, da Constituição Brasileira de 1988[113].

No Brasil, a legislação vigente prevê, como regra, que a prisão é a mais grave consequência jurídico-penal que o infrator pode receber em caso de punição[114]. Mais que isso, a Carta Constitucional admite unicamente a prisão de natureza temporária, pois veda a pena de prisão perpétua (art. 5, inc. XLVII, "b"); e proíbe, ademais, as penas de morte (*salvo em caso de guerra declarada*[115]), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. E além da prisão, admite as penas de multa e as restritivas de direitos, estas, por evidente, mais leves que a constrição da liberdade ambulatória (ir, vir e ficar), daí que merecem uma maior atenção.

Por ser ineficiente no que concerne ao fim da reabilitação social (prevenção *especial positiva*), a pena de prisão convive com acerbas críticas, provindas das mais diversas correntes do pensamento criminológico, com destaque para os estudos da criminologia crítica (ou radical), que ligam a necessidade da manutenção da prisão nos dias correntes às exigências do

---

110 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal.* Trad. de Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 40. Montesquieu também compartilhava dessa mesma ideia: "Examinemos a causa de todos os relaxamentos e veremos que eles vêm da impunidade dos crimes e não da moderação das penas". Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 95.

111 Diz-se essencialmente porque a formulação primeva da vitimologia facilitou as possibilidades de consideração, em benefício do agente, da participação da vítima para o cometimento do delito (sentido vitimodogmático).

112 O criminoso, a quem é garantido o devido processo legal, por mais vil que tenha sido a ação delitiva, continua sendo cidadão (pessoa) e não inimigo (não-pessoa), exceto em situações limítrofes bem definidas pela legislação penal, mas ainda assim objeto de críticas da doutrina: cf. por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 161-163.

113 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 99.

114 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. A pena de prisão no brasil: contradições, desproporcionalidade e ausência de isonomia na sua aplicação. In: Gustavo Noronha de Avila et al. (Coord.). *Criminologias e política criminal:* Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. 1.ed. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 191.

115 CF/88, art. 5º: *"XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (...)"*. Aqui, a Constituição prevê a possibilidade de pena de morte para os crimes militares, regulados no Código Penal Militar (Dec.-Lei nº 1001/1969), cujos arts. 55 e 56 prescrevem: "Art. 55. As penas principais são: a) morte; b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função; g) reforma. Pena de morte"; Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento". Um exemplo de crime punido com pena de morte (grau máximo) é o de *traição*, previsto no art. 355 do mesmo Código.

sistema capitalista, que seria retroalimentado pelo cárcere[116], razão pela qual seus teóricos defendem, no limite, a abolição deste *anacrônico* método punitivo[117] como um dos caminhos necessários para se atingir a igualdade material, vislumbrada desde os tempos de Karl Marx[118].

Nesse terreno fertilizaram argumentos outros contrários à prisão, todos centrados na ideia de que tal medida, ao invés de restaurar e reinserir, com dignidade, o criminoso na sociedade, produz efeitos diametralmente opostos, de vez que o "escolariza" para a senda do crime, o tornando, assim, pior como pessoa. No conjunto, ganha realce a privação da vida comunitária e a submissão a uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e

---

[116] Ilustrativo desse modo de pensar, em que reafirma o cárcere como instrumento de manutenção da ordem social burguesa, o trabalho de Melossi e Pavarini: cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 211 e ss.

[117] Veja-se Juarez Cirino dos Santos: "a estratégia da Criminologia Radical para o sistema carcerário é, de fato, radical: abolição da prisão. As funções reais do aparelho penal, de reprodução das condições de produção (separação trabalhador/meios de produção), de garantia da exploração capitalista (relações de produção), com as consequências de marginalização social e de desarticulação política da força de trabalho excedente, somado ao fracasso da ideologia penitenciária (controle da criminalidade e correção do criminoso), justificam o objetivo estratégico: a preservação da instituição carcerária só interessa às classes dominantes. Entretanto – além da descriminalização e da despenalização –, o objetivo estratégico de abolição da prisão requer mediações políticas táticas, como a extensão das medidas alternativas da pena e a abertura do cárcere para a sociedade. As formas alternativas da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, dos regimes de liberdade e de semiliberdade etc., são plenamente justificadas como etapas de aproximação do objetivo estratégico final". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3. ed. Curitiba: *Lumen Juris*, 2008, p. 121-122. Em outro texto, Cirino dos Santos enfatiza: "a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima *desintegração social* do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 444. Assim também, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 171 e ss. Segundo Salo de Carvalho, a criminologia crítica traz, conforme o maior ou menor grau de deslegitimação do sistema punitivo, a seguinte *agenda positiva*, embora com algumas proposições conflitantes: garantismo penal, direito penal mínimo, uso alternativo do direito penal, realismo de esquerda e abolicionismo penal. Cf. CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2013, vol. 104, p. 294-296.

[118] O pensamento marxista de Baratta não passou incólume às críticas, destacando-se a dirigida à ausência de atenção à vítima, aqui entendida como elemento central à democratização da teoria da pena. Outros rechaços, apresentados por Marcelo Aebi, são: *1)* inconvenientes epistemológicos, manifestados *a)* pelo caráter infalseável da criminologia crítica, que busca a partir de critérios discutíveis refutar todas as outras teorias a ela alternativas, o que, segundo pugnado por Karl Popper, retira a conotação científica de pretensão desse jaez, *b)* pelos problemas de definição excessivamente restrita da criminologia e pela inclusão da sociologia jurídico-penal no objeto de estudo daquela, *c)* pela maneira com que aplica o conceito de paradigma e de revolução científica à ciência criminológica, *d)* pela etiologia do comportamento desviado e pelo determinismo, baseando as suas explicações na classe social a que pertence o autor do delito (estrutura socioeconômica da sociedade capitalista); e *2)* inconvenientes metodológicos, identificados *a)* pela observação seletiva, ao ignorar estudos que poderiam pôr em dúvida a suas teses, *b)* pela confusão entre os conceitos de prevalência e incidência da delinquência, *c)* pela adoção de uma teoria única para o conjunto da delinquência, em que os crimes não são estudados segundo a sua gravidade, *d)* pelo erro de raciocínio, que consiste em considerar que a discriminação do sistema de justiça penal é provada pelo simples fato de constatar que as pessoas de classe desfavorecida são majoritárias entre os prisioneiros. Cf. AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando. (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004. p. 29-63.

profanações do seu *eu*, sistematicamente mortificado, sem contar as barreiras que esse tipo de *instituição total*, nas palavras de Erving Goffman[119], faz medrar entre o internado e o mundo externo. As externalidades negativas do cárcere ora apresentadas receberam ponderações de Zaffaroni, que reforçam a emergência de se pensar a teoria da pena à luz dos postulados vitimológicos:

> O aprisionamento reproduz criminalidade, gera reincidência, condiciona patologias psíquicas (neuroses de caráter e neuroses regressivas) e reforça os papeis desviados como decorrência da exigência de assumi-los na vida carcerária para que o indivíduo sobreviva sem provocar distúrbios agressivos. A intervenção penal por desvios primários gera outros secundários mais graves e a reclusão de adolescentes prepara-os para uma carreira de crimes. O aprisionamento desnecessário fabrica delinquentes, do mesmo modo que a estigmatização de minorias em uma clara profecia que se autorrealiza (jovens com dificuldades de identidade assumem os papeis desviados, imputados midiaticamente, reafirmando os preconceitos próprios do estereótipo)[120].

Junto aos tradicionais fins da pena, que focam, de um modo geral, na prevenção (geral e especial), e, nos casos particulares (individualizados), na determinação da pena proporcional ao fato como corolário dos princípios da culpabilidade e da legalidade[121], a chamada composição entre autor e vítima para a reparação do dano produzido pelo delito, preenchidos alguns pressupostos inerentes ao método compositivo, como a possibilidade de identificação da vítima e a aceitação do ofendido[122], mira o restabelecimento da paz jurídica perturbada pelo acontecimento criminoso. Para Günter Stratenwerth, a reparação, que aqui se defende no marco do ordenamento jurídico em vigor, constitui uma forma de reação penal que tem muito sentido e que em parte pode ocupar o lugar das sanções criminais mais comuns, como a privação de liberdade, mormente quando há da parte do agente um esforço real no afã de promovê-la a contento[123].

Pautado nesta que é, claramente, uma perspectiva evolucionista, Claus Roxin[124]

---

[119] GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 24.

[120] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2ª Tir., 2014, p. 441.

[121] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria...*, op. cit., p. 71 e ss.

[122] Ser ou não grave o fato é um pressuposto de aceitação discutível, mas preferimos não o descartar *a priori*.

[123] STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I:* El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá et al. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 45-46. No que toca à reparação com a composição autor-vítima como uma importante iniciativa político-criminal, notadamente por fomentar o renascimento da figura da vítima no ramo do processo penal, com estudo do procedimento no direito comparado, cf. HUBER, Barbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de liberdad. Trad. de Patrícia Laurenzo Copello. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Año 1994 – Número 3, Madrid, p. 166-173.

[124] ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. In: MAIER, Julio et al. *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 143 e 155. Contra, por considerar essa "terceira via" uma consequência jurídica alheia ao direito penal, Hans Joachim Hirsch: "Los fines de la pena o del Derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor; por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines. La concepción sostenida por Roxin, según

defende (*de lege lata* ou *ferenda*) uma terceira modalidade de sanção jurídico-penal, qual seja a *reparação* – a fazer par com as penas propriamente ditas (privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa) e as medidas de segurança[125] –, cuja finalidade estruturante seria propiciar a expiação do crime a partir de um olhar mais altivo para os interesses da vítima. Roxin pondera que em havendo efetiva recepção desta novel medida punitiva pelo sistema criminal, a pena privativa de liberdade não perderia total aplicabilidade, sobretudo nos casos de delitos mais gravosos, de maneira que a vindicada reparação em face destes teria efeitos unicamente atenuantes da pena, que permanece como meio idôneo para se reconstituir novamente a paz jurídica atingida com a prática do delito[126]. De sua vez, advogando a compensação como um dos pilares da assistência à vítima e meio de reabilitação do ofensor, Pedro David pontua:

> Crime victim compensation is one of the pillars of victim assistance. For many victims worldwide, it serves as the primary means of financial aid in the aftermath of victimization […]. Restitution should be used to provide a way of offsetting some of the harm done to the victim and to provide a socially constructive way for the offender to be held accountable, while offering the greatest possible scope for rehabilitation […][127].

Em célebre escrito do século XIX, Jeremías Bentham sustentou que além da reforma do delinquente e da vingança sobre o seu corpo, é também qualidade da pena a indenização da parte prejudicada (modalidade de pena pecuniária), pois desta maneira tanto se castiga o delito quanto se repara o mal por ele causado[128]. O outro aspecto, também dentro da ótica da consensualidade, diz com o desenvolvimento de mecanismos penais e processuais penais que deem margem de disposição à vítima[129] para poder negociar em crimes além dos

---

la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equívoco resultante del punto de vista de la "prevención integrativa" del Derecho penal (...)". Cf. HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. Traducción de Elena Carranza. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 64.

125 Ver também: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 13.

126 E conclui: "Pero una cierta precaución en la sustitución de la pena por la reparación tendría la ventaja de que se podría obtener un amplio consenso sobre la introducción de tal posibilidad. También así resultarían asegurados por completo los intereses de la víctima ya por el hecho de que la reparación condujera sólo a una atenuación de la pena. El legislador debería decidirse, entonces, por conceder a la reparación un espacio más amplio en el derecho penal. En tanto él no opere deberían ser más ampliamente utilizadas que hasta ahora las posibilidades ya existentes de lege lata. La teoría de los fines de la pena posibilita y favorece eso y la separación, a conservar, entre derecho penal y civil no constituye obstáculo alguno para ese desarrollo". Cf. ROXIN, Claus. La reparación..., op. cit., p. 156. Já Silva Sánchez aventa a possibilidade de *reparação do dano* como sanção no campo do processo penal. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência...*, op. cit., p. 44.

127 DAVID, Pedro R. Measures to protect victims of crime and the abuse of power in the criminal justice process. *Resource material series,* n. 70, UNAFEI, Fuchu, Tokyo, Japan, November/2006, p. 98 e 100.

128 BENTHAM, Jeremías. *Compendio de los tratados de legislación civil y penal* (con notas por D. Joaquim Escriche), Tomo II. 2. ed. Madrid: Libreria de la viuda de calleja e hijos, 1839, p. 60.

129 Aumenta-se o poder da vítima diminuindo o papel do Estado no direito penal, como afirmado por Hassemer e Muñoz Conde: "La tendencia a una mayor consideración a la víctima del delito, cada vez más patente en las doctrinas más modernas, debe tener en cuenta que, de algún modo, minimiza el papel del Estado en el Derecho penal". Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, op. cit., p. 171.

enquadrados na Lei nº 9.099/95, permitindo, de conseguinte, um mais largo espectro de possibilidades de pacificação do *conflito criminal*[130]. A justiça penal restaurativa, já embrionariamente prevista na Resolução nº 225, de 31/05/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), avulta como mecanismo potencialmente hábil a colmatar essa lacuna, embora não seja o bastante, cabendo ao Congresso Nacional estabelecer, mediante lei, os limites da permissividade de algo semelhante à autocomposição do processo civil entre autor do fato e vítima[131], já que no contexto penal ora esboçado sublinha-se o interesse desta. Preocupado com as doutrinas ultimamente surgidas no direito penal, que reverberam ideias tais como a *luta contra a impunidade* e o *direito da vítima a punição do autor*, Silva Sánchez muito percucientemente esclarece que a verdadeira teoria do direito penal orientada à vítima não é retributiva ou preventiva, mas restaurativa, equilibrante ou igualadora, que se centraliza na neutralização do dano imaterial que o delito inevitavelmente lhe causa, ressaltando, destarte, que o direito das vítimas à justiça decididamente não se identifica com a punição pura e simples do autor[132].

O poder de disposição do ofendido na ação penal privada e a reparação civil dos danos previstos na legislação brasileira são apenas o primeiro passo dessa inflexão, que vem ao encontro da modernização das normas processuais penais produzida nas últimas décadas em outros países latinoamericanos, a exemplo do Peru, onde paulatinamente se vem reconhecendo em favor da vítima, através de novos instrumentos legais, assentados níveis de protagonismo[133]. Nesse tocante, Reyna Alfaro lembra que a intervenção da vítima no processo penal, que por questões de economia processual acumula pretensões punitivas e ressarcitórias, tradicionalmente está adstrita ao objeto cível do delito, afigurando-se praticamente nula a sua influência na determinação da responsabilidade penal ao autor, pois via de regra não tem

---

[130] Ampliar as hipóteses de perdão do ofendido, por lei admitido apenas nos crimes em que se procede mediante queixa (art. 105, CP), é exemplo de mudança de paradigma, além de consonante com a abertura do direito penal material e do processo penal para um de seus grandes interessados: a vítima. Todavia, para que esse objetivo seja alcançado, tornando-se norma jurídica de efeitos cogentes os esforços advindos da política criminal, necessita-se de vontade legislativa, reservada à arena política.

[131] Desta feita em uma maior variedade de situações, inclusive em se tratando de crimes violentos (*v.g.*, sequestro). Próximo ao exposto, cf. notas n. 83 e n. 122 *supra*.

[132] Ver detalhadamente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena*? Sobre as doutrinas penais de "luta contra a impunidade" e do "direito da vítima a punição do autor". Trad. de Lucas Minorelli. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS,* Porto Alegre, v. 2, n. 2, jul./dez. 2014, p. 72-92. Contra, por considerar que a punição evita a responsabilidade pela impunidade, além de defender que os interesses da vítima devem ser devidamente integrados na teoria da retribuição da pena, cf. FLETCHER, George P. The Place of Victims..., op. cit., p. 60 e ss.

[133] ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Las víctimas...*, op. cit., p. 141. Enfatize-se que esse pretendido protagonismo não é – e não pode ser – ilimitado e desprovido de critérios objetivos, bem como que não pode transformar o direito penal, nas mãos de vítima, em instrumento de perseguição e de enfraquecimento dos direitos fundamentais (*v.g.*: devido processo legal, presunção de inocência, imutabilidade da coisa julgada, *ne bis in idem*, dentre outros) do imputado.

legitimidade para aportar aos autos meios de prova que lhe interessem, em suma para atuar de um modo geral[134], incidindo nesses pontos as mudanças alvitradas.

O modelo de penalização compatível com o ideário vitimológico, antes de quedar-se estribado na privação da liberdade, volta-se, com considerável ênfase, à satisfação da própria vítima. Isso porque a reparação dos prejuízos (materiais e/ou morais) que tenha sofrido como resultado da conduta criminosa não raro lhe interessa mais que a punição aflitiva ao autor do crime, sendo, portanto, operativamente conducente ao restabelecimento do império da ordem jurídica violada. Eis porque esse modelo tem dois objetivos básicos: *1)* de um lado, busca restaurar a dignidade do delinquente, ensinando e praticando valores humanos, que minimizem a estigmatização do processo criminal e, fundamentalmente, da sua execução quando o cárcere for a punição aplicada; *2)* do outro, considera em sua integralidade a pessoa da vítima, cujos direitos foram infringidos pelo ato criminoso, cabendo ao Estado implementar mecanismos restaurativos para além da esfera punitiva. No vértice oposto, exige-se a apenação do infrator proporcionalmente ao grau de participação da vítima para a ocorrência do crime, realidade que não pode ser desprezada, conforme será esclarecido em outras partes deste texto que cuidam dos valores intrínsecos à vitimodogmática. O objetivo final de todo esse trabalho é alcançar o tão almejado direito penal justo e eficiente.

2.5 ASPECTOS DA VITIMOLOGIA E DA VITIMODOGMÁTICA ENCONTRADOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E EM DOCUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS

Com efeito, diversas manifestações da vitimologia e alguns *sintomas* de vitimodogmática – que, por ser menos discutida, tem alcance reduzido – se espraiam nos corpos de inúmeros textos normativos nacionais e internacionais, o que demonstra a importância do tema versado na presente pesquisa. Do Código Penal brasileiro, extraem-se dispositivos que reverberam tanto os aspectos indenizatórios dos danos causados pelo crime (art. 91, inc. I, já estudado) quanto as consequências dogmáticas (aqui em menor medida) do comportamento da vítima para a ocorrência do delito (*vide* arts. 59, *caput*, e 121, § 1º)[135]. No âmbito da legislação

[134] ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Las víctimas...*, op. cit., p. 142.

[135] É relevante salientar que os reflexos dogmáticos do comportamento da vítima para a ocorrência do crime (*vitimodogmática*) nem sempre advêm de dispositivos legais "descobertos", pois que a legislação não traz expressamente, por exemplo, a previsão de exclusão da tipicidade no caso da participação em uma autocolocação em risco consciente. As construções vitimodogmáticas, portanto, mais do que deduzíveis da lei, são fruto de meticuloso trabalho doutrinário, que pela sua importância vem sendo paulatinamente incorporado, sem embargo das resistências, à jurisprudencia de alguns países. Esse é o fundamento palpável do instituto em exame, que não representa, em absoluto, uma postura *contra legem*, conforme será esclarecido ao longo do Capítulo 5.

especial, são muitas as leis que cuidam da temática vitimológica (*v.g.*: Leis nº 11.340/2006 e nº 9.807/99).

Após duas guerras mundiais, a última delas marcada pelo holocausto, com o subsequente estabelecimento das Nações Unidas em 1945 e a criação da Declaração Universal dos Direito Humanos em 1948, houve uma tomada de consciência por parte da comunidade internacional acerca da necessidade de se protegerem os direitos não apenas dos ofensores, através das conhecidas garantias constitucionais fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc.), mas também, em que pese serodiamente, os potenciais e atuais das vítimas[136]. Ainda nessa marcante conjuntura histórica, e animado pelos estudos de Beniamin Mendelsohn, "The origins of the Doctrine of victimology", publicado em 1945, e de Hans von Hentig, "The criminal and his victim", divulgado em 1948, o interesse pela vitimologia começou a reunir as maiores expressões dos diversos segmentos das ciências sociais, organizando-se, em consequência, inúmeros encontros/simpósios internacionais[137] para debater o sentido e o alcance dessa ciência que naquela quadra estava em ebulição. Em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução n° 40/34, formalizou a *declaração sobre os princípios fundamentais de Justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder*.

2.5.1 Parte Geral do Código Penal

Segundo Heitor Piedade Jr., um dos precursores dos estudos da teoria da vitimologia no Brasil, os termos "vítima", "ofendido" e "lesado" têm sido empregados indistintamente em sede penal, embora a boa técnica fosse usar a expressão "vítima para designar aquele que o foi nos crimes contra a pessoa; ofendido, nos crime contra a honra e contra os costumes; e lesado, naqueles contra o patrimônio"[138]. Nesse sentido, lembra que na Parte Geral, o Código Penal refere-se expressamente sete vezes ao termo "vítima", dez vezes ao vocábulo "ofendido" e apenas uma a "lesado"[139], conquanto as mudanças legislativas empreendidas durante os anos que se seguiram à edição do trabalho deste autor tenham modificado essas "estatísticas".

---

136 DUSSICH, John. *The Evolution...*, op. cit., p. 45.

137 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia...*, op. cit., p. 132. Os eventos internacionais realizados acerca do tema deram novos rumos à vitimologia. A propósito, Laercio Pellegrino observou que: "tendo por origem o estudo da cooperação da vítima, com a sua conduta, na gênese do crime, a Vitimologia, principalmente após o 1.º Simpósio Internacional que se realizou em Jerusalém, tomou novos rumos, inclusive no tocante ao melhor conhecimento do papel da vítima e a sua proteção, com direito a uma compensação". Cf. PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia:* história, teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 12.

138 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia...*, op. cit., p. 184.

139 *Idem, ibidem*.

Dispondo sobre o *error in persona*, o § 3º do art. 20 do Código diz que "(...) não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". Já o § 1º do art. 45 apregoa que "a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes (...)". Ao tratar da primeira fase de dosimetria da pena, o art. 59, *caput*, prescreve que "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (...)". Estabelece o Código, outrossim, ser circunstância que sempre atenua a pena ter o agente cometido o crime "(...) sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima" (art. 65, inc. III, "c")[140]. Para alcançar a reabilitação, deverá o condenado, dentre outras hipóteses alternativas, exibir "documento que comprove a renúncia da vítima (...)" (art. 94, inc. III). Finalmente, nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no CP ou em legislação especial, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr "da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos (...)" (art. 111, inc. V).

A expressão ofendido, de seu turno, aparece nos seguintes dispositivos: art. 61[141], inc. II, "c", "i" e "j", que versa sobre circunstâncias agravantes quando o agente comete o crime se utilizando de "recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido", "quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade", "em ocasião de desgraça particular do ofendido". No Título VII, que cuida de diversos aspectos da ação penal, há oito menções ao termo (arts. 100 ao 106). Já o vocábulo lesado aparece no art. 91, inc. II[142], que dispõe sobre os efeitos genéricos e específicos da condenação.

É importante destacar que a norma do art. 15 do CP, que trata da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, foi criada com o intuito de proteger a vítima. No mesmo sentido, a figura do arrependimento posterior (art. 16, do CP), que gera redução de pena quando o agente, por ato voluntário, repara o dano ou restitui a coisa à vítima até o recebimento da

---

[140] No que concerne ao crime continuado, o § único do art. 71 fala em "*vítimas* diferentes".

[141] A vitimologia, outrossim, permeia as agravantes genéricas estabelecidas no art. 61, als. "e", "f", e "h", do CP, que fazem com que nas relações de família aumente-se a punição quando o crime for cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, tendo em vista a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas pelo patrimônio. A alínea "h" agrava o crime quando a vítima é a criança, o idoso, o enfermo e a gestante. Em relação a hipótese da al. "h", veja-se as seguintes ponderações de Tatiana Stoco: *"para que determinada circunstância seja considerada como causa de exasperação sob a justificativa de uma situação de maior vulnerabilidade da vítima é imprescindível que tal condição seja de conhecimento do agente"*. Cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 151.

[142] Ressalte-se que há uma manifestação clara da *nova vitimologia* no inc. I do mesmo dispositivo, analisado em momento precedente, que prevê como efeito da condenação a obrigação de indenizar *o dano causado* pelo crime.

denúncia ou da queixa. Conforme explicita a Exposição de Motivos do Código Penal, *"essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa"*. Por fim, a legítima defesa, instituto sem dúvida alguma marcante dentro da vitimologia, possibilita à vítima a proteção legal diante de um fato criminoso. De acordo com art. 25 do CP, o indivíduo que reage a uma ilícita agressão não pode ser considerado criminoso, por exclusão do elemento antijuridicidade.

Dentre os verbetes legais acima transcritos, ganhará realce em cruciais discussões ulteriores desta tese o artigo 59, que evidencia importante reviravolta paradigmática no direito penal brasileiro, porquanto trouxe a esperada repercussão legislativa (dogmática) do debate criminológico que tem na vítima a figura central. É o que se constata na "exposição de motivos da nova parte geral do código penal", introduzida pela reforma de 1984 (Lei nº 7.209), quando acentua que *"a preocupação com a vítima fez-se referência expressa a partir da valoração do seu comportamento, 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"*[143]. Na norma há prescrição expressa a que o magistrado analise, como imperativo, o comportamento da vítima[144], afigurando-se a hipótese como uma dentre as muitas circunstâncias judiciais da apenação do agente. Só então, fixada a pena-base nesta etapa, passará o julgador a considerar possíveis atenuantes e agravantes, incorporando-as ao cálculo inicial, e, finalmente, às eventuais causas de diminuição e aumento de pena, chegando ao montante de reprimenda definitivo (art. 68, do CP).

Por fim, destaque-se que as discussões acadêmicas ventiladas em torno dessas questões retratam a efervescência do momento de *redescobrimento* da vítima, trazido à lume pela *nova vitimologia*, cujo marco foi o pós-segunda guerra mundial, embora as suas construções mais sólidas tinham vindo em período recente. Com isso, busca-se formatar uma consciência científica de maior proteção à vítima, a ser refletida no bojo do direito positivo, o que não impede seja ressaltada a sua responsabilidade quando venha a intervir, como fator determinante, no acontecimento. Cancio Meliá sintetiza esse alvissareiro prognóstico:

> Sin embargo, viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica y también en cierta medida – y en parte como consecuencia de ésta, legislativa – en los países de nuestro entorno mediante la cual desde la perspectiva de la criminologia tiene lugar un "redescubrimiento" de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada "victimología" que pretende sistematizar los conocimientos empíricos

[143] OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 34.

[144] É interessante atentar que o trabalho do aplicador da norma será mais completo se esse comportamento for, sem qualquer demérito à vítima, esquadrinhado com base nos três momentos: antes, durante e após o delito.

> relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos. Como se verá, el complejo "entorno" político-criminal tanto de la victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión científica. En todo caso, hay que ressaltar ya en este momento que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la víctima en el proceso similares a la acción penal del prejudicado que nuestro ordenamento sí reconoce. Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medias de atención a la víctima, y, especialmente, en el estabelecimento de mecanismos de reparación. Sin embargo, ya desde el inicio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la víctima como fator determinante de su (co)rreponsabilidad en lo sucedido[145].

2.5.2 Parte Especial do Código Penal

Inicialmente, cumpre registrar que a expressão "parte especial do código penal" compreende exclusivamente o conjunto de normas contidas na parte especial do referido diploma legal, enquanto a expressão "parte especial do direito penal" é utilizada "em sentido amplo, para abranger, também, a legislação penal extracódigo"[146] ou extravagante, razão pela qual far-se-á o estudo desta última em seção apartada.

De uma análise do Código Penal brasileiro, observa-se que a sua Parte Especial principia o tratamento da matéria no art. 121, § 1º (homicídio privilegiado), verbalizando que "se o agente comete o crime (...) logo em seguida a injusta provocação da vítima", o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. No mesmo diapasão, ocorre o crime de *lesão corporal privilegiada* se o agente pratica o fato "sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima", com igual redução de pena (art. 129, § 4º). Nas duas eventualidades, o legislador reconhece como causa geradora do evento criminoso a *injusta provocação promanada da própria vítima*, que, nas palavras de Nelson Hungria, se dá quando a vítima, com a sua conduta, pelo menos em parte cria para si mesma a situação de perigo ou de dano[147]. Vê-se, pois, que o direito penal não poderia fechar os olhos para a relevante situação que é a contribuição da vítima para o advento do fato delituoso, e a solução encontrada, *in casu*, foi a criação do delito privilegiado, com consequente redução de pena ao agente, equilibrando-se as responsabilidades dos sujeitos ativo e passivo.

Laercio Pellegrino retrata a velha jurisprudência dos tribunais brasileiros acerca da

---

145 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima…*, op. cit., p. 343-345.
146 SALES, Sheila Jorge Selim. *Escritos de direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 9.
147 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 147.

provocação da vítima, que pode consistir, entre outras ações, "em ofensas à honra, ameaças, perseguições, risos de escárnio ou desprezo, apelidos vilipendiosos, expressões ambíguas, indiretas mordazes e até atos emulativos", exemplificadas pelos acórdãos que transcreve:

> "Reconhece-se em prol do réu o estado emocional, sob cuja ação teria atuado, logo após ter recebido desconcertante bofetada, pelo que é de aplicar-se o disposto pelo art. 121, § 1º" (Trib. Just. São Paulo, 17.12.45; *Rev. Tribs.,* vol. 164, p. 119) (Victorio Tolomei. *Nova Jurisprudência Criminal,* p. 91, Rio, 1950). "Justifica-se a diminuição da pena quando o delito foi motivado por atitude inicial do ofendido, por mais de uma vez ofendendo moralmente e agredindo à vassoura o autor do delito" (2ª Câm. Crim. Trib. Just.-DF, 15.4.48; D.O. 17.8.48, p. 2.104)" (Victorio Tolomei. *Nova Jurisprudência Criminal,* p. 41, Rio, 1951). "Age sob o domínio de violenta emoção o indivíduo que assassina seu cônjuge ao ouvir dele a confissão de adultério e a resolução de abandonar o lar para ir viver com o amante" (Ac un. da 2.ª Câm. Crim. dota de SP, em 18.2.43, na ap. crim. n.º 9.616, de Rib. Preto; rel. Des. Oliveira Cruz; *in Rev. Tribs.,* v. 146, 545) (Valentim Alves da Silva, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal,* 2.º vol., p. 703, São Paulo, 1955)[148].

No crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, do CP), a pena abstratamente cominada é duplicada se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Com isso, busca-se recompensar pelo aumento da pena o reduzido poder de autodeterminação da vítima[149]. A legislação permite o denominado aborto sentimental, humanitário ou ético (art. 128, inc. II, do CP) em favor da vítima de estupro, levando em consideração o trauma causado por esse grave crime sexual[150].

Para o crime de injúria, o § 1º do artigo 140 diz que o juiz pode deixar de aplicar a pena – ao transmutado em vítima – quando o ofendido (tornado agressor), de forma reprovável provocou diretamente a injúria, ou seja, cria uma hipótese de perdão judicial, que redundará na extinção da punibilidade (art. 107, inc. IX, CP). O § 3º do mesmo tipo penal qualifica a injúria, elevando a pena máxima para três anos e multa, se o fato consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (injúria com preconceito)[151].

Mencione-se, outrossim, as escusas absolutórias, que nas palavras precisas de Francisco de Assis Toledo são as causas pessoais de exclusão de pena que operam

---

148 PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 12-13.

149 Em outras hipóteses, se demonstrada a participação da vítima em autocolocação em risco, é possível sustentar a exclusão da tipicidade do fato, analisando-se com a devida cautela a situação concreta.

150 Cf. especificamente os efeitos da vitimodogmática sobre os crimes contra a vida no Capítulo 6, seção *6.3.1*.

151 Não há que se confundir o crime de injúria preconceito com o de racismo, colhendo-se da jurisprudência os seguintes entendimentos: "Se a um só tempo o fato consubstancia, de início, a injúria qualificada (art. 140, § 3º, do CP) e o crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/89), há a ocorrência de progressão do que assacado contra a vítima, ganhando relevo o crime de maior gravidade, observado o instituto da absorção (STF, Inq. 1.458, j. 15.10.2003, *DJU* 19.12.2003). O crime de preconceito racial não se confunde com o de injúria; este protege a honra subjetiva da pessoa, enquanto aquele é a manifestação de um sentimento em relação a uma raça (TJMG, RT 766/686)". Cf. DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado.* 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 510.

incondicionalmente *"em benefício de um círculo restrito de agentes ligados geralmente à vítima por vínculo de parentesco (CP, arts. 181 e 348, § 2º) ou por outra circunstância que o legislador queira instituir, por razões de política criminal"*[152]. Tais causas, é bom que se diga, não excluem o crime, de modo que não aproveitam a quem não tenha as características personalíssimas previstas pela norma legal[153]. No peculato culposo, em que a vítima direta do fato é a administração pública, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade, e se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta (art. 312, § 3º, CP).

Conforme será exemplificado quando do estudo da emanação dos efeitos vitimodogmáticos, por seus institutos (*v.g.*, princípio *vitimológico*), especificamente sobre a Parte Especial, há abertura cognitiva para aferição da responsabilidade penal em benefício do agente – considerada a participação da vítima para a ocorrência do fato – diante de alguns tipos penais, dentre eles a divulgação de segredo (art. 153), o furto (art. 155), a extorsão indireta (art. 160) e o estelionato (art. 171), sempre em face das peculiaridades de cada situação concreta.

Nesse debate, um ponto bastante polêmico se refere à incidência da vitimodogmática[154], em sua versão *fraca* (diminui a pena) ou *forte* (excluiu a imputação ao tipo objetivo, ou seja, a tipicidade)[155], aos crimes sexuais, por despertar, o entendimento que a acolhe, sensíveis questões de ordem ética e moral, representativas de tabus sociais, que se sobrepujam quando em jogo vítimas do gênero feminino. Inobstante tais questionamentos, as perquirições científicas devem considerar o objeto de análise em sua totalidade, evitando-se toda sorte de preconceitos[156]. Tratando do tema, José Guilherme de Souza considerou:

> A reação da macrossociedade e de seus grupos e subgrupos somente passa a ser perceptível quando, no lugar do infrator, se procura julgar à luz daqueles mesmos conceitos as mulheres que costumeiramente são tidas e havidas como vítimas dos indivíduos inicialmente enquadrados como de conduta desviante. Teria a mulher-vítima se comportado segundo razoáveis padrões de decência? teria demonstrado, nas circunstâncias, suficiente pundonor? teria a sua conduta se amoldado aos padrões de moralidade pública que a sociedade espera? não teria a conduta da vítima, de algum

---

[152] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 158. Cf. a dicção legal: *"Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural*"; e, em relação ao crime de favorecimento pessoal: *"Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão (...); § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena"*.

[153] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*, op. cit., p. 158.

[154] A origem desse instrumento, como já assinalado, remonta à versão *clássica* da vitimologia.

[155] Cf. análise detalhada das correntes vitimodogmáticas no próximo capítulo.

[156] Não é demais registrar que compartilhamos das tendências de intolerância às práticas de violência (física e/ou psicológica) contra a mulher, as quais revelam o arraigado machismo ainda presente no seio da sociedade. Salienta-se, ademais, quanto ao crime de estupro previsto no art. 213 do CP, que a Lei nº 12.015, de 2009, substituiu o termo "mulher" por "alguém", suprimindo, ainda, o crime de atentado violento ao pudor (art. 214), de modo que tanto a mulher quanto o homem hoje podem ser vítimas do delito de estupro.

> modo, ferido o sentimento comum? ter-se-ia conduzido a vítima de acordo com padrões derivados do que se entende por bons costumes? Há uma tendência, não desprezível, da sociedade e de seus membros de encararem com benevolência e tolerância, com leniência mesmo, a conduta da vítima, sempre que ela haja sido alvo de um crime sexual, e mais ainda quando esse crime sexual se revela violento[157].

Constata-se, assim, que a vitimodogmática pode e deve estar presente na Parte Especial da Lei Penal, com aplicação possível à determinadas infrações. Na prática, enlaça cognição sobre a conduta da vítima que contribuiu para a eclosão do fato (a princípio criminoso); a partir daí, fornece as consequências jurídico-penais para cada um dos comportamentos dos sujeitos envolvidos, as quais vão desde à diminuição da pena do infrator até à completa isenção de sua responsabilidade penal, por exclusão de algum elemento do crime, nomeadamente a tipicidade.

2.5.3 Legislação Penal Extravagante

Critica-se, em doutrina, o fato de que o acusado tem vários direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados (*vide* o extenso rol do art. 5º da CF/88), ao passo que não há, no Texto Maior, com equivalente profusão, normas de relevo voltadas à proteção, amparo e restauração dos direitos da vítima. E quando as vistas se voltavam, em um passado até recente, para a legislação infraconstitucional, se percebia que as vítimas necessitavam de maior proteção jurídica. Embora o direito brasileiro não preveja, como é óbvio, punição para quem se torna vítima de um delito, essa situação pode – e em alguns casos deve – influir na aferição da responsabilidade penal do sujeito autor (acusado ou réu), bem como numa futura indenização via ação civil *ex delicto*. Já foi dito que a guinada legislativa com vistas ao atendimento dos interesses (legítimos) da vítima veio com a reforma da parte geral do Código em 1984 e, posteriormente, com a edição de leis especiais de idêntico espírito, qual seja o de amparar as vítimas de crimes.

Em sede de delitos culposos, decorrentes de acidentes de trânsito, tendo ou não o comportamento da vítima contribuído para a ocorrência do sinistro, haverá num primeiro instante repercussões do fato na seara cível, onde serão aferidos os prováveis danos (materiais e/ou morais), analisando-se as responsabilidades dos envolvidos para se chegar ao justo *quantum* indenizatório. Assim, a Lei nº 9.503, de 1997, que instituiu o Código de Trânsito

---

[157] SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 62. No que toca aos chamados *padrões de moralidade pública*, entendemos que devem ser feitas as devidas objeções à passagem transcrita, que expressa pensamento pautado em costumes antigos, hodiernamente relativizados e aceitos pela sociedade como normais.

Brasileiro (CTB), traz a hipótese de multa reparatória[158] para a vítima do crime (ou seus sucessores), predominando o entendimento de que o dano sofrido há de ser *reparado* pelo agente, quantificado o prejuízo material suportado[159], que se caracteriza pela perda, diminuição de valor, restrição da utilidade ou anulação completa do bem jurídico imediatamente afetado.

Em termos de política criminal, a análise da situação da vítima resultante de crimes ocorridos sem a sua participação (vítima completamente inocente), seja a que título for, poderá ter o efeito prático de proporcionar a elaboração de medidas de prevenção da criminalidade e de assistência aos vulneráveis, com predisposição a se tornarem vítimas, independentemente do estrato social que ocupem[160]. Verificou-se essa possibilidade nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, alavancada pela hipossuficiência (natural ou genética) da vítima, da qual nasceu a chamada Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006[161]), que trouxe importantes medidas de proteção a serem aplicadas em favor das mulheres efetivamente vitimizadas – física e/ou psicologicamente[162] – dentro de um contexto específico. A lei também assegura a ciência à

---

158 Art. 297: *"a penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 (12) do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime"*.

159 A esse propósito, segue jurisprudência: "Resta a prestação pecuniária imposta em favor da família da vítima, contra a qual se insurge. Cem salários mínimos, convenha-se, não se afigura quantia excessiva; a vida da vítima valia muito mais, certamente. E aqui está a se tratar de pena, solvendo a importância estipulada, não faz o réu favor algum a ninguém" (TACRIM -SP – AC 1211661/1 – Rel. Luiz Ambra); "Nos crimes de trânsito, se dos autos não há prova do prejuízo material resultante do delito, inadmissível se torna a incidência da multa reparatória prevista no artigo 297, § 1º, da Lei nº 9.503/97" (Ap. 1.172/697/1 – 5ª Câmara – J. 10.05.00 – Relator Paulo Vitor – RT 783/634), aludida em: OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 53. Do Superior Tribunal de Justiça (STJ), colhe-se este precedente: "(...) PROVA DO ATO ILÍCITO, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO. VERBA FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. REDUÇÃO. DESNECESSIDADE (...). 4. Em se tratando de acidente de trânsito com vítima fatal, não se mostra exorbitante a verba indenizatória fixada em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada um dos genitores, sendo desnecessária a intervenção dessa Corte para alterá-la (...)" (AgInt no REsp 1694191/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 18/05/2018). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702104680&dt_publicacao=18/05/2018. Acesso em: 17 abr. 2019.

160 Não se pode olvidar, porém, que a baixa condição social da vítima, em contraste com a elevada condição socioeconômica do infrator, figura como ambiente conducente à vitimização de determinados sujeitos, por determinadas modalidades de delitos.

161 A palavra da vítima desses crimes é levada em consideração com elevado grau de confiabilidade. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, declarando constitucionais os arts. 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424, decidindo pela não aplicabilidade da Lei nº 9.099/1995 aos crimes da Lei Maria da Penha, bem como que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, conquanto de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. Em suma, os dois julgamentos trataram dos seguintes assuntos: *i)* ação penal pública incondicionada para o crime de lesão corporal leve; *ii)* competência cumulativa de varas; e *iii)* não aplicação da Lei nº 9.099/95. Nessa esteira, não resta dúvida de que o STF decidiu com o escopo de conferir maior proteção a mulher (vítima). Tirante essa hipótese (violência doméstica), remanesce intacta a aplicação do artigo 88 da lei nº 9.099/95, que diz: *"além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas"*; garantindo-se, assim, a ampla disposição da vítima para o processamento desses tipos de lesões corporais.

162 O art. 22 da lei prevê que, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá

vítima de que o agressor foi preso ou que saiu do cárcere, a fim de que tome as cautelas necessárias a sua proteção. Na esfera processual penal, recorda Júlio Zini que "a vítima será ouvida, nos procedimentos comuns ordinário e sumário (CPP, art. 394), antes da oitiva das testemunhas (CPP, art. 400), sempre que possível (CPP, art. 201, *caput*), sendo informada, para sua garantia, de todos os atos processuais (CPP, art. 201, §§ 2º ao 6º)"[163].

Observa-se em diversos países, não sendo diferente o caso brasileiro, que é histórica e nítida a omissão legislativa quanto à assistência à vítima, pouco importando a situação de fato (*processos de vitimização*), realidade essa que vem ganhando lentamente nova roupagem desde o início do período do *redescobrimento*, tendo esse avanço como fio condutor o desenvolvimento científico angariado pela *moderna vitimologia*, que mostra-se preocupada com a finalidade deontológica (ou de justiça) do direito.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Estaduais e Federais), o sujeito vitimizado tem papel preponderante, girando em torno dos seus interesses imediatos a perspectiva de solução do conflito. Para a doutrina, a Lei nº 9.099/95 valorizou sobremaneira a participação da figura da vítima no processo penal, ao permitir que o juiz criminal, na audiência preliminar, provoque a conciliação das partes em relação aos danos causados pela *infração de menor potencial ofensivo*, atribuindo efeito de título executivo à sentença que homologa a composição civil dos envolvidos[164].

Não há dúvida de que houve o desenvolvimento paulatino de especiais técnicas no afã de beneficiar a vítima no processo criminal. Influenciada por postulados da criminologia, a lei dos juizados especiais criminais veio promover uma mudança radical na clássica mentalidade exclusivamente repressiva. Deste modo, a punição e, mais ainda, a pena de prisão

---

aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, dentre outras, as seguintes medidas protetivas de urgência: *"I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios"*. Defende-se que a utilização dos juizados especiais da violência doméstica e familiar contra a mulher seja feita dentro dos cânones legais, evitando-se desvirtuamentos no manejo dos instrumentos (cíveis e/ou criminais) entabulados na Lei nº 11.340/06, a qual exige que a violência doméstica e familiar contra a mulher seja *baseada no gênero*, sob pena de não se ter por firmada a competência desta justiça especializada.

163 ZINI, Júlio César Faria. *A consideração do comportamento da vítima na gênese da teoria geral do delito:* uma análise crítica da vitimodogmática. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2008, p. 154-155.

164 Em suma, anota Shecaira, a lei foi elogiada por ter atendido aos reclamos dos *vitimologistas* no sentido de dar especial atenção à vítima no processo de realização dos acordos a serem homologados em juízo. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, op. cit., p. 279.

tornaram-se secundárias ante a existência de outras possibilidades menos gravosas ao acusado e mais satisfatórias à vítima. O novo sistema já não tem a preocupação de fomentar e atender a chamada *vontade punitiva inerente do Estado*, simbolizada pelo cárcere e pelas tragédias que invariavelmente carreia, pois em primeiro lugar está o atendimento preferencial das expectativas da vítima, cujas balizas já foram expostas em outros momentos deste texto.

No que respeita ao cuidado estatal para com às vítimas de situação de violência sexual, a Lei nº 12.845, de 2013, dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, limitando-se a disciplinar e a determinar o atendimento emergencial e integral às vítimas dessa grave violência e, se for o caso, o encaminhamento aos serviços de assistência social[165].

É digna de atenção, outrossim, a Lei nº 9.807/99, que tem como objetivo principal dar mais proteção e amparo às vítimas de diferentes formas de crimes. Em seu texto, prevê a organização e manutenção de programas especiais de proteção as vítimas e as testemunhas ameaçadas, dispondo sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal[166]. A legislação busca melhor identificar os criminosos, recuperar o produto do crime e, precipuamente, localizar, mormente em se tratando de crimes permanentes, a vítima que esteja com sua integridade física ameaçada. Para a lei vítima é o sujeito passivo do crime (art. 1º), devendo o Estado levar em consideração, para o fornecimento da proteção, a relevância das declarações da vítima ou de qualquer testemunha para a produção da prova no processo criminal (art. 2º).

Pouco tempo após a vigência da Lei n.º 9.807/99, surgiu o Decreto n.º 3.518, de 2000, com o fito de regulamentar o "Programa de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas". Seu art. 1º afirma que o Programa refere-se ao conjunto de medidas adotadas pela União, com a finalidade de oferecer proteção e assistência às pessoas ameaçadas ou coagidas, em virtude de contribuírem com a investigação ou o processo criminal[167]. Já o seu art. 3º garante

---

[165] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4:* parte especial. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47. Releva transcrever os arts. 1 º e 2º da Lei em tela: *"Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social"*; *"Art. 2º Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida"*.

[166] A proteção às vítimas e testemunhas é medida de fundamental importância para o desenvolvimento bem-sucedido das investigações policiais e a consequente diminuição da impunidade, com a correta punição dos infratores.

[167] O objetivo principal do referido programa é garantir a integridade física e psicológica das pessoas que são beneficiadas, conforme art. 1º, parágrafo único, que determina: I – segurança nos deslocamentos; II – transferência de residência ou acomodação provisória em local sigiloso, compatível com a proteção; III – preservação da identidade, imagens e dados pessoais; IV – ajuda financeira mensal; V – suspensão temporária das atividades funcionais; VI – assistência social, médica e psicológica; VII – apoio para o cumprimento de

o ingresso no Programa daquelas pessoas que de alguma maneira cooperarem com a produção da prova, ressaltando a importância do cumprimento e da aceitação das regras de condutas estabelecidas, através do termo de compromisso.

A famosa Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal etc., determina que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha, dentre outros resultados, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, inc. V).

Dada a importância de que se reveste, ganha especial destaque a Lei Antiterrorismo (nº 13.260/2016), que em seu art. 12 autoriza o juiz a decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes nela previstos, mantendo-se a constrição necessária e suficiente do que for apreendido com vistas à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

É de se ressaltar que o Brasil promulgou, pelo Decreto nº 30.822, de 1952, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio[168]. Tal postura foi reforçada com o advento da Lei nº 2.889, de 1956, que pune, com pena de até trinta anos de reclusão, o crime de genocídio, considerado como vitimização em massa.

Além dos dispositivos legais já listados, o art. 12 da Lei nº 9.605/1998 instituiu na esfera dos crimes contra o meio ambiente a pena de prestação pecuniária, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada, com fim social, de importância fixada pelo juiz. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

Em conclusão, deve-se registrar que o tema da reparação às vítimas veio a ser tratado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao criar o chamado *acordo de não persecução penal*, conforme Resolução nº 181/2017, cujo art. 18 reza: "Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e

obrigações civis e administrativas que exijam comparecimento pessoal; e VIII – alteração de nome completo, em casos excepcionais.

168 PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 17.

circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (...)"[169]. Nada obstante, tramita no STF duas ações diretas de inconstitucionalidade (rel. min. Ricardo Lewandowski) contra essa norma, sendo os argumentos centrais: *1)* violação às garantias da magistratura, uma vez que a resolução ingressa indevidamente na esfera de competência dos órgãos jurisdicionais, submetendo os magistrados às regras de procedimento investigatório por ela criado (ADI nº 5790); *2)* a resolução inova no ordenamento jurídico, extrapolando o poder regulamentar conferido ao CNMP, ressaltando-se que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal (ADI nº 5793).

2.5.4 Tratados, convenções e resoluções internacionais

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, o Brasil vem ratificando diversos tratados internacionais, inserindo-se, desta maneira, no cenário internacional de proteção dos direitos humanos[170]. O § 2º do art. 5º, da CF/88, diz que os direitos e garantias expressos na Carta não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. E o § 3º do dispositivo constitucional assegura que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". No dizer de Flávia Piovesan, a Constituição "assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte"[171]. Com isso, há um reconhecimento vindo da ordem jurídica interna da necessidade de proteção e atendimento dos direitos e interesses das vítimas vertidos em multifárias normas cogentes de organismos supranacionais.

Nessa linha, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da multirreferida Resolução n.º 40/34, da Assembleia Geral, de 29 de

---

169 Ver, ainda, no mesmo dispositivo: *"§ (...); 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia*".

170 MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 80.

171 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

novembro de 1985, adotou a "Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso do Poder". A resolução também fez a convocação dos Estados-membros e outras organizações a adotarem as medidas imprescindíveis para tornarem eficazes tais disposições, com a finalidade específica de reduzir a vitimização, sendo o objetivo principal o de que os Estados efetivem prestações de serviços de assistência às vítimas de criminalidade[172]. Cuida, em síntese: do acesso à justiça e trato justo (direito aos mecanismos judiciais e administrativos que permitam obter reparação mediante procedimentos oficiais ou oficiosos que sejam expeditos, justos, pouco custosos e acessíveis), do ressarcimento (compreende a devolução dos bens ou o pagamento pelos danos ou perdas sofridas, o reembolso dos gastos realizados, a prestação de serviços e a restituição de direitos), da indenização (quando não for suficiente a procedente do delinquente ou de outras fontes, os Estados procurarão indenizar financeiramente) e da assistência (material, médica, psicológica e social, por intermédio dos meios governamentais, voluntários, comunitários e autônomos) às vítimas de delitos[173].

Por sua vez, a Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal das Nações Unidas (CCPCJ) adotou, no ano de 1996, a Resolução do Conselho Econômico e Social (1996/14) quanto ao desenvolvimento de um manual sobre o uso e a aplicação da Declaração, tendo sido elaborado, como decorrência, o "Manual sobre Justiça para as Vítimas"[174]. A partir do Estatuto de Roma, adotado em 1998, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, sobreveio considerável avanço na materialização das disposições entabuladas pela *Declaração dos Princípios fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder*, "o que também foi possível devido à instalação do Tribunal Penal Internacional (TPI), vez que este último propiciou tratamento relevante à vítima no processo penal, na medida em que estas passaram de testemunhas a sujeitos do processo"[175].

Como observa Vanessa Mazzutti, outro documento que merece destaque quanto à proteção internacional dos direitos das vítimas é a Resolução nº 60/147, adotada pela Assembleia Geral no ano de 2005, que trata dos "Princípios e Diretrizes Básicas das Nações

---

[172] Dispõe a Declaração: "entendem-se por vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder". A resolução também solicita ao Secretário-Geral que: "acompanhe a situação da vítima; elabore e institua mecanismos de resolução de conflitos e mediação; promova o aceso das vítimas às vias judiciais e aos recursos legais; ajude a proporcionar assistência material, médica e psicossocial às vítimas e às suas famílias".

[173] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia...*, op. cit., p. 127-130.

[174] MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 82.

[175] MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 82-83.

Unidas sobre o Direito das Vítimas de Violações e das Normas Internacionais de Direitos humanos e do Direito Internacional a Interpor Recursos e Obter Reparações", à qual se alia o conjunto de "Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos mediante a luta contra a impunidade", das Nações Unidas (2005)[176]. Demais disso, a autora também destaca outras Resoluções da ONU que abordam a problemática dos direitos das vítimas em diferentes categorias: Declaração da Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); Princípios básicos para aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria penal (2002); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (2000); Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que atua com base nas disposições da convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)[177].

Há todo um plexo normativo de proteção internacional dos direitos humanos, estruturado global e regionalmente. Pra resumir, o "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos", a "Convenção Internacional sobre a proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias", além de muitos outros, integram a estrutura global, ao passo que a "Convenção Americana de Direitos Humanos", a "Comissão Interamericana de Direitos Humanos" e a "Corte Interamericana de Direitos Humanos", compõem a estrutura regional[178].

Analisando a evolução e a dinâmica do panorama de proteção das vítimas, John Dussich[179] arremata no sentido de que hoje há por parte das Nações Unidas ousados instrumentos de resguardo dos direitos das vítimas, cristalizados na "Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder" e outros instrumentos relacionados, todos eles acima identificados. No plano local, o fenômeno protetivo se manifesta por intermédio de várias instituições de pesquisa de vitimologia em diferentes países, de revistas que se concentram em questões alusivas às vítimas, além de, literalmente, milhares de leis que as apoiam[180].

---

176 MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 84.

177 MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia...*, op. cit., p. 85. A autora salienta "o papel de algumas associações e organizações internacionais, no pertinente à assistência às vítimas, dentre elas *The World Society of Victimology* – Sociedade Mundial de Vitimologia, a qual é uma organização não governamental de caráter consultivo do Conselho Econômico e Social da ONU e do Conselho da Europa, fundada em 1979, que, além do trabalho de pesquisa e prestação de serviços, organiza simpósios a cada três anos em todas as principais regiões do mundo" (Cf. *Vitimologia...*, op. cit., p. 87).

178 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 215-343.

179 DUSSICH, John. *The Evolution...*, op. cit., p. 57-58.

180 Nesse sentido, Hans J. Hirsch salienta que a *1ª Lei de proteção à vítima*, que entrou em vigor na Alemanha no ano de 1987, conduziu uma série de modificações a favor da vítima do fato, em especial nos pontos seguintes:

2.6 SÍNTESE DO SEGUNDO CAPÍTULO

A vitimodogmática de há muito vem sendo estudada em países da Europa, como Alemanha e Espanha, ressaltando-se a sua magnitude para o avanço da dogmática penal moderna, que dela certamente já não pode prescindir. Todavia, o mesmo não ocorre no Brasil, onde o tema ainda é bastante desconhecido. Assim como a ciência da vitimologia, a vitimodogmática tem a figura da vítima como vetor central das suas reflexões. Tais esferas, porém, não se confundem. A vitimologia está mais próxima da criminologia, de cujo tronco originou-se, ao passo que a vitimodogmática deita as suas raízes na dogmática penal.

Distinguem-se, ao longo do processo histórico, três fases vivenciadas pela vítima: *1)* protagonismo; *2)* neutralização; e *3)* redescobrimento. Em que pese o despertar proporcionado pelo chamado *movimento vitimológico*, as teorias da pena e do delito ainda insistem em limitar os seus campos de estudos ao *bem jurídico*, *tipicidade* e *pena*, deixando de lado a vítima como elemento limitador do poder punitivo do Estado. Contra isso, vem ganhando fôlego a ideia de redescobrimento, na qual a vítima ganha merecido protagonismo nas ciências penais, na criminologia, na política criminal e no próprio processo penal, do que também se beneficia o agente em certas ocasiões.

Diversas manifestações da nova vitimologia e alguns *sintomas* de vitimodogmática se espraiam nos corpos de textos normativos nacionais e internacionais, o que demonstra a importância do tema versado na presente pesquisa. Do Código Penal brasileiro, extraem-se dispositivos que reverberam tanto os aspectos indenizatórios dos danos causados pelo crime quanto – em menor monta – as consequências dogmáticas do comportamento da vítima para a ocorrência do delito. A lei brasileira, em suma, dispõe de diversos mecanismos com o fito de atender os interesses da vítima violados pelo ato criminoso. De igual sorte, há todo um plexo normativo de proteção internacional dos direitos humanos das vítimas de crimes, estruturado global e regionalmente.

"fortalecimiento de la protección a los testigos contra hostigamientos personales durante el interrogatorio, mejoramiento de los derechos procesales a la información y de las posibilidades de asistencia letrada del ofendido, ampliación del catálogo de facultades del querellante conjunto, simplificación de los presupuestos procesales del procedimiento de adhesión e incorporación expresa del esfuerzo del autor por conciliar una compensación con la víctima al catálogo ejemplificativo de las circunstancias relevantes para la determinación de la pena". Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 98-99.

3 CORRENTES VITIMODOGMÁTICAS

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Adentrando ao estudo propriamente dito da vitimodogmática, o presente capítulo traz à colação as principais correntes deste instituto, objetivando descortinar um dos mais intricados dilemas da teoria do delito, qual seja o da questão do comportamento da vítima para a ocorrência do fato e as consequências dogmáticas[181] dele oriundas, voltadas especificamente à responsabilidade penal do autor, que poderá ser minimizada ou completamente elidida[182].

São dois, portanto, os resultados dogmáticos que a ação da vítima para a concretização do fato *ab initio*[183] criminoso faz prorromper: *1)* o crime existe, porém o agente será beneficiado na análise global das circunstâncias judiciais *(a)*, com atenuante *(b)* e/ou com causa de diminuição de pena *(c)*, dispondo o próprio Código Penal, na maioria das vezes, acerca do caminho a seguir; *2)* exclui-se o crime, via de regra por atipicidade[184], sendo de rigor uma investigação criteriosa do caso concreto para que se decida por tal conclusão, já que não há norma legal expressa nesse sentido. Além disso, alguns autores alemães[185] fazem distinção entre os delitos de *relação* e de *intervenção*, que formariam um setor autônomo, devendo-se o surgimento dessa especificação a reflexões gerais sobre o campo de aplicação da vitimodogmática como elemento da parte especial do Direito Penal.

Não restam dúvidas de que o conhecimento vitimológico, profusamente apresentado pela teoria *clássica* da vitimologia, de onde surgiu a vitimodogmática, como patenteado no capítulo anterior, é imprescindível à dogmática penal moderna, que projeta as suas considerações para além do elemento volitivo, caracterizado, segundo o finalismo de Hans Welzel, pela intencionalidade, pois ocasiões há em que o autor pratica o ato movido não apenas pelas emoções que o contato vis-à-vis com a sua vítima produziu, mas diante de uma anuência

---

[181] Vale menção à referência de Niklas Luhmann, para quem "la dogmática no sirve a sí misma sino a la vida (es decir, a la aplicación del derecho)". Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y Dogmática jurídica.* Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 27.

[182] Sendo a vítima *provocadora* ou unicamente culpada (categorização de Mendelsohn), a situação, quando não configurar legítima defesa, certamente levará, na valoração da pena, à diminuição do injusto e da culpabilidade em sentido estrito. Noutro giro, a vítima que viola o dever de autoproteção ou consente a que o seu bem jurídico sofra alguma lesão, poderá, com esse comportamento, dar causa à exclusão da tipicidade do fato.

[183] Usa-se esse termo para considerar a subsunção meramente formal, isto é, sem a valoração da atitude da vítima, que vem num momento ulterior.

[184] Conforme Zaffaroni e Pierangeli, em seu aspecto formal tipicidade "é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 382.

[185] Por todos, Hans Schultz e Raymund Hassemer, *apud* MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, 1999, p. 41.

comportamental desta, que pode se manifestar de diversas formas, respondendo as correntes funcionalistas inúmeros questionamentos nesse tocante[186].

Consoante assentado pela doutrina, "o conteúdo da vitimodogmática é amplo, envolve questões relacionadas à teoria da imputação objetiva, à culpabilidade, à tipicidade. Enfim, diz respeito à teoria do delito e à teoria da pena, pontos centrais do direito penal"[187]. Avulta, nesse cenário, uma nova realidade, qual seja o rompimento da visão maniqueísta[188] de que a vítima – e apenas ela – é *sempre inocente* e o autor – e apenas ele – é *sempre culpado*[189], evitando-se, destarte, excessiva ou indevida penalização (sobrecarga de responsabilidade penal), mormente quando presente uma organização conjunta entre os sujeitos envolvidos no evento, o que não significa, é bom que se diga, defender-se um *blaming the victim*, para usar a expressão de William Ryan[190]. Por isso, é importante sublinhar que nem toda lesão resultante de uma manifestação de vontade (ou mesmo de um simples descuido) da vítima deverá ser imputada exclusivamente a ela[191].

Diante dessas observações iniciais, já se percebe que será crucial à vertente pesquisa o estudo dos sistemas funcionalistas de responsabilização penal, pois defluem da teoria da imputação objetiva candentes aspectos da imputação do nexo normativo ao âmbito da vítima. Nesse sentido, apresentaremos com a devida ênfase os pensamentos de Claus Roxin e Günther Jakobs, em cujas proposições dogmáticas a vítima aparece como elemento de destaque[192]. Intenta-se expor, assim, a importância da vitimodogmática para a teoria do delito a partir das vertentes teleológico-racional *(a)* e sistêmica *(b)*, esta última calcada no pensamento de Niklas Luhmann, que conceitua as normas sociais (jurídicas) como expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos[193].

---

[186] Por exemplo, o sujeito pode livremente – e com plena consciência da sua futura posição de vulnerabilidade – assumir um risco pelo evento a ele danoso (hipótese de *heterocolocação* em perigo), livrando-se de eventual responsabilidade penal o terceiro causador do resultado lesivo, cuja tipicidade será excluída, solução essa as vezes questionada.

[187] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 136.

[188] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima...*, op. cit., *idem*.

[189] Entendida, aqui, a culpabilidade como princípio (*nulla poena sine culpa*).

[190] RYAN, William. *Blaming the victim.* Revised, updated edition. New York: Random House, Inc., 1976. Na culpabilização da vítima, a sua conduta recebe um desvalor por parte do direito penal, que a responsabiliza pelo acontecimento. Andrew Karmen realça que a vitimologia, nesta versão, que segundo visto a aproxima do desiderato vitimodogmático, "despite its aspirations toward objectivity, may harbor an unavoidable tendency toward victim blaming". Cf. KARMEN, Andrew. *Crime victims:* an introduction to Victimology. 7. ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2010, p. 117.

[191] Para maiores considerações, ver Capítulo 4, *seção 4.4.3*.

[192] *Grosso modo*, o caminho para se entender a diferenciação entre a maneira de pensar desses autores está na apreensão do objeto de proteção do Direito Penal que escolheram: *bem jurídico* (Roxin) e *validade da norma* (Jakobs). Cf. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal.* Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 108.

[193] Vale dizer, o cumprimento ou o não cumprimento fático das normas é, em princípio, irrelevante para a sua validade; cf. aprimoramento da ideia em: NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:*

Há que enfatizar ainda que o ponto arquimédico da vitimodogmática está na atribuição de relevância jurídico-penal – a partir de influxos sobre estruturas da teoria do delito (*v.g.*, tipicidade) – às situações em que a vítima venha a, dolosa ou imprudentemente, contribuir com a própria vitimização, com isso modificando a ideia de *hipossuficiência necessária* que de há muito norteia as considerações criminológicas – e, em parte, vitimológicas – a respeito desse sujeito. Em outros termos, não se pode olvidar as situações em que a vítima é senhora de si mesma, tendo decidido com inteira responsabilidade *pela lesão ao seu bem jurídico*, portanto mais do que um mero gesto volitivo à ação desempenhada por terceiro. Como corretamente obtemperado por Edmundo Oliveira, "não é justo continuarmos a aplicar a todos os casos concretos o retrato preto e branco de que o criminoso é sempre malvado, inconsequente, enquanto a vítima é habitualmente pura e inocente, quando, efetivamente, os papeis podem se inverter (...)"[194].

Sobre essa realidade, acrescente-se que o dinamismo da sociedade contemporânea (da informação e do risco) exige o abandono da posição totalmente hipossuficiente da vítima, que pela configuração dos novos riscos e suas consequências deve ser encarada como uma figura de face dupla: *a)* tanto pode assumir uma posição de hipossuficiência, quando verificada a sua debilidade frente ao autor, que responderá plenamente, *b)* quanto pode encarnar a condição de co-responsável (ou responsável única) pelo fato compreendido, *prima facie*, como delituoso, tendo esse comportamento a capacidade de excluir ou atenuar a punibilidade do autor[195]. Aqui, entende-se a legislação penal como *Magna Charta* não apenas do delinquente, mas também da vítima, mesmo que contingencialmente venha a contribuir para o delito, pois isso não lhe retira a condição de portadora de direitos[196].

---

uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. do original alemão por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018, p. 25.

194 OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal:* o crime precipitado ou programado pela vítima. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 145. Na prática, a formatação de um contato social pode ser de competência tanto do autor quanto da vítima, inclusive, conforme observado por Günther Jakobs, num duplo sentido: "pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio". Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

195 Cf. raciocínio em: ZINI, Júlio César Faria. *A consideração do comportamento da vítima na gênese da teoria geral do delito:* uma análise crítica da vitimodogmática. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2008, p. 163-164.

196 A perspectiva de *Magna Charta* da vítima, em verdade, supera a ideia defendida pela vitimodogmática de limitação da imputação de fatos típicos ao autor, inclinando-se à tendência expansiva do direito penal (maiores criminalização e punição), na linha da *nova vitimologia*. Ver, a propósito, citando as críticas do professor Thomas Hillenkamp sobre a primeira postura: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65 e ss.

Com as investigações empreendidas neste capítulo, busca-se tornar claro que a vitimodogmática impõe-se como um limite ao poder punitivo do Estado, de modo que a sua aplicação reclama especial atenção por parte dos operadores do direito penal. Assim, em nome da vitimodogmática, que se arrima em princípios penais fundamentais (p. ex.: intervenção mínima e proporcionalidade), poderá o julgador, ao analisar o caso concreto, interpretar teleológico-restritivamente o alcance penal da conduta do agente, trilhando o ideal distributivo de justiça.

3.2 AS PRINCIPAIS CORRENTES VITIMODOGMÁTICAS

Para destacados penalistas, deve-se fundamentalmente às posturas antidemocráticas[197] e de conservadorismo a ausência de evolução da ciência criminal em matérias capitais das teorias do delito e da pena. Ao longo do tempo, essa problemática tem se apresentado como barreira à criação de mecanismos que superem a vetusta tríade *crime → criminoso → pena*[198], que, consoante advertido em vários momentos do capítulo anterior, exclui desavergonhadamente do sistema jurídico-penal a figura da vítima. Eis a razão por que as construções vitimodogmáticas ainda são desconhecidas ou, quando não, propositadamente

---

[197] Manifestadas, dentre outras características, pelas definições legais de crimes e de penas, através das quais, consoante ponderações de Juarez Cirino dos Santos, "o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: as definições de crimes findadas em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal – os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 10-11. A criminologia contemporânea, no entanto, considera pueril essa postura de encarar o direito penal como uma luta de classes. Martin Killias e Marcelo Aebi, p. ex., afirmam que se fosse procedente o argumento de que a discriminação do sistema penal é provada pelo simples fato de que as pessoas de classe desfavorecida são majoritárias entre os prisioneiros, por consequência lógica também deveria sê-lo a conclusão de que há uma ditadura de mulheres com o objetivo de penalizar os homens, uma vez que estes são maioria nas prisões em relação àquelas (cf. KILLIAS, Martin. *Précis de criminologie.* 2. ed. Bern: Staempfli, 2001, p. 367 e ss.; e AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando. (Ed.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 61-63). De toda forma, compreendemos que o direito penal representa, nas democracias, a barreira de contenção do arbítrio estatal, a ser erguida preferencialmente pelos pronunciamentos legislativos, ante a segurança jurídica que propiciam.

[198] Como destacado por Silva Sánchez, a vítima está ausente da definição de pena e de suas finalidades, porquanto a pena "es un castigo por el comportamiento delictivo que cumple finalidades de prevención general y especial (y no satisfactivas). Por fin, el proceso penal constituye básicamente el mecanismo para la imposición de la sanción estatal y no para atender a las cuestiones privadas". Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993, p. 12.

ignoradas por grande parte dos estudiosos e aplicadores do direito penal[199], com reflexos na faina legislativa, que sem o avanço da doutrina e da jurisprudência, submetido à amplo debate junto à sociedade, não consegue produzir as mudanças necessárias.

Com efeito, a adequada compreensão da vitimodogmática perpassa pelo escrutínio das correntes de pensamento nas quais os seus postulados se estribam. Nesse sentido, os pesquisadores apontam três linhas de desenvolvimento: *1ª)* a participação da vítima para a ocorrência do delito opera exclusivamente como causa de diminuição da pena do agente, permanecendo o crime intacto (corrente *majoritária*); *2ª)* a contribuição da vítima exclui a tipicidade de fato, isentando o autor de qualquer responsabilidade penal (corrente *minoritária*, de aceitação polêmica); *3ª)* cuida dos chamados delitos de *relação* e de *intervenção*, devendo-se a Hans Schultz o mérito da sua teorização, conforme destacado por Cancio Meliá[200]. A seguir, veremos no que consiste cada uma delas.

3.2.1 Corrente majoritária: o comportamento da vítima reflete na dosimetria da pena do agente

Essa primeira corrente, sem dúvida de todas a mais conservadora, entende, em linhas gerais, que a colaboração da vítima não pode suprimir a imputação ao tipo objetivo, mesmo que se trate de vítima *exclusivamente culpada*, quer dizer, que dentro dos critérios dogmáticos (*v.g.*, voluntariedade e poder de autodeterminação) tenha atuado de maneira decisiva para o implemento da lesão ao seu bem jurídico. A relevância jurídico-penal desse pensamento marcantemente punitivista, portanto, diz unicamente com a dosimetria da pena do autor, que redundará obrigatoriamente minorada. Nas palavras de Roxin,

> Allí donde una corresponsabilidad de la víctima no pueda fundamentar una interpretación conducente a la impunidad de la conducta del autor —y así ocurrirá en la mayoría de los casos—, siempre podrá dar lugar a una disminución del injusto material y operar como atenuante en la medición de la pena; en tanto en cuanto, se trata de la ya indicada (...) graduabilidad del injusto[201].

Para a vitimodogmática, salienta Alessandra Orcesi Greco, "a questão central é

---

[199] No Brasil, os poucos que se debruçam sobre o tema, via de regra tratam a vitimodogmática como um conceito isolado do sistema penal, aplicável, com reservas, a casos esparsos. Ademais, a confundem com a própria vitimologia, afigurando-se eivado de incorreções o manuseio do instituto e pouco avançados os desenvolvimentos científicos ao seu respeito. Assim, esta pesquisa intenta colmatar tal lacuna – que aparece bastante visível na ciência criminal brasileira –, demonstrando a importância da vitimodogmática para a teoria do delito.

[200] MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, 1999, p. 41.

[201] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 566.

determinar em que medida a co-responsabilidade da vítima na ocorrência do delito pode ter repercussões sobre a valoração do comportamento do autor"[202], o que significa a introdução do olhar vitimológico na dogmática penal (*Viktimodogmatik*, *viktimologischer Ansatz*)[203]. Nesse contexto, indaga-se quais os métodos mais eficazes de valoração do comportamento do sujeito ativo, que será obrigatoriamente confrontado com o do sujeito lesionado para se aferir a justa solução ao caso. O ponto de partida para se responder a essa questão por vezes dá-nos a própria legislação[204], a exemplo do art. 68 do Código Penal brasileiro, quando diz que *"a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento"*.

Em outras palavras, o comportamento injusto da vítima na dinâmica do crime tem, em se tratando do direito penal pátrio, aptidão para influenciar as três fases de dosimetria da pena: como circunstância judicial *(a)*[205], como atenuante *(b)*[206] e como causa de diminuição *(c)*[207], o que sempre ocorrerá em benefício do agente. Nesse sentido, a despeito de os dispositivos legais exprimirem similitude nas situações que tratam, pois invariavelmente mencionam o *ato injusto da vítima (provocação)*, caberá ao julgador proceder a verificação separada, vale dizer, em cada fase de dosimetria da pena (análise escalonada), da materialização desse indevido proceder em um fato criminoso.

Na prática, se do confronto entre a circunstância judicial do comportamento influenciador da vítima[208] e outras que eventualmente sejam desfavoráveis ao agente (*v.g.*,

---

202 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

203 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 13.

204 Em não havendo disposição legislativa que se enquadre a determinado caso, deverá o julgador valer-se do recurso à analogia *in bonam partem*, permitida em direito penal.

205 CP, 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 (...)"*. Nesse momento, quatro etapas devem ser percorridas pelo julgador: *1ª)* Determinar a espécie de pena aplicável (privativa de liberdade, multa ou restritiva de direito), se houver alternatividade (inciso I); *2ª)* Fixar a quantidade de pena aplicável, obedecendo aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos (inciso II); *3ª)* fixar o regime inicial de cumprimento (inciso III); *4ª)* promover, se cabível, a substituição da pena (inciso IV).

206 CP, art. 65: *"São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...); III - ter o agente: (...); c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; (...)"*.

207 Ver, p. ex.: CP, art. 121, § 1º (homicídio privilegiado): *"Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"*. Sobre a *ratio* da redução prevista, explica Guaracy Moreira: "A redução obrigatória nos casos de homicídio privilegiado dá-se por razões de política criminal, pois, do contrário, estaria o legislador, no primeiro caso, a produzir gerações autômatas, insensíveis e, no segundo, obrigando o agente a ser covarde, mas, reconheça-se, em ambos os casos deve-se constatar se era, no momento do crime, exigível outra conduta do agente". Cf. MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia:* o papel da vítima na gênese do delito. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 36.

208 Consoante jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando o ofendido não influenciar

culpabilidade e antecedentes) resultar a fixação de uma pena-base acima do mínimo legal (primeira fase de dosimetria), o *quantum* será diminuído e é até possível que volte ao seu mínimo, na fase posterior, caso presente a atenuante da violenta emoção *provocada por ato injusto da vítima* (e ausente qualquer agravante), seguindo-se, na última fase, ademais, à redução, inclusive abaixo do mínimo abstratamente cominado, também levada em consideração a *injusta provocação da vítima*, como ocorre na lesão corporal privilegiada[209]. Em suma, cumpre ao julgador a tão-só tarefa de perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para o agir criminoso, sem qualquer alusão à exclusão da tipicidade do fato analisado, vez que defesa por este segmento vitimodogmático.

3.2.1.1 O iter victimae

O estudo do comportamento da vítima durante o processo que conduz à ocorrência do delito contra si mesma, profligado em instante inaugural pela teoria da vitimologia em sua versão clássica, levou os autores a desenvolverem, a semelhança do que já se havia feito com "o caminho do crime"[210], o chamado *iter victimae*, que é o itinerário percorrido pela vítima até

---

na consecução do crime, reputa-se neutra a circunstância judicial do comportamento da vítima, ou seja, ela só serve para beneficiar o agente. Veja-se ementa de um julgado representativo: "AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. NEUTRO. NÃO VALORADO NEGATIVAMENTE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I - *A jurisprudência dessa Corte pacificou o entendimento no sentido de que o comportamento da vítima é circunstância neutra que apenas deve ser utilizada em favor do réu*. II - In casu, as instâncias ordinárias, diferentemente do que se deu com o corréu, não valoraram a circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima em desfavor do réu, ora recorrente, de modo que é carecedor de interesse de agir no pedido de extensão dos efeitos da ordem concedida. III - Ausente o interesse de agir, forçoso é o não conhecimento do pedido de extensão dos efeitos da concessão do writ em favor de corréu. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no PExt no HC 331052/AL, Rel. Min. Felix Fischer, T5, Jul. 17/05/2018). (Destacado).

[209] Em sentido contrário, esgrimindo a tese de que uma situação exclui a outra, Fernando Galvão aduz: "a imprecisão da avaliação quanto ao comportamento da vítima, entretanto, acontece apenas quando se trata de circunstância judicial. Quando se tratar de ato injusto da vítima que provoque forte emoção no sujeito e influencie-lhe a conduta, caracteriza-se a atenuante prevista no art. 65, III, *c*, da CP, e não se pode considerar o comportamento da vítima para a fixação da pena-base. Do mesmo modo, tratando-se de homicídio para o qual tenha a vítima contribuído com injusta provocação que produza violenta emoção que domine o criminoso, ter-se-á por caracterizada somente a causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do CP". Cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 833. Afirma-se (cf. DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado.* 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 438), também, que na atenuante o crime é praticado *sob influência* (e não *domínio*) de violenta emoção e sem o requisito causal *logo em seguida*, do homicídio privilegiado, negando-se, por tais razões, a incidência da atenuante quando for reconhecido o homicídio privilegiado, sendo esta uma postura excesivamente punitivista, da qual discordamos, diante dos mesmos argumentos já expostos.

[210] Como demonstra Cláudio Brandão: "o crime, como todo fato humano, nasce, vive e morre; de um ponto de vista dinâmico, diz-se que ele percorre várias fases, que constituem o *iter criminis*. São elas: I) *cogitatio* – é a cogitação, a ideação criminosa; II) *conatus remotus* – são os atos preparatórios; III) *conatus proximus* – são os atos de execução; IV) *consumatio* – que é a consumação". Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 289.

a consumação do delito, isto é, o lapso temporal que delimita as fases da ocorrência do crime precipitado ou programado pela vítima. Isso demonstra que há pessoas com tendência natural para tornarem-se vítimas (*predisposição vitimal*), donde surgiu na literatura criminológica o estudo dos chamados *quadros de reincidência vitimal*.

Pela definição de Edmundo Oliveira, "*iter victimae* é o caminho, interno e externo, que segue um indivíduo para se converter em vítima"[211], o conjunto de etapas que se operam cronologicamente no desenvolvimento da vitimização, sendo, à semelhança do *iter criminis*, composto de cinco fases: *1)* intuição (*intuito*), *2)* atos preparatórios (*conatus remotus*), *3)* início da execução (*conatus proximus*), *4)* execução (*executio*) e *5)* consumação (*consumatio*) ou tentativa (*conatus proximus*); assim determinadas:

> A *intuição* ocorre quando nasce na mente da vítima a ideia de ser prejudicada por um ofensor. Os *atos preparatórios* caracterizam o momento em que a vítima revela a preocupação de tomar as medidas preliminares para defender-se ou ajustar o seu comportamento. O *início da execução*, representa a oportunidade em que a vítima começa a operacionalização de sua defesa, aproveitando a chance que dispõe para exercitá-la. A *execução* é a resistência da vítima para evitar a todo custo que seja atingida pelo resultado pretendido por seu agressor. De último, a *consumação* ocorre mediante o advento do efeito perseguido pelo autor (com ou sem a adesão da vítima), e a *tentativa* quando a prática do fato demonstrar que o autor não alcançou seu propósito (*fins operantis*) em virtude de algum impedimento alheio à sua vontade, que pode ser a repulsa da vítima durante a sua execução[212].

De acordo com a corrente vitimodogmática em estudo, deverá o magistrado, supedaneado em considerações atreladas ao *iter victimae*, aplicar ao perpetrador do fato, em justa medida, a penalidade prevista na lei, sendo-lhe proibido, porém, a qualquer título, avançar no sentido da exclusão do crime. Para resumir, a postura majoritária desbrava as condições em que o comportamento da vítima, violador do dever de autoproteção, ganha relevo para a diminuição da responsabilidade criminal do autor, sem eliminá-la por completo, o que implica tão somente na determinação do montante de pena a ser atribuído[213].

A propósito desse contexto, adiante-se que há duas ordens de raciocínio que levam à classificação da vítima como concausa do fato delitivo: uma de política criminal, voltada à prevenção dos delitos que decorrem por culpa da vítima; e a outra de cunho vitimodogmático, direcionada à atenuação ou exclusão da responsabilidade do autor. Ao ver de Silva Sánchez, é intuitivo que a vitimodogmática se aparta por completo das teses da *moderna vitimologia* – por

---

[211] OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia...*, op. cit., p. 123.

[212] OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia...*, op. cit., p. 126-127.

[213] Assim, por exemplo, Gimbernat Ordeig, para quem, na *heterocolocação em perigo consentida*, mesmo sendo ou não a vítima consciente do risco que correm seus bens jurídicos, essa circunstância deve determinar unicamente *"una pena menos severa dentro del marco punitivo correspondiente"*. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), p. 91.

esta se incumbir primordialmente de traçar medidas para maior proteção da vítima –, ligando-se à *vitimologia clássica*, que, ao categorizar as vítimas segundo tipologias, dedica-se a encontrar no seu comportamento as razões do crime. Por tudo isso, Sánchez defende que punir o autor do fato prescindindo do comportamento concausal da vítima malfere princípios fundamentais do direito penal, como os da proporcionalidade (proibição de excesso), da fragmentariedade na proteção de bens jurídicos e da própria necessidade da intervenção penal[214].

Nesse giro, Sánchez de certa forma compartilha dos temores de autores que dirigem críticas à pretendida inversão de papeis entre as duas partes do fato criminal alvitrada pela nova vitimologia desde o seu nascedouro. Na linha de que o direito penal não se confunde com vingança, revestindo-se, ao revés, da necessária racionalidade para a evitação do arbítrio estatal, essa inexpugnável tendência vitimodogmática, que a liga à vitimologia tradicional, ganha a corroboração de Bernd Schünemann[215], quando com veemência se contrapõe às pretensões de se recorrer à vítima para justificar o incremento de políticas repressivas e, especialmente no âmbito do processo penal, de elevá-la a *status* de parte, enfraquecendo-se em demasia a já frágil posição processual do acusado[216].

3.2.1.2 Delineamentos conclusivos

Do ponto de vista prático, as conclusões encaminhadas pela corrente vitimodogmática majoritária repercutem a princípio em todos os tipos de delitos: imprudentes (culposos), omissivos (próprios e impróprios) e dolosos (de comissão ativa), sejam ou não violentos, aos quais indistintamente pode ser destinada, em vista do comportamento injustificado da vítima, a diminuição da pena estabelecida em lei[217]. Para Silva Sánchez, a ideia de moderação, que funciona como o limite do alcance dogmático da corrente em exame, resume-se a:

> En relación con éstos, se ha ido conformando una opinión moderada, que entiende

---

[214] Ver inteiro pensamento do penalista espanhol em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 13-16.

[215] Reconhece-se, em Schünemann, o teórico que na contemporaneidade mais proficuamente tem estudado a importância da figura da vítima para a dogmática do injusto penal.

[216] Palavras de Luís Greco, escritas na introdução da coletânea *"Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito"* do prof. Bernd Schünemann, a qual coordenou. O próprio Schünemann esclarece seu pensamento em reconfortante excerto do referido trabalho: "Em síntese, sou bastante crítico face às tendências modernas no sentido de, no processo, aproximar a vítima cada vez mais à posição de parte, e com isso estabelecer a composição autor-vítima de modo amplo no direito penal". Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 123.

[217] Ressalvados os perpetrados contra vítimas vulneráveis: crianças, idosos, doentes mentais, etc.

> que el comportamiento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición de la pena, produciendo una atenuación de la responsabilidad del autor, aunque siempre dentro del marco penal típico. El fundamento de tal postura radicaría en que, en ocasiones, el comportamiento provocador o concausal de la víctima puede disminuir el contenido de antijuricidad (dañosidad social) del hecho del autor, o la culpabilidad del mismo (posibilidad de recibir en condiciones normales la motivación de la norma). Sin embargo, en ningún caso se admite que pueda sobrepasarse la mera atenuación, salvo que ello haya sido previsto expresamente por la ley[218].

De mais a mais, recorde-se que a força da vitimodogmática é encontrada na noção de que em muitas oportunidades o bem jurídico reclama de seu titular, em caráter prioritário, a tomada de atitudes de cuidado e preservação, pois o direito penal terá dificuldades de promover, mesmo em caráter subsidiário, a guarida protetiva desprezada pelo real interessado quando lhe era possível e exigível operar prioritariamente no sentido da autopreservação. Assim, quando o delito tem como elemento favorecedor alguma atuação da vítima, deve-se primeiramente perquirir se esta, *podendo agir livre e conscientemente*, exerceu todas as possibilidades de autodefesa esperadas; caso contrário, ser-lhe-á atribuída uma medida de co-responsabilidade pela lesão do bem jurídico, compartilhando-se, no mínimo, a culpa com o agente, do que resultarão consequências jurídico-penais acordes com as particularidades de cada situação *sub judice*. Seja ou não uma *co-culpabilização* da vítima, como muitos entendem e criticam, o que se pretende é encontrar um critério mais justo e coerente de atribuição da responsabilidade criminal do agente, considerada a relevância concreta do papel do ofendido na infração que findou ocorrendo. Ancorada nesse diapasão analítico, Alessandra Greco considera que se a vítima não exercer as possibilidades de defesa que estavam ao seu alcance, "se poderá optar por reduzir a pena do autor ou, dependendo do caso, se o fato não for suficientemente relevante, até mesmo entendê-lo como atípico"[219].

3.2.2 Corrente minoritária: o comportamento da vítima exclui a tipicidade da conduta do terceiro

Cumpre esclarecer, inicialmente, que a postura minoritária doravante analisada é o ponto nevrálgico desta tese doutoral, que se alinha ao entendimento de que o comportamento da vítima pode fundamentar a cabal isenção da responsabilidade penal do agente, ao excluir, por impossibilidade de imputação ao tipo objetivo, o elemento tipicidade. Diga-se, desde logo, que a base desse pensamento é o princípio *vitimológico* desenvolvido por Bernd Schünemann, ao qual se acoplou, além das considerações de política criminal de Claus Roxin, o princípio de

---

[218] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 15.
[219] GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação...*, op. cit., p. 43-44.

autorresponsabilidade[220]. No momento, serão estudados tão-somente os aspectos mais gerais do fenômeno e alguns movimentos críticos dirigidos aos defensores da valoração positiva (ou despenalizadora) da ação do sujeito ativo às expensas da vítima.

Opinam os entusiastas desta corrente, cujos marcos se contrapõem à ideia de moderação ínsita à anterior, que o afastamento da responsabilidade criminal do autor, abonado pela máxima vitimodogmática, deflui dos princípios gerais da fragmentariedade e subsidiariedade na proteção de bens jurídicos[221], os quais reconduzimos às noções de intervenção mínima e *ultima ratio* que norteiam todo o direito penal[222], o que se explica à luz do atuar concreto deste ramo repressivo do direito, respaldado em normas positivadas em consonância com os mesmos vetores garantistas. Além disso, consideram as dificuldades promanadas da primeira corrente, sobrelevando-se o perigo de deixar ao livre alvedrio do julgador a atividade de medição da pena em favor do agente, que simplesmente pode ser desconsiderada[223] ante o abuso, em tese possível, do exercício de tal poder discricionário[224].

Desprezado o diletantismo acadêmico, tem-se que quando o debate volta as devidas atenções para a liberdade ambulatória, direito fundamental cujo significado remonta à inerência da condição humana, é valioso trazer para a dogmática penal elementos que propiciem ganhos em termos de segurança jurídica, sendo este o papel da linha vitimodogmática que estuda as condições de possibilidade de exclusão da tipicidade. Com efeito, o sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define o crime como a ação (ou omissão) típica, ilícita e culpável[225], o que significa a admissão dos conceitos de tipo de injusto e de

---

[220] Esses vetores dogmáticos receberão pormenorizadas atenções no próximo capítulo, precisamente nos itens *4.4.1* e *4.4.2*.

[221] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 16.

[222] Como assinala Nilo Batista, "ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade". Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83.

[223] No caso brasileiro, todavia, uma vez decidindo o tribunal do júri pelo reconhecimento do homicídio privilegiado, vê-se obrigado o magistrado a aplicar a causa de diminuição de pena de um sexto a um terço vergastada no § 1º do art. 121 do CP. De toda forma, a ideia central dos cultores dessa corrente é a seguinte: antes isentar completamente o autor do que sujeitá-lo a uma (imponderável) redução de pena, contanto que o pressuposto (a decisiva e consciente participação da vítima no fato) se mostre configurado.

[224] Valem, nesse particular, as advertências de Mauro Cappelletti: "Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos". Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 23-24.

[225] Sobre a evolução do conceito e o modelo tripartido de crime, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 72-76; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.157-158; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 128-131; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito:* uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 61-63; CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11; GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 200-204; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro:

culpabilidade como categorias elementares do fato punível, com a afirmação da autonomia do elemento tipicidade em relação à antijuridicidade no âmbito do tipo de injusto[226]. O contributo da vítima para o fato *ab initio* criminoso e punível será examinado no primeiro nível (tipicidade) de escalonamento da configuração do crime, em que se fará uma análise valorativa da necessidade e conveniência da intervenção penal, pautada em especiais vetores, como o princípio de autorresponsabilidade. Nesse sentido, o juízo vitimodogmático (que é normativo) da imputação penal resultará perfectibilizado à luz de cada situação concreta.

Como adequadamente realça Silva Sánchez, são duas as mais emblemáticas funções desempenhadas pelo princípio de autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*, no Alemão): *1)* a de inspirar futuras reformas legislativas (perspectiva *de lege ferenda*), ancoradas no papel que a vítima é capaz de desempenhar para a ocorrência do fato[227]; e *2)* a de executar a tarefa de restrição teleológica dos tipos penais, proporcionada pela via interpretativa, eliminando-se *ex post* certas condutas *a priori* delitivas do âmbito do penalmente relevante (perspectiva *de lege lata*)[228].

Avançando em torno da perspectiva *de lege ferenda* e para combater os argumentos de que a vitimodogmática se sustenta em frágeis critérios *supralegais* de atipicidade[229], quiçá resulte de bom alvitre a introdução na legislação penal – aproveitando-se o ensejo da tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 236/2012[230], que institui o novo Código Penal Brasileiro – de um dispositivo geral de supressão da tipicidade[231], vazado nos moldes seguintes:

Forense, 1985, p. 144 e ss.; BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 287-292; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 335-339. Segundo Roxin, "na dogmática jurídico-penal moderna existe, substancialmente, consenso a respeito de que todo comportamento punível representa uma ação típica, antijurídica, culpável e preenchedora de outros eventuais pressupostos de punibilidade" (cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* 3. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189), de tal forma que o comportamento punível compõe-se, a bem da verdade, de quatro elementos, a saber: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

226 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 4-6.

227 Não é demais recordar que esse papel só será válido se promanado de um sujeito consciente dos resultados, que venha a agir com liberdade e poder de autocontrole.

228 São suas palavras: "La pretensión es que la conducta del autor deje de ser penalmente relevante (quede fuera del tipo) cuando la víctima no se ha comportado conforme al referido principio de autorresponsabilidad, permitiendo que se produjera la lesión del bien jurídico, cuando la evitación de ésta era algo que se encontraba en su propio ámbito de competencia". Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 16.

229 Preferimos utilizar a expressão "exclusão da tipicidade", que por óbvio diz com o fato ou a conduta que o produziu. Para considerações acerca da vitimodogmática frente ao princípio da legalidade penal, cf. inteiramente o Capítulo 5.

230 Substantivas críticas ao referido projeto, com apresentação fundamentada de proposta alternativa, podem ser encontradas em: cf. GRECO, Luís et alii. *Parte geral do código penal:* uma proposta alternativa para o debate; versão revisada e ampliada. São Paulo: Marcial Pons, 2017, *passim*.

231 As hesitações acerca de positivação desta magnitude – com razão compreensíveis – sugerem que em amiudadas ocasiões as construções vitimodogmáticas são melhor entendidas como um problema atinente à Parte Especial, a ser resolvido no momento de interpretar cada tipo específico (p. ex.: aplicação do princípio *vitimológico* na interpretação do crime de *violação de segredo*).

"exclui-se a tipicidade do fato sempre que a vítima, voluntária e conscientemente, colocar bem disponível de que seja titular em situação de risco e este vier a efetivar-se no resultado"[232]. Obviamente, o dever de autoproteção dirigido ao titular do bem jurídico, fruto da natureza subsidiária do direito penal, recomenda exigir-se do lesionado precisamente a adoção de medidas possíveis e razoáveis (usuais), cuja omissão proposital ou por negligência implicaria na desnecessidade (não merecimento) de proteção penal ao vitimizado[233]. Não se espera da vítima, portanto, atos de heroísmo ou que excedam, no plano da razoabilidade, a sua capacidade intelectiva e de autodeterminação. Exemplificando, a responsabilidade do autor só será legitimamente excluída se a vítima, com o auxílio de terceiro, se comporta ativamente para produzir o dano ao seu (disponível) bem jurídico *(a)* ou se, adotando a decisão de modo livre, renuncia aos seus interesses consciente dos perigos aos quais se expõe, almejando o resultado danoso *(b)*, consoante será adequadamente explicitado no capítulo vindouro, ao traçarmos as fronteiras impermeáveis dos institutos vitimodogmáticos da participação em uma autocolocação em risco e do consentimento do ofendido[234].

Não seria minimamente racional sustentar que a imputação da conduta realizada no resultado – ou uma ou o outro, se vistos separadamente – ao âmbito da vítima, com consequente expurgo da responsabilidade do agente por ausência de crime, opere, ainda que *mutatis mutandis*, em toda e qualquer situação. Forte nisso, inobstante entendamos não sejam de todo procedentes, algumas críticas pontuais dirigidas ao movimento pejorativamente apodado de *blaming the victim*[235] chamam a atenção, sendo elas: *a)* nenhum comportamento da vítima pode ter capacidade suficiente para deixá-la privada de alguma proteção penal, caracterizada pela efetiva punição do agente; *b)* carece de sentido abrir-se espaços de liberdade (isenções de responsabilidade) do autor às custas da vítima; *c)* "revitimização" da vítima e surgimento de

---

[232] Não se desconhece o artigo 14 do texto inicial da proposta, inspirado no funcionalismo de Roxin, que diz: *"A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico. Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo"*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1554758127929&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2019.

[233] Ponderações de Silva Sánchez, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 17. Ainda sobre o binômio necessidade *versus* merecimento da pena, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del Derecho penal y victimodogmática. Traducción de Mariana Sacher. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al (Ed.). *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo.* Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2003, p. 166 e ss.

[234] Cf. Capítulo 4, respectivamente seções *4.4.4* e *4.4.6*.

[235] Exata e precisamente por dar azo à "inversão de responsabilidades" pelo evento *delituoso*. Seguindo a linha argumentativa de Silva Sánchez, Reyna Alfaro demonstra preocupação com a possibilidade de *culpabilização da vítima*, que faz descarregar completamente a responsabilidade do autor de um fato criminoso sobre ela. Ver: ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el Derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 22, 2008, p. 135-153.

tendências exculpatorias no autor[236].

Sem embargo, a prudência recomenda que essas objeções, endereçadas basicamente à corrente vitimodogmática em apreço, sejam analisadas *cum grano salis*, aferindo-se com parcimônia a melhor síntese entre as conjunturas trazidas por ambas perspectivas vitimodogmáticas. Na Alemanha, não de hoje doutrina e jurisprudência assentaram os princípios *vitimológico* e de autorresponsabilidade como critérios que determinam, cada qual ao seu modo, a exclusão da imputação ao autor nas ações à próprio risco da vítima, conspecto em que a imputabilidade penal vem delimitada pelo alcance do tipo, nos termos defendidos por Roxin, para quem o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima[237]. Exemplificando mais uma vez, o terceiro que age mediante autorização consciente da vítima para uma situação de vulnerabilidade, certamente terá esse seu comportamento fora da esfera da norma proibitiva subjacente ao tipo penal, eis que o eventual resultado lesivo fenomenologicamente produzido não terá, nessas circunstâncias, o respaldo do mote que deu azo à punição. Nesse sentido, Roxin reconhece como correta a jurisprudência das cortes superiores alemãs que retira do âmbito criminoso a atitude de cooperação em uma autocolocação em perigo responsável, à qual, em certas hipóteses, equipara a heterocolocação, se o sujeito que "se põe a si mesmo" nessa condição é consciente do risco em similar medida que o cooperador[238]. Em sentido contrário, se o agente promotor ou incitador do fato age apesar de certificado de que a vítima não é consciente plenamente do alcance de sua decisão, estará criando um risco já não mais acobertado pela vontade da vítima e cuja realização deve imputar-se não a ela, mas ao referido malfeitor[239].

Esse entendimento também é postulado por Schünemann, ao reconhecer em duas tendências o relevo jurídico-penal do papel da vítima. De um lado, como sujeito portador do bem jurídico *(1)*; e do outro – exatamente em virtude da primeira característica –, como o sujeito que tem a potestade de renunciar ao referido bem *(2)*, que destarte perderá a necessária proteção, extraindo-se daí as consequências interpretativas que conduzem à restrição da punibilidade[240], podendo chegar, no limite, até a sua completa exclusão, se vislumbrada a atipicidade da conduta. Sob este prisma, Schünemann vê na vitimodogmática uma regra interpretativa para desmotivar o descuido da vítima com a proteção primária dos seus interesses:

---

[236] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 17. As críticas serão enfrentadas com maior vagar em outros momentos deste texto.
[237] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.
[238] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 391.
[239] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 391.
[240] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos...*, op. cit., p. 116-117.

> Face às críticas a esta regra interpretativa da vitimodogmática deve-se, ao final, mencionar que ela decorre não apenas do princípio constitucional da necessidade e adequação de criminalizações, como também de uma simples dedução das condições de eficácia intimidatória. Afinal, quando o dano social só pode ser causado por um comportamento da própria vítima, que renuncia a seus interesses, então não é o autor, mas a vítima quem deve ser contra-motivada a agir nesse sentido. E a vítima será tão mais eficazmente intimidada, se lhe for negada a proteção quando a vítima desprezar seus próprios interesses[241].

A despeito das restrições impostas às abordagens que propugnam pela exclusão da tipicidade em vista do comportamento da vítima, as reflexões por ora expendidas demonstram que a versatilidade da vitimodogmática pode levar avanços significativos à teoria do delito, mormente em se tratando de limitar o poder punitivo do Estado. Para tanto, exige-se a formulação de parâmetros racionais, tendo por pano de fundo, alternativamente, três vieses comportamentais inerentes à vítima: *1)* o ato provocativo por ela isoladamente praticado; *2)* a atividade empreendida no bojo de uma organização conjunta com o autor do fato; ou *3)* o descuido no resguardo e proteção dos seus bens, contrabalançado pelo princípio da confiança. Em todos os casos, releva anotar a intervenção (*facere* ou *non facere*) do sujeito passivo como móvel determinante para a valoração do comportamento levado a efeito pelo autor.

3.2.3 Terceira corrente: delitos de relação e delitos de intervenção (*Hans Schultz*)

Segundo já discutido, a valoração dogmática da contribuição da vítima para a incidência do fato se reveste do sentido político-criminal de reduzir o âmbito do punível[242]. Isso resulta de uma análise *ex post factum*, pois apenas o caso concreto guiará a tomada de decisão judicial nas hipóteses aventadas pela vitimodogmática. Em verdade, se por um lado a redução da responsabilidade criminal do autor configura uma medida de política criminal que visa diminuir o índice de vítimas de crimes, assim prevenindo delitos que ocorrem em virtude da ausência de especiais cuidados protetivos por parte do ofendido, *a fortiori* o busca os movimentos que cogitam a aplicação de sanções às vítimas que se colocam nessa posição. Esta sanção, que penaliza a chamada violação do dever de autoproteção, presente nas hipóteses supra narradas, é explicada por Cancio Meliá:

> Existen de hecho en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una *"victimo-política (criminal)"* y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidade de los autores en supuestos en los que la víctima hubiese podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad – que puede parecer absurda a primera vista – de utilizar una *sanción* a la víctima como medida político-criminal para evitar la comisión de delitos, pudiendo consistir esta

---

[241] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos...*, op. cit., p. 117.

[242] MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, p. 23-57, 1999, p. 35.

> sanción en una retirada significativa de la protección penal o incluso en una "sanción" en sentido estricto[243].

As teorizações vitimodogmáticas que outorgaram significado dogmático à sistematização dos delitos de *relação (Beziehungsdelikte) e de intervenção (Zugriffsdelikte)*, objeto de apreciação nesta seção, tiveram como marco o princípio *vitimológico*[244], que para Schünemann, seu criador e principal impulsionador, se configura como máxima de interpretação teleológica dos tipos penais[245], o que todavia não implica dizer que o horizonte de reflexão do catálogo de postulados vitimodogmáticos esteja categoricamente adstrito à Parte Especial do direito penal, isto é, à tipos penais específicos – pertencentes, em sua maioria, ao âmbito patrimonial[246] –, eis que, conforme pondera Meliá, a vitimodogmática "muestra una clara tendencia expansiva hacia la configuración general del sistema de imputación en atención a la figura de la víctima"[247].

Segundo Hans Schultz[248], os *delitos de relação* são todos aqueles que se geram debaixo de uma determinada relação humana ou que pelo menos tenham sido determinados de maneira decisiva por tal relação (autor *x* vítima), ao passo que os de *intervenção* são aqueles fatos nos quais o tipo delitivo não pressupõe que a vítima contribua para o comportamento criminoso, isto é, os que o autor intervém nos bens jurídicos protegidos sem a participação ou mediação do seu titular. Na primeira categoria entrariam os delitos motivados por vítimas agressoras (ou provocadoras) e descuidadas, que se mostram potencialmente aptas a ser o fator causal ou a *conditio sine qua non* da conduta criminosa que em alguma medida adere a esse proceder. Em sua construção dogmática, opina Raymund Hassemer que no âmbito dos delitos de relação basta que a vítima deixe de tomar as medidas de autopreservação normais para que desapareça a necessidade de proteção, ao passo que nos delitos de intervenção a necessidade protetiva do Estado continua a existir, desde que a vítima não seja responsável pelo risco gerado[249].

---

[243] MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 37. Não aceitamos como correta essa posição, pois enfraquece demasiadamente a vítima, mesmo diante do desinteresse com que ela eventualmente venha a tratar o seu bem jurídico.

[244] Ver Capítulo 4, seção *4.3.1*.

[245] SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 95-101.

[246] Na Alemanha, país onde por primeiro recebeu o reconhecimento da jurisprudência, centra-se a sua aplicação às figuras delitivas de revelação de segredos privados, estelionato (ou fraude) e apropriação indébita. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 40-41.

[247] MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 41.

[248] *Apud* MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 41.

[249] *Apud* MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 41-42. Consoante precisas observações de Silva Sánchez, como os delitos de relação requerem, para a sua consumação, uma determinada contribuição da

Em que pese a assertiva peremptória de R. Hassemer no sentido de que a simples omissão (*non facere*) da vítima tem o condão de provocar o desaparecimento da necessidade de proteção penal do seu bem jurídico, há quem defenda que esse pensamento merece algumas observações mais cuidadosas, porquanto situações haveria em que o descuido em si mesmo considerado não se afiguraria como indicativo de exclusão da imputação penal[250] – da conduta geradora do resultado – ao autor, como sói acontecer em situações de furto por simples descuido, nas quais, ao ver de Schultz, como regra geral não se mostra clara a *organização conjunta*, elemento necessário à perfectibilização do delito de relação. Em tais hipóteses, o delito seria, *grosso modo*, de intervenção, e as consequências penais integralmente imputáveis ao autor – e apenas a ele.

Da diferenciação apresentada, infere-se que para esta corrente vitimodogmática a inter-relação autor-vítima é fundamental para distinguir as situações em que o direito penal deve ou não interferir e assim cumprir o proeminente papel lhe reservado de servir como instrumento de pacificação social. Nesse sentido, a relevância da interação autor-vítima ganha destaque principalmente diante das modalidades de colocação em perigo consentida ou não rechaçada (autocolocação e heterocolocação[251]), hipóteses em que as soluções, em geral favoráveis ao agente, emanam da ideia fulcral de autonomia da vítima, placitada no princípio constitucional de autorresponsabilidade.

Em vista dessas considerações, é possível afirmar que o nó górdio dos grandes debates travados pela corrente ora examinada é conseguir identificar que crimes são de *relação*, pois a parte residual (maior quantidade) adscrever-se-á na categoria *intervenção*, com a correspondente responsabilidade penal a quem de direito. Nesse prisma, entra a questão sobre se os crimes contra a liberdade sexual, a exemplo do estupro, poderiam ser categorizados como de *relação*, seara em que penetram múltiplas dissensões e polêmicas, sobretudo pelo caráter ignominioso do ataque aos bens jurídicos protegidos contra essas condutas. Sustenta-se que o Direito Penal deve intervir em sua plenitude diante de afrontas à dignidade sexual, até porque não dá para se imaginar alguma compatibilidade na presença de voluntariedade em uma suposta *relação* – por mínima que fosse – entre autor e vítima em casos que tais, ordinariamente cometidos mediante violência física, conquanto pondere Cancio Meliá as dificuldades em se

---

vítima, *"si esta contribución se produce, en el caso concreto, con infracción de deberes usuales y exigibles de autoprotección, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal"*. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 8.

250 A minoração de pena defendida pela corrente majoritária poderia ser invariavelmente suscitada.

251 Leia-se, respectivamente: *participação (ou mero favorecimento) em uma autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo* ou *colocação em perigo alheia consentida*.

imaginar uma situação mais de *relação* que a dos contatos sexuais[252]. Essa talvez tenha sido a mais notável aporia da teorização dogmática de Raymund Hassemer, contra a qual o autor aparentemente não demonstrou preocupação em se insurgir.

Partindo do entendimento de que numa sociedade constituída em Estado a este compete a função policial e, destarte, o monopólio de uso da força, Silva Sánchez[253] não se mostra simpático ao conceito de que a adoção de medidas ativas de autoproteção deve ser algo usual, razoável e exigível. Com isso, Sánchez[254] estima que a perspectiva vitimológica deve passar, mais que pela distinção entre "delitos de relação" e "delitos de intervenção", por uma adequada precisão do conteúdo das tais "medidas de proteção", sempre mirando os fins do direito penal, por ele identificados como sendo: evitar a hipertrofia punitiva, proteger só fragmentariamente os bens jurídicos e lograr, em suma, uma intervenção penal mínima. A punição, em síntese, exige que não se realizem atos (dolosos ou imprudentes) que direta ou indiretamente possam redundar em uma lesão dos próprios bens jurídicos produzida por terceiros, isto é, que não se favoreça conscientemente a colocação em perigo nem que se intensifique conscientemente o grau deste perigo ao qual estão submetidos os bens jurídicos de titularidade do lesado[255]. Assim, arremata Sánchez[256], a responsabilidade da vítima assomará cristalizada quando ante um risco concreto e relevante qualitativa e quantitativamente se opta por expor-se a ele. Para Sánchez[257], o objetivo é evitar uma imputação que contrarie os princípios de fragmentariedade e proporcionalidade, ao representar a sanção de fatos que: *a)* em si não são especialmente graves e *b)* só adquirem potencialidade lesiva – ou mais lesiva – a partir da interação do autor com a vítima. Em conclusão, Sánchez[258] argumenta que um risco que antes de adentrar à esfera da vítima se mostra perfeitamente inócuo, tendo em conta as possibilidades de autodefesa, configura um risco tipicamente irrelevante, ainda que numa perspectiva *ex post* cause efetivamente a lesão do bem jurídico. Em que pese a correção das premissas sustentadas por Sánchez para formatar a sua construção em torno da fragmentariedade e da proporcionalidade como esteios que garantem o equilíbrio e a justiça da intervenção penal ante o comportamento da vítima para com a proteção prioritária do bem jurídico do qual é titular, não se pode desprezar o argumento da subsidiariedade, mormente quando se tem presente o princípio da autonomia do indivíduo, que uma vez aplicado dentro

---

252 MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 43.
253 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 9.
254 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 8-9.
255 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 9.
256 *Idem, ibidem*.
257 *Idem, ibidem*.
258 *Idem, ibidem*.

dos parâmetros que asseguram a sua força normativa, exonerará o Estado da obrigação de subsumir determinados fatos às descrições típicas a partir de considerações voltadas à própria vítima.

Urge esclarecer, por fim, como síntese do estudo das visões vitimodogmáticas expostas nestas linhas proemiais, que o direcionamento central de todo o debate diz com a necessidade de a dogmática penal ser estruturalmente orientada para reconhecer que é inapropriado incriminar – ou, quando não, incriminar completamente – as ações e lesões realizadas contra vítimas que estejam em condições de evitá-las com medidas acessíveis de autoproteção ou que a elas aderiram de maneira consciente.

3.3 A VÍTIMA COMO CATEGORIA DOGMÁTICA À LUZ DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS

Diante dos vigorosos estudos a respeito da figura da vítima há algum tempo desenvolvidos[259] pela vitimologia[260], bem como, em um momento mais recente, por parte dos teóricos da vitimodogmática, tornou-se imperioso conferir a este sujeito papel de destaque no plano da dogmática penal, ainda que os resultados práticos desse proceder se lhe afigurem prejudiciais, se tomados pela perspectiva do dever de punição como retribuição palpável ao fato praticado. Demais disso, pois não se pode perder de vista a conotação científica do estudo, veda-se restrições *apriorísticas* quanto ao objeto investigado.

Conforme debatido anteriormente, a doutrina tem se esforçado para esclarecer que a vítima não é sempre um mero objeto passivo ou receptáculo sobre o qual recai o delito, senão que em inúmeras ocasiões o acontecimento é produto de uma certa interação entre o autor e ela mesma (p. ex.: organização conjunta nos crimes de *relação*). Nesse diapasão, observa-se que a sistematização dos conhecimentos empíricos relativos à vítima tem sido uma das pretensões da teoria da imputação penal objetiva, com destaque para o funcionalismo teleológico ou moderado de Claus Roxin e o sistêmico ou radical de Günther Jakobs, cujas metodologias serão explicitadas adiante. Antes, porém, procederemos à análise, em que pese breve, dos sistemas *naturalista*, *neokantiano* e *finalista* do delito.

De início, pontue-se que o conceito jurídico de *imputação* foi originariamente

---

[259] Lamenta-se constatar que o processo evolutivo é *intermitente*. Assim, espera-se que esta pesquisa de algum modo contribua para o alcance da tão desejada estabilidade dogmática dos conceitos tratados.

[260] Segundo observa Cancio Meliá, convergem valorações contrapostas no campo da vitimologia: de um lado, a exigência de responsabilidade da vítima por sua intervenção no fato que conduziu a sua lesão, diminuindo-se a do autor; do outro, a exaltação da figura da vítima e dos seus interesses olvidados, aumentando-se, por conseguinte, a punição do autor. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones..., op. cit., p. 33.

talhado por Karl Larenz[261], que, auxiliado pelas concepções do filósofo Hegel, o aplicou ao campo do direito civil para excluir a responsabilidade por danos imprevisíveis, fazendo desmoronar, com tal atitude, o dogma causal ou naturalístico[262] até então dominante. Nessa toada, o debate passou a destacar a pessoa enquanto ser racional, dotado de vontade, que via de regra se dirige a um fim previamente definido[263].

Posteriormente, Richard Honig transportou os ensinamentos de Larenz[264] para o campo do direito penal, impugnando, desta feita para efeito de responsabilidade criminal, a suficiência do nexo meramente causal entre a conduta e o resultado, o que só fora possível diante da introdução, em tal domínio, do nexo normativo (valoração), necessário à imputação do resultado ao âmbito de responsabilidade de quem o ocasionou[265], independentemente da provocação de mudança no mundo exterior ou de a conduta finalística do agente advir de dolo, imprudência ou omissão.

Afastados os escolhos produzidos por inúmeros debates estéreis em torno do tema, e a despeito dos entendimentos diversos e das críticas assacadas, muitas delas na esteira de *movimentos punitivistas*[266] – em geral pautados na ideia universal de proteção às vítimas da ação criminosa – que pululam em todo o mundo, é possível asseverar a força normativa da vitimodogmática, cifrada no objetivo básico de investigar e apresentar as devidas soluções dogmáticas para os problemas atinentes à intervenção do sujeito lesionado na gênese do risco.

3.3.1 Uma breve análise dos sistemas naturalista, neokantiano, finalista e funcionalista

Embora diversos entre si, os modelos naturalista – também chamado de sistema

---

[261] Cf. argumentação completa em: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 650 e ss. Ver também: LARENZ, Karl et al. *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie.* Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1931, p. 5 e ss.

[262] Para a relação de causalidade interessa verificar apenas o vínculo entre a conduta praticada e o resultado produzido por essa conduta (nexo causal ou naturalístico).

[263] Assim também, SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 43-48.

[264] Na síntese de Alamiro Velludo, a teoria de Larenz, ao separar os acontecimentos imputáveis daqueles fortuitos, apoiou-se na filosofia idealista, ao passo que a de Honig vislumbrava complementar o curso causal com o elemento adicional da persecução objetiva da finalidade. Em ambas, como se vê, a teoria da causalidade transforma-se apenas num aspecto ancilar. Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 137-138.

[265] Em idêntica linha, Roxin ressalta que as raízes histórico-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam à filosofia jurídica de Hegel, da qual Larenz extraiu uma concepção de imputação objetiva, posteriormente aplicada por Honig especialmente na dogmática jurídico-penal. Cf. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 39, p. 26, jul./set. 2002. Sobre as origens da imputação no direito penal, cf. também MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 05-05, p. 1-19, 2003, *passim*.

[266] Consoante J. J. Gomes Canotilho, não passam de *slogans securitários*, tais como: *Law and Order*, *Zero Tollerance* e *Broken Windows*. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 329.

clássico do delito – e neokantiano são muitas vezes reduzidos à rubrica de *causalismo*[267], sistema cujos fundamentos foram combatidos com veemência pelo finalismo de Hans Welzel. Influenciado pelo positivismo, segundo o qual ciência é somente aquilo que é mensurável ou apreendido pelos sentidos, o que exclui do objeto investigativo os valores, o sistema naturalista apropriou-se de critérios meramente formais e classificatórios, conceituando *eo ipso* a ação como movimento humano voluntário causador de modificação do mundo exterior e o tipo como a descrição objetiva de uma modificação no mundo externo[268], de modo que o direito penal se contentaria com a mera causalidade para se imputar ao autor um delito consumado (*falácia naturalista*)[269], sendo típica e ilícita, portanto, toda ação causadora de um resultado (subsunção *desvalorada* ou *mecânica*), a despeito de o direito ser uma ciência eminentemente valorativa.

Já o sistema neokantiano ou neoclássico do delito, conquanto em alguns aspectos se assemelhe ao naturalista, representa uma superação do vigente paradigma positivista-naturalista, abarcando a possibilidade de valoração, inerente às ciências da cultura[270], como o é o direito. Há, assim, uma substituição da dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um método de cunho teleológico ou valorativo, em que o tipo, consoante observações de Luís Greco, passa a ser compreendido materialmente, "deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica", razão por que reconhece-se como imorredouras as construções neokantianas, cristalizadas na materialização das categorias do delito e na construção teleológica de conceitos, "que escapam tanto ao formalismo classificatório como à falácia naturalista do sistema anterior", apresentando-se essa vertente de todo útil às subsequentes formulações do funcionalismo[271].

Em vista das diferenças verificadas entre um e outro sistemas, é comum que o

---

[267] Analisando os atritos existentes entre o sistema *naturalista* e o *finalismo*, Luís Greco afirmou: "E como esses atritos sistemáticos também foram encontrados no sistema neokantiano (...), os finalistas acabaram por unir essas duas tendências, tão grandemente contrapostas, sob o rótulo de "causalistas", o que gerou imensa confusão entre nós. Pois o estudante brasileiro acaba sendo levado à errônea noção de que tudo que não é finalista é causalista, quando, de certa forma, há muito mais em comum entre o finalismo e o naturalismo que entre este e o neokantismo". Cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 8, n. 32, p. 123, out./dez. 2000. A despeito da crítica apresentada com precisão por Greco, encontra-se na literatura penal brasileira, precisamente em trabalho de Juarez Cirino dos Santos, análise do modelo causal de ação em que se diferencia os sistemas clássico e neoclássico de fato punível, ou seja, coloca-se na conta do causalismo unicamente o sistema naturalista. Ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 11-14.

[268] Conforme lembrado por Johannes Wessels, o causalismo defendia que ao tipo pertencem tão-só a descrição do sujeito, do objeto e da ação executiva, pressupondo-se, na maioria das vezes, no tipo objetivo, a ocorrência de um determinado resultado como efeito exterior da ação. Cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal, parte geral:* aspectos fundamentais. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 33.

[269] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 122-124.

[270] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 124.

[271] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 125-126.

naturalismo seja referido como modelo ou teoria causal da ação, elaborada pelos autores alemães Liszt, Beling e Radbruch, reconhecidos como os fundadores do que sói chamar-se sistema *clássico de fato punível*, segundo o qual não existiria ação sem resultado (processo causal)[272], reservando-se, por outro lado, ao sistema neoclássico (ou não-causal), imediatamente posterior, a referibilidade aos valores, conforme ponderações de Juarez Cirino dos Santos[273]:

> A desintegração do sistema *clássico* de fato punível do modelo *causal* de ação originou o atual sistema *neoclássico* de fato punível, um produto da reorganização teleológica do modelo *causal* de ação segundo *fins* e *valores* do direito penal: o conceito de *ação* deixa de ser apenas *naturalista* para ser, também, *normativo*, redefinido como *comportamento voluntário*; a *tipicidade* perde a natureza *livre-de-valor* para incluir elementos *normativos*, como documentos, motivo torpe, etc., e elementos *subjetivos*, como a intenção de apropriação, no furto, e, até mesmo, o dolo, na tentativa; a *antinormatividade* indica não apenas a infração formal da norma jurídica, mas o significado material de *dano social*, admitindo graduação do injusto conforme o valor lesionado; a *culpabilidade,* sensível a juízos de valor, se estrutura como conceito *psicológico-normativo*, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever: somente comportamentos reprováveis podem ser atribuídos à culpabilidade do autor.

Contrapondo-se ao modelo causal de delito, a teoria final da ação ou sistema finalista, desenvolvido por Hans Welzel, define a ação humana como o exercício de uma atividade final, o que significa dizer, resumidamente, que a finalidade, o caráter final da ação, "baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins"[274]. Na formulação de Welzel, a atividade final, ao contrário do acontecer causal, é dirigida (e dominada) conscientemente em razão de um fim, de modo que a finalidade é "vidente" e a causalidade, "cega"[275].

Se comparado ao neokantismo, o finalismo, diz Luís Greco, tenta superar o dualismo metodológico desse sistema, "negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar"[276]. Desta forma, a valoração

---

[272] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna...,* op. cit., p. 11-12. Ver também Juarez Tavares, para quem o sistema causal se caracteriza pelo fato de que nele "a ação humana é tomada essencialmente como processo causal de um resultado, no qual, à primeira vista, não interferem fatores volitivos conscientes". Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27-28.

[273] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna...,* op. cit., p. 13.

[274] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

[275] WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, op. cit., p. 32. Para Welzel, "o defeito fundamental da teoria da ação causal consiste no fato de que não apenas desconhece a função absolutamente constitutiva da vontade, como fator de direção da ação, mas também destrói e converte a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer (...). Ignora que toda ação é uma obra (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal". Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema...*, op. cit., p. 341.

[276] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 127.

jurídica não pode prescindir da realidade fenomenológica, que deve ser esquadrinhada em minúcias pelo direito, estando o legislador jungido à determinadas estruturas lógico-reais, como a natureza finalista do agir humano e o livre-arbítrio ou o poder agir de outra maneira[277], imanentes a realidade de que se cuida.

Por fim, o sistema *funcionalista* ou *teleológico-racional* exige a funcionalidade dos conceitos jurídico-penais, no sentido da aptidão para desempenhar um papel determinado no sistema, em busca da produção de consequências justas e adequadas[278], fim ao qual o direito penal não deve abdicar na sua faina contra o arbítrio do poder público. Deseja-se, em consequência disso, a produção de decisões judiciais a um tempo estribadas na racionalidade e igualitárias, portanto que garantam a vicejada segurança jurídica nas relações interpessoais que o direito medeia. Destacado formulador dessa moderna compreensão do direito penal, Roxin[279] asseverou:

> Los defensores de esta orientación están de acuerdo — con muchas diferencias en lo demás — en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.

Nesse contexto, o direito penal assume a missão constitucional de proteção de bens jurídicos, operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral) ou sobre o autor do delito (prevenção especial)[280]. Defende-se, portanto, uma ideia de legitimação da pena puramente *preventiva*[281], com o que é declaradamente rechaçado o viés *retributivo* da sanção criminal. A principal diferença entre os métodos finalista e funcionalista está em que para o finalismo o pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica, uma vez que a finalidade dirigida à realização de um tipo "abrange as consequências típicas cuja produção o autor assume

---

277 GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 128-129.

278 GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 223.

279 ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general…, op. cit., p. 203. Também assim, citando o próprio Claus Roxin, cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 132.

280 GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 132. Nessa linha, Roxin também enfatiza: "En mi opinión, la responsabilidad penal supone dos cosas: la culpabilidad del autor y, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial". Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 8.

281 Apreende-se inteiramente a noção de *prevenção* na síntese de Luís Greco a seguir: "(...) enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva). Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinquente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que ele cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa)". Cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 132-133.

o risco de produzir", ao passo que o sistema funcionalista perquire acerca da legitimidade da pena, independentemente do cognoscível, trazendo, assim, à baila um problema jurídico ou normativo não vislumbrado ou querido pelo sistema questionado[282].

Seguindo esse caminho, o funcionalista não descura do fato de que o aumento do grau de exigência para a configuração do dolo redundará em acréscimos em termos de liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos, noção reitora do direito penal moderno, enquanto que a formulação de menor exigência para o dolo, acarretará maior proteção ao bem jurídico, com menor liberdade para os cidadãos, o que revela tensão entre, de um lado, a liberdade, e, do outro, a proteção de bens jurídicos[283]. Por todo o exposto, vê-se que não teria, a vitimodogmática, dados os seus esforços contra o imponderado exercício do poder punitivo quando a vítima é o elemento central da causação do dano a si mesma, espaço para se desenvolver de forma desembaraçada e frutificar em sistema diverso do funcionalismo.

3.3.2 Teoria da imputação penal objetiva: contextualização e repercussões dogmáticas

A teoria da imputação objetiva, identificada por Luís Greco como a "filha querida do funcionalismo", nasceu com o desiderato precípuo de reformular o aspecto objetivo do tipo penal, pregando que se deve estudar a teoria do delito em conformidade com os fins e funções que o direito penal cumpre na sociedade. Para essa teoria, além da causação da lesão ao bem jurídico – elemento com o qual o naturalismo e o finalismo se satisfaziam –, exige-se que "esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado"[284]. Surgida na Alemanha, a imputação objetiva, como pontuado nas linhas anteriores, teve seus primeiros conceitos formulados por Hegel e posteriormente trazidos ao direito por Larenz, até serem revisados por Richard Honig[285], mais precisamente nos idos de 1930. Em 1970, no trabalho *"Política criminal e sistema jurídico-penal"*, Claus Roxin a retomou e desenvolveu, dando-lhe os contornos sistemáticos atuais.

Na esteira da evolução da teoria do delito, a imputação objetiva surge como um dos

---

[282] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 133-134. Resume Greco: "o finalista pensa que a realidade é unívoca (...), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (...); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal". Cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 135.

[283] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 134.

[284] GRECO, Luís. Introdução à dogmática..., op. cit., p. 145.

[285] Honig se propõe a abordar adequadamente a relação entre ação e resultado, que desempenha um papel fundamental em muitos tipos. Cf. lineamentos em: FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. Trad. Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 22-25.

produtos do sistema funcionalista – ou teleológico-racional, em sua versão inaugural –, sendo em grande medida incompatível com os modelos naturalista e neokantiano (causalismo) estudados na seção anterior. Além disso, estrutura-se em oposição ao sistema finalista da ação, sem embargo de ter-se apropriado de aspectos dogmáticos cruciais da teoria final[286]. Tem a imputação objetiva, assim, por escopo dissipar os problemas não solucionados pelo causalismo e finalismo, encampando uma nova e fecunda metodologia de análise e delimitação do alcance do tipo objetivo, lastreada em critérios político-criminais[287]. Como pontua Cancio Meliá, contrariamente ao paradigma causalista, a imputação objetiva confere pujança ao tipo, que já não pode entender-se como mera descrição de um acontecimento físico-causal, dando-lhe uma conotação objetivo-valorativa, trabalho esse que se soma ao enriquecimento imposto ao tipo subjetivo (nos delitos dolosos) pelo finalismo[288].

Pondere-se, nada obstante, que a despeito de terem os finalistas acrescentado ao tipo dos crimes dolosos uma face subjetiva, o tipo objetivo permaneceu intocado, nada sendo naquele momento de acentuada *debacle* do modelo causalista senão a própria causalidade. Assim, a mãe que dava à luz o delinquente continuaria praticando uma ação objetivamente típica, excluindo-se a sua punição tão-só na análise do tipo subjetivo, por considerações atinentes ao dolo (causalidade adequada)[289]. Com inteira razão, portanto, Roxin exalta o fato de a imputação objetiva ter deslocado o centro de gravidade para o tipo objetivo, possibilitando, dentre outros ganhos sumamente relevantes, que toda causação objetivamente imputável de uma morte, por exemplo, seja uma ação de matar, mesmo quando ela não for dolosa[290]. Consoante lembra Fernando Galvão, a legitimidade da adequação típica exige que a imputação objetiva seja fortalecida com considerações explicitamente normativas, selecionando na

---

[286] Cita-se, exemplificativamente, o tipo subjetivo, integrado por dolo e culpa (*stricto sensu*), definitivamente retirados da culpabilidade. Mesmo Roxin reconhece os méritos do finalismo, os quais declina: *1)* contribuição decisiva para a descoberta do desvalor da ação como um dos elementos constitutivos do injusto penal, delimitando-o da culpabilidade e dos demais pressupostos da responsabilidade penal; *2)* ter possibilitado o delineamento objetivo dos tipos de delito; e, como consequência, *3)* a diferenciação entre autoria e participação no campo do injusto realizada segundo o critério do domínio do fato. Cf. ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 26-27.

[287] Sinteticamente: *a)* No causalismo, o tipo era considerado realizado tão-somente em decorrência do fenômeno naturalístico da causação, é dizer, pela modificação do mundo exterior; *b)* No finalismo, veio a ser exigido, outrossim, um direcionamento, guiado pela vontade humana, de modo que a conduta passou a ser analisada como um ato finalístico, orientado a um objetivo; *c)* No funcionalismo, por fim, o tipo, para se perfazer, demanda uma relação de natureza jurídica ou normativa, resultante da valoração da conduta do agente.

[288] MELIÁ, Manuel Cancio. Algunas reflexiones sobre lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal.* Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 215.

[289] GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 8-9.

[290] ROXIN, Claus. *Estudos...*, op. cit., p. 115-116.

realidade material apenas o que possa interessar ao direito penal[291]. A imputação objetiva, nunca é demais reforçar, conserva a essência do ideário de liberdade inserto na Constituição Federal de 1988.

Por sem dúvida, o exercício do *ius puniendi*, considerada a extrema violência de que se reveste, deve ser a *ultima ratio* do sistema jurídico-criminal, de maneira que, superados os modelos de base ontológica, a causação de um risco penalmente relevante é o ponto arquimédico da democrática teoria da imputação penal objetiva, que, conforme reiteradamente afirmado, foi pensada e estruturada para cumprir uma função eminentemente valorativa[292]. Em *Die Metaphysik der Sitten* de Kant, lembra Joachim Hruschka, imputação designa o juízo pelo qual se considera "a alguien como *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se denomina hecho (*factum*) y se somete a las leyes"[293]. Utilizada em direito penal, a expressão imputação objetiva significa atribuir a alguém a prática de conduta pela satisfação das exigências normativo-objetivas necessárias à caracterização do tipo em seu aspecto objetivo[294], o primeiro passo para a concretização da tipicidade. Ao requerer uma determinada relação de risco para sua caracterização, a imputação, em qualquer acepção que se imagine (objetiva, subjetiva e individual ou pessoal), expressa os requisitos necessários para poder se atribuir planificadamente a um sujeito a lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico prevista em um tipo penal[295]. Nesse sentido, a imputação objetiva exige a conexão jurídica entre a lesão ou a colocação em perigo típica e a conduta do agente. Em suas reflexões, com felicidade Roxin[296], valendo-se da filosofia hegeliana, assinala que uma função essencial da teoria da imputação objetiva consiste em excluir do tipo objetivo as lesões de bens jurídicos produzidas por mera causalidade ou como consequência de uma conduta jurídica qualquer[297], não referida ao tipo concreto, rechaçando da dogmática penal o *versari in re illicita*.

Diante do exposto, vê-se que a grande sacada da imputação objetiva está em demonstrar, a par de argumentos convincentes, que a relação de causalidade puramente material

---

[291] GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 13.

[292] Para Fernando Galvão, "essa corrente doutrinária entende que o sistema jurídico-penal não pode vincular-se às realidades ontológicas absolutas, como as noções naturalistas de ação e causalidade, mas sim aos parâmetros normativos de valoração político-criminal". Cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 330.

[293] HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Trad. de Francisco Baldó Lavilla. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Año 1994 - Número 3, Madrid, p. 346.

[294] GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 325.

[295] MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 05-05, 2003, p. 10.

[296] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 219.

[297] No mesmo sentido, cf. REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *ADPCP,* T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, p. 934.

já não satisfaz a um direito penal que se pretenda democrático, sendo apenas uma condição mínima para a imputação penal, de sorte que a imputação objetiva cria e reveste de couraça inquebrantável a exigência de relação normativa (jurídica) para conformação do tipo objetivo, com isso dificultando (ou limitando) a responsabilidade criminal. Nesse sentido, uma vez insuficiente o mero nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido, a tipicidade passa então a reclamar, para a sua perfeita configuração, um procedimento de valoração da conduta. A imputação, portanto, já não é mais ditada simplesmente pelo nexo de causalidade natural, afigurando-se de ordem normativa[298]. A função específica da imputação objetiva, diz Antonio Luis Chaves Camargo, "é a adequação, através de critérios normativos, de excludentes de tipicidade que, sem encontrarem um lugar na causalidade, eram forçadas a se transformarem em condutas típicas"[299]. Em síntese, o interesse principal da teoria da imputação objetiva do resultado, como destacam Maurach e Zipf[300], reside em agregar-se à antiga relação de causalidade (material) a relevância jurídica do resultado dela proveniente, de maneira que a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas estruturadas: a causalidade (empírica) do resultado *(1)* e, em sendo ela afirmada, a imputação (normativa) do resultado *(2)*.

Com efeito, ao defender que as categorias penais são influenciadas pela política criminal[301], a formulação de Roxin toca o elemento tipicidade, que deixa de ser interpretado apenas sob o ângulo formal (mera subsunção), pois nem toda tipicidade formal, conforme apregoa, também o é materialmente[302]. Como o fenômeno delitivo deve ser concebido em seu aspecto social-valorativo[303], busca-se a justiça de cada caso concreto, no que a vitimodogmática pressurosamente se alinha. Por esse ângulo, a imputação objetiva do resultado produzido ou a imputação à conduta do autor apenas ocorrerá se ficar caracterizada a criação ou o incremento

---

298 Como dito por Gimbernat Ordeig, a imputação objetiva reúne toda uma série de critérios normativos excludentes da tipicidade, sendo, nesse diapasão, um elemento normativo do tipo. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal.* 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 212.

299 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal.* São Paulo: Sugestões Literarias, 1994, p. 102.

300 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal, parte general:* teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. de la 7a ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, v. 1, p. 317-318.

301 Opondo-se diametralmente ao sistema positivista formal de Franz von Liszt, que defendia ser o direito penal a "barreira infranqueável da política criminal". Cf. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal.* México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 14.

302 Daí surge o princípio da insignificância – aplicado aos denominados crimes de bagatela –, cujos vetores, reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), são: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Cf., a respeito, PRADO, Luiz Regis. *Curso...,* op. cit., p. 98. Saliente-se que a este assunto voltaremos mais à frente.

303 Cf. nesse sentido, GALVÃO, Fernando. *Imputação...*, op. cit., p. 25.

de um risco proibido relevante, devendo o resultado estar diretamente conectado ao risco criado. Melhor esclarecendo, um resultado poderá ser objetivamente imputado a um indivíduo quando tenha sido fruto da criação de um risco juridicamente desaprovado de cuja realização depende, de maneira que a imputação objetiva possui dois elementos indissociáveis, que são a criação de um risco desaprovado pelo direito e a realização do dito risco no resultado, entendido este não em um sentido puramente naturalístico, senão como a quebra ou violação das normas[304]. Compaginando o alcance da teoria, Roxin[305] aduz:

> De acuerdo con esta teoría, el injusto típico no es un sucesso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito (es decir, del fin de protección) del tipo respectivo. De esta manera, es posible salvar la tipicidad en una medida político-criminalmente razonable – sobre todo en los delitos imprudentes – de su enorme amplitud, limitando la punibilidad al ámbito de lo que parece indispensable desde el punto de vista preventivo general: la creación y realización de riesgos, que son insoportables para la convivencia segura de las personas.

A seguir, demonstraremos que a imputação objetiva ganha contornos diferenciados em consonância com a perspectiva funcionalista de que se trate, ressaltando-se que o estudo se debruçará fundamentalmente em torno do ponto de vista da figura da vítima, deixando-se de lado aspectos desta vasta teoria que fogem ao escopo pretendido. Enquanto para o funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin a imputação objetiva é vislumbrada como uma teoria que se volta para a constatação do risco no *resultado*[306], mantendo-se o respeito à lesividade concreta do bem jurídico objeto da proteção penal; em Jakobs, defensor do funcionalismo sistêmico, encontra-se uma concepção mais inclinada para a constatação da existência do componente típico na *conduta* perpetrada pelo agente como violação da norma de dever[307].

3.3.3 A vítima no funcionalismo teleológico de Claus Roxin

Expôs-se, até aqui, que no desenvolvimento de um acontecimento humano de relevo para o direito penal, não ocasionalmente a relação autor-vítima joga um papel de

---

304 REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos..., op. cit., p. 961-962.

305 ROXIN, Claus. *Política criminal...*, op. cit., p. 8.

306 Para uma análise aprofundada da imputação objetiva do resultado, nela incluídos os pretensos acertos e problemas da teoria, cf. FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Trad. Ricardo Robles Planas. In: *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal,* Barcelona, Atelier, 2004, p. 19-67.

307 Em que pese a relevância dessa diferenciação para a delimitação da imputação em contextos limítrofes, valem as asseverações de Juarez Tavares: "O *desvalor do ato* e o *desvalor do resultado*, que são levados em conta principalmente na distinção entre delitos dolosos e culposos, integram-se em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta por meio do outro". Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 298.

configuração e, a depender da situação concreta, até decisivo. Assim, e levando em consideração, à luz da divisão tripartite, a natureza escalonada dos elementos que compõem o delito, o comportamento da vítima para a ocorrência do fato – a princípio delitivo – será analisado como razão excludente da tipicidade[308], mesmo porque esse elemento concentra a gênese da ação típica, sendo uma questão basilar da imputação objetiva, que nesse aspecto contribui decisivamente para a fecundação e ulterior incremento das construções vitimodogmáticas no seio da teoria do crime.

Ao tratar das linhas mestras da teoria da imputação objetiva, produto do seu funcionalismo teleológico, Roxin busca delimitar as hipóteses normativas que autorizam a imputação do resultado ao autor (causalidade normativa[309]), assinalando que um resultado gerado pelo agente será imputado como obra sua – portanto preenche o tipo objetivo – unicamente diante das seguintes condições[310]: *1)* o comportamento cria um risco não permitido para o objeto da ação[311]; *2)* o risco não permitido se realiza no resultado concreto[312]; e *3)* este resultado se encontra dentro do alcance do tipo. Dito de outra forma, Roxin desenha um modelo tripartite de tipicidade: *primeiro* a ocorrência do risco não permitido; *segundo* a concretização relevante deste risco no resultado; e *terceiro* o alcance de proteção do tipo penal para aquela ocorrência concreta[313]. Pelo raciocínio inverso, infere-se que a imputação objetiva será excluída do domínio do agente quando: *1)* o resultado decorra do exercício de um risco permitido ou de uma ação do autor que visa apenas diminuir um risco proibido[314]; *2)* o risco não permitido não se realiza no resultado concreto; *3)* o resultado da ação se encontra fora do fim de proteção da norma inscrita no tipo (alcance do tipo). Como assinalado por Ingeborg Puppe, as exigências

---

[308] O que não significa que em outras circunstâncias – a serem estudadas no momento oportuno (cf. Capítulo 4, seções *4.3.2* e *4.3.3*) – esse comportamento não leve à exclusão da ilicitude ou até a uma análise do elemento culpabilidade em favor do agente (p. ex.: menor exigibilidade de conduta diversa), resultando em uma apenação final diminuída.

[309] É nessa direção (*resultado sempre jurídico*), por exemplo, que deve ser compreendido o art. 13, *caput*, do CP, que diz: *"O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"*.

[310] Ver, a respeito: ROXIN, Claus. A teoria da imputação..., op. cit., p. 13. Para maiores considerações a respeito desses três estratos, cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação...*, op. cit., p. 313-382.

[311] Nas modalidades de risco (proibido e permitido), a imputação objetiva leva em consideração as seguintes categorias dogmáticas: princípio da confiança, ausência de domínio do resultado, diminuição do risco e incremento do risco.

[312] Ou seja, o risco não permitido, criado pelo autor, deve ter sido a causa do resultado. Exemplo clássico: *"o indivíduo é baleado, mas vem à óbito em razão de acidente envolvendo a ambulância que o transportava ao hospital"*. Nesse caso, não há dúvidas de que o agente, que efetuou o(s) disparo(s), criou um risco (de morte) não permitido, o qual, todavia, não se realizou no resultado material, pois a vítima faleceu em decorrência do acidente automobilístico e não do(s) tiro(s) sofrido.

[313] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal...*, op. cit., p. 143.

[314] O risco será considerado permitido sempre que o resultado pretendido pelo agente não depender exclusivamente de sua vontade, sendo obra do acaso. O risco não-permitido, por sua vez, requer o domínio do resultado por meio da vontade do agente.

da teoria da imputação objetiva se referem não apenas à ação e ao resultado, mas ao curso causal que conduziu ao resultado desde a ação, ou seja, *"deve-se identificar aquela condição verdadeira e suficiente para a ocorrência do resultado, da qual a ação constitui parte necessária"*[315].

Respondendo a questão atinente ao nível em que se tornará possível a análise da colaboração da conduta da vítima para o juízo de imputação do resultado ao agente, Roxin irá afirmar que se encontra na esfera do "fim de proteção da norma", considerado o critério da auto-responsabilidade da vítima como fator delimitador do alcance do tipo. Nesse diapasão, pugna Roxin pela não punição da participação em uma autocolocação em perigo[316] quando houver, por parte da vítima, uma completa visão do risco, trazendo vários exemplos com o objetivo de corroborar as suas elucubrações, sendo um deles: *"A entrega a B para seu próprio consumo heroína, cuja periculosidade está clara para ambos. B injeta em si mesmo a substância e morre em decorrência desse fato"*[317]. Com efeito, é indubitável que "A" criou um risco não permitido, realizado no resultado morte de "B". Entretanto, diz Roxin, apesar da causação da morte, não pode configurar homicídio a ação do sujeito que entregou a droga, pois o usuário do entorpecente – como sujeito auto-responsável que era – possuía completa visão do risco e optou livremente pela autocolocação em perigo, impedindo, com essa conduta, que o tipo do homicídio alcance quem lhe entregou a droga (o traficante). Segundo Roxin, por influência das críticas de Bernd Schünemann[318] ao posicionamento que admitia a punição a título de homicídio em tal caso, a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof, BGH*) evoluiu, passando a inclinar-se em sentido diverso[319]. Isso mostra a importância da vítima para a dogmática do direito penal, o que a torna merecedora de maior atenção em solo brasileiro.

Em suma, para a teoria de Roxin o tipo não alcança as hipóteses em que o sujeito responsável se autocoloca em risco (ou anui a que outrem o coloque em situação periclitante), mormente se considerado o efeito protetivo da norma, que encontra seu limite na auto-

---

315 PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Coord. Beatriz C. Camargo et al. Trad. de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 39.

316 A autocolocação em risco será estudada com exatidão no próximo capítulo (cf. seção *4.4.4*). No momento, interessa ressaltar que Claus Roxin, em seu funcionalismo teleológico, alça a atitude – proativa ou negligente – da vítima como elemento limitador do alcance do tipo, o que inviabiliza, em situações específicas, a imputação do resultado decorrente ao agente. Disso a vitimodogmática se ocupa, alinhando-se ao correspondente juízo normativo-valorativo ou de imputação objetiva.

317 ROXIN, Claus. *Estudos...*, op. cit., p. 107-109.

318 Vertidas no estudo intitulado *"Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?"* ("Morte negligente por entrega de substância tóxica", em tradução livre). Cf. comentários em: ROXIN, Claus. A teoria da imputação..., op. cit., p. 16.

319 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 389-391.

responsabilidade da vítima[320]. Sob o signo do contexto escrutinado, a vitimodogmática destaca-se como instrumento de valoração do tipo penal, conectado à análise *ex post* do resultado danoso. Com isso, proporciona que as correspondentes responsabilidades dos sujeitos envolvidos sejam estabelecidas em justa medida, acorde com as diretrizes do princípio fundamental da intervenção mínima. No âmbito do funcionalismo de Roxin, portanto, são trabalhadas com maestria e sem sobressaltos as reais condições para que a conduta da vítima sirva como referencial dogmático no deslinde dos tormentosos problemas de tipicidade penal.

3.3.4 A vítima no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs

Guiado pelas ideias de Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas, Günther Jakobs criou o *funcionalismo sistêmico*, fundado na racionalidade comunicativa[321], tendo assim construído uma dogmática sociologicamente orientada[322]. Com isso, Jakobs formatou e incrementou consistentes elementos no plano da imputação objetiva, alguns dos quais coincidentes aos já apresentados pelo funcionalismo teleológico-racional de Claus Roxin (p. ex.: criação de um risco não permitido). Para Jakobs[323], as expectativas normativas sociais podem referir-se a dois distintos âmbitos de objeto. Primeiro, é necessária uma expectativa de que todos mantenham em compostura seu círculo de organização, para que se evitem danos a outras pessoas. Segundo, é necessária uma expectativa de que as instituições elementares funcionem ordenadamente, ou seja, que as instituições estejam em harmonia com as esferas de organização dos indivíduos singulares.

Na verdade, se de um lado Roxin contempla no injusto penal o desvalor do resultado expressado como lesão de bens jurídicos fundamentais, na avaliação de Jakobs[324] a missão do direito penal consiste em assegurar a vigência da norma diante do desvalor do comportamento ou da ação. Nesse sentido, o ponto arquimédico da teoria de Jakobs é a imputação objetiva da conduta, tanto que uma das possibilidades por ele alvitrada diz com a imputação do curso lesivo à própria vítima, isto é, consiste em "explicar o tal curso por meio de sua própria atividade

---

320 ROXIN, Claus. A teoria da imputação..., op. cit., p. 16.

321 JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal.* Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 54.

322 Analisando a interface entre o sistema jurídico e a dogmática jurídica, sustenta Luhmann: "Se exige – y con toda razón – una adecuada conciencia de la posición social del sistema jurídico y de la práctica jurídica con todas sus consecuencias incluídas". Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico...*, op. cit., p. 13.

323 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 11.

324 O fato e a pena, registra Jakobs, se encontram no mesmo plano: "el hecho es la negación de la estructura de la sociedad; la pena, la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura". Cf. JAKOBS, Günther. *¿Qué protege...*, op. cit., p. 55.

concorrente para o dano"[325].

De acordo com Jakobs, nos inevitáveis contatos sociais entretidos entre os seres humanos, cada um é portador de um papel (*role*) específico[326]. Daí que, quem viola o seu papel responde jurídico-penalmente. E sendo a vítima a violadora do papel que lhe incumbia preservar, deverá ela mesma assumir o dano. Noutro giro, todo aquele que se mantém dentro dos limites de seu papel, não responde pelo curso lesivo, ainda que no caso concreto pudesse sem maiores dificuldades evitá-lo[327]. As intercorrências verificadas nesse contexto, portanto, entram no âmbito da mera fatalidade[328], não imputável. Através do seu conceito de imputação objetiva, Jakobs acrescenta ao tipo objetivo um novo elemento normativo, qual seja, a violação de um papel social pré-determinado. Para Jakobs[329], as instituições jurídico-penais delimitadoras do edifício da imputação objetiva são: *1)* o risco permitido; *2)* o princípio da confiança; *3)* a proibição de regresso[330]; e *4)* a competência (capacidade) da vítima. Uma vez incidentes, tais elementos obstam que o comportamento do sujeito (autor ou vítima) receba o reproche do direito penal, por não-violação do papel social próprio do interveniente.

No exame da competência da vítima, se agrupam as ações a próprio risco, que no fundo englobam a lesão de um dever de autoproteção e a própria vontade de quem é apto a definir o seu destino por meio de livre avaliação intelectiva das circunstâncias que o envolve. Afirmando que a vítima não pode assumir um contato social arriscado sem aceitar como resultado possível desse comportamento as consequências que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis, Jakobs[331] traz três exemplos esclarecedores: *i)* quem, sem qualquer necessidade, pede a uma pessoa claramente embriagada que conduza um automóvel, deve atribuir-se, ao menos em parte, as consequências negativas resultantes; *ii)* quem participa de um combate de boxe, por exemplo, não tem direito a não resultar lesionado; *iii)* quem tem relação sexual com uma pessoa que depende de drogas ou se prostitui, atua com próprio risco,

---

[325] E exemplifica: "quem manuseia uma nova máquina cria, por meio da violação de seus deveres de autoproteção, o risco de sofrer um dano". Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit., p. 15.

[326] São palavras do autor: "(...) já não se deveria fazer a tentativa de construir o delito tão somente com base em dados naturalistas – *causalidade, dolo*; pelo contrário, o essencial é que concorra a *violação de um papel*". Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit., p. 23.

[327] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit. p. 24.

[328] O caso do médico que desconecta os aparelhos que mantinham a vida do paciente, quando dita prestação não esteja indicada medicamente. Nessa hipótese, independentemente do efeito causal, o médico se mantém dentro do seu papel, constituindo uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de maneira propensa a sofrer o dano.

[329] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit. p. 32.

[330] Cabe ventilar o exemplo do padeiro, que vende um bolo para um indivíduo, o qual, posteriormente, o envenena com o objetivo de matar um terceiro. Mesmo que conhecesse a finalidade ilícita do homicida, não deve responder pela infração, eis que a atividade de vender o bolo consiste na realização de seu comum papel de padeiro.

[331] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit. p. 31.

no que se refere ao contágio do vírus HIV[332]. A proposição, aqui, é definir se a vítima desempenhou o papel de vítima ou o papel de quem fez medrar essa situação, atuando responsavelmente e com risco próprio.

3.3.5 Vitimodogmática e princípio da confiança

Da observação do processamento das interações sociais nos tempos hodiernos é possível inferir que o risco, vale dizer, a probabilidade de dano, é um elemento sempre presente. Nesse contexto, o princípio da confiança foi elaborado para delimitar a ideia da atuação nos limites do risco permitido, aplicando-se, em um instante inicial, para os delitos de trânsito, sendo que atualmente o seu alcance já contempla todos os casos de atuação conjunta, com destaque para as hipóteses de divisão do trabalho[333]. Segundo tal princípio, acentua Fernando Galvão, "apesar de a experiência mostrar que outras pessoas cometem erros, aquele que se comporta adequadamente pode confiar que os demais também o façam, desde que não existam motivos para acreditar no contrário"[334]. Deste modo, aqueles comportamentos que são desenvolvidos de acordo com as expectativas sociais não adentram ao rol das situações que configuram o risco proibido. Como consequência da observação do dever de cuidado objetivo subjacente a essa máxima, ruirá qualquer tentativa de imputação penal. Ilustrando, o sujeito que conduz o seu veículo conforme as normas de trânsito e encontra alguém que, inopinadamente, se joga à frente do automóvel que estava em movimento e morre, a evidência não responderá penalmente.

Ao tratar do assunto, Jakobs[335] afirma que a ideia de responsabilidade ficaria destruída se todos os demais integrantes do corpo social fossem concebidos de modo exclusivamente cognitivo e não também como sujeitos responsáveis pelos atos que praticam. Para Jakobs, o princípio da confiança pode apresentar-se sob duas modalidades[336]: primeiramente, na hipótese em que alguém, atuando como terceiro, gera uma situação que é inofensiva sempre e quando o autor, que age em continuação, cumpra com seus deveres; em segundo lugar, se dirige a que uma determinada situação existente tenha sido preparada de modo correto por parte de um terceiro, de maneira que aquele que fizer uso dela, o potencial autor, se

---

[332] Voltaremos a estes exemplos, com maiores detalhes, nas partes subsequentes deste trabalho (cf. toda a *seção 4.4* do Capítulo 4).

[333] GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva...*, op. cit., p. 82.

[334] GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva...*, op. cit., p. 82. No mesmo sentido, cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.

[335] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit., p. 26.

[336] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit., p. 26-27, ressaltando que o princípio da confiança está destinado a tornar possível a divisão do trabalho.

cumprir com os seus deveres, não ocasionará dano a alguém. Aplicado às situações concretas, o princípio da confiança terá o condão de isentar de responsabilidade penal a título de culpa *stricto sensu* todo aquele que tenha atuado debaixo da sua aba protetiva.

Em se tratando de vitimodogmática, a questão que surge de imediato é saber se a vítima deve realmente confiar, em todos os casos, que terceiros não agirão dolosamente, defraudando as expectativas sociais, e se em assim agindo, as vezes até cegamente, não estaria ela violando o seu papel de vítima, o que levaria a imputação do fato danoso ao seu âmbito preferente de responsabilidade. Numa palavra, a figura da vítima conferiria mais uma roupagem dogmática a esse importante princípio, sem o qual, cumpre reconhecer, a convivencia social avultaria impraticável. Nesse sentido, se imporia um limite à necessidade de confiança, mormente quando o sujeito lesionado desenvolve o seu comportamento arriscado com autonomia, consciência e poder de autodeterminação. Por isso, a análise concreta de determinados acontecimentos poderá indicar que não há tipicidade em vista de um comportamento claramente periclitante do ofendido, que naquelas circunstâncias teria tacitamente renunciado a proteção estatal via incidência do direito penal. Transportado para o terreno da punibilidade, o brocardo latino *dormientibus non sucurrit jus* minimizaria os rigores do princípio da confiança naqueles casos em que claramente a vítima demonstra desdém para com bem jurídico disponível de sua titularidade, principalmente quando a situação concreta demandaria um cuidado especial que apenas ela seria capaz de providenciar.

3.4 VITIMODOGMÁTICA COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Consagrado penalista alemão, Franz von Liszt[337] já asseverava que o direito penal tem como missão peculiar a enérgica defesa dos interesses especialmente dignos de proteção, o fazendo por meio da ameaça e da execução da pena, considerada um mal necessário contra o delinquente, do qual o Código Penal é a *Magna Carta*, vale dizer, o seu catálogo de garantia. Isso significa que, inobstante represente, nos termos da exposição de Liszt, a violência de que o Estado se vale quando necessário, o direito penal caracteriza-se, nas democracias modernas, por ser o esteio das liberdades individuais, o instrumento de defesa dos cidadãos contra a indevida intervenção coativa do Estado (*ius poenale*). Consoante já demonstrado em outras ocasiões, essa ambivalência (violência *versus* asseguração da liberdade), ínsita ao sistema de justiça criminal, torna premente a necessidade de *contenção do poder punitivo* – ideia essa

[337] LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal.* 3. ed. Traducido de la 20. ed. alemana por Luis Jimenez de Asua. Madrid: Reus, 1929. t. II, p. 9.

inaugurada desde o fim da segunda guerra mundial com o renascimento da teoria do bem jurídico[338] –, a fim de se manter o equilíbrio da balança, sendo a vitimodogmática, com os seus mecanismos que dificultam ou tornam mais justa a aferição da tipicidade, uma importante ferramenta para tanto.

Mais exatamente, partindo da *vitimologia clássica*, que divide a vítima em tipologias, a vitimodogmática trata de elucidar se uma determinada atividade da vítima há de repercutir favoravelmente na valoração jurídico-penal do comportamento do autor[339], influindo diretamente: *1)* na determinação judicial da pena (postura majoritária) ou *2)* na extinção de responsabilidade penal, por exclusão da tipicidade (postura minoritária). Ocorre que para atingir eficientemente os seus objetivos, que miram o direito penal como *ultima ratio* do sistema punitivo, deve a vitimodogmática alinhar as suas construções a princípios de política-criminal (p. ex.: intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade[340]).

Com efeito, a vitimodogmática parte da premissa de que o significado geral da fórmula da *ultima ratio* guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade, no sentido da vedação de excesso, porquanto o legítimo emprego do direito penal para a proteção de bens jurídicos deve invariavelmente apresentar-se idôneo e necessário, não podendo o seu uso, que é sempre extremo, provocar mais danos do que benefícios aos por ele atingidos, máxime quando não há interesse do diretamente lesado em relação à sua proteção.

Assim, ao formular o princípio *vitimológico* como máxima vitimodogmática, Bernd Schünemann o deduziu diretamente da noção fundamental de *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos. No arco dos limites postos pela interpretação dos tipos penais, excluem-se do âmbito da punibilidade todos os comportamentos reveladores de que a vítima não merece e não

---

338 Para Luís Greco, com as seguintes consequências: *i)* impossibilidade de proibir penalmente condutas meramente morais; *ii)* impossibilidade de proibir penalmente a simples violação de um dever; *iii)* impossibilidade de proibições meramente ideológicas; *iv)* impossibilidade de proibir penalmente um modo de ser, ou seja, afasta-se qualquer possibilidade de se legitimar o direito penal do autor; *v)* impossibilidade de proibir penalmente afetações de bens não fundamentais, razão pela qual as afetações de menor importância não podem ser tuteladas pelo direito penal; *vi)* ilegitimidade da proteção de um bem contra uma agressão do próprio titular. Cf. GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal:* direito penal, aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 167. Eugenio Zaffaroni, em recente obra intitulada a *Doutrina penal nazista*, adverte que a despeito de indispensável para a elaboração de um direito penal mais humano, de respeito à dignidade da pessoa, o conceito de bem jurídico por si só não garante este direito, se mostrando como uma condição necessária, mas não suficiente, eis que depende de fatores adicionais, ligados à sua operacionalização pelas agências estatais. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista:* a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Trad. de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 181-182.

339 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideracion...*, op. cit., p. 15.

340 São também princípios político-criminais de um Estado de direito: a humanidade, a liberdade, a presunção de inocência e a igualdade, assim como os derivados do Estado social. Nesse sentido, ver: HUBER, Barbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de liberdad. Trad. de Patrícia Laurenzo Copello. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Año 1994 – Número 3, Madrid, p. 173.

carece de proteção, uma vez que ela própria seria capaz de nestes casos se proteger suficientemente[341]. Em seus trabalhos, destarte, Schünemann trata a subsidiariedade do direito penal não apenas em face de outros instrumentos de intervenção estatal, mas também das possibilidades de autoproteção dos cidadãos, como fica claro nesta passagem:

> Dicho de modo extremo, una limitación del Derecho Penal en este aspecto incluso aumenta la protección del bien jurídico, pues si el daño social sólo puede ser producido mediante un comportamiento determinado de la víctima que abandona sus propios interesses, la víctima debe ser desalentada en cierto modo de su propio comportamiento con el hecho de que si ella niega sus propios interesses se le denegará la protección mediante el Derecho Penal[342].

Pode-se dizer, em apertada síntese, que o fundamento político-criminal vertido no princípio da subsidiariedade faz com que a vitimodogmática opere efeitos na mesma direção, qual seja a limitação do poder repressivo do Estado via critérios de exclusão da imputação penal. Nesse sentido, serão doravante averiguados com maior nível de detalhes o princípio penal da intervenção mínima e as possibilidades que o entendimento vitimodogmático confere de interpretação *teleológico-restritiva* dos tipos penais.

3.4.1 Vitimodogmática e o princípio penal fundamental da intervenção mínima

O princípio fundamental penal da intervenção mínima estriba-se no axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*[343]. Conforme esse dogma liberal, o direito penal, por tudo o que representa, só deve intervir em casos de ataques graves aos bens jurídicos que já são, por escolha do legislador, os socialmente sensíveis ou importantes. Com isso, protegem-se os ilícitos remanescentes (menos gravosos) prioritariamente com os ramos do direito menos agressivos à esfera de liberdade dos atingidos (*v.g.*, direito civil e administrativo).

Tal qual a proporcionalidade e outros vetores normativos que dão conformidade à pretendida unidade do sistema jurídico-penal, o princípio da intervenção mínima não está

---

[341] SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005, p. 34.

[342] SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de "ultima ratio" en derecho penal. In: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Colección autores de derecho penal.* Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 110-111.

[343] Ver, a propósito: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91. Com efeito, Ferrajoli estrutura sua obra à luz do sistema axiomático formal, como se vê no tratado *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia* (cf. FERRAJOL, Luigi. *Principia iuris:* teoria del derecho y de la democracia. Vol. 3. Trad. de Perfecto Andrés Ibñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2011, *passim*), no qual traça, através de linguagem eminentemente simbólica, as condições de possibilidade de um direito racional e coerente, sem as aporias e ambiguidades da linguagem comum. Cf. também: PALMA, Mauro. Principia iuris de Luigi Ferrajoli. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 31 (2008), p. 289-298; OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 26, vol. 142, p. 140, abr./ 2018.

expressamente escrito no texto constitucional, muito menos no código penal[344]. Segundo Nilo Batista, à intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal, quais sejam a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*, destacando que a subsidiariedade, que pressupõe a fragmentariedade, deriva da consideração do direito repressivo *como remédio sancionador extremo*, a ser ministrado apenas no caso de ineficiência dos métodos geneticamente mais leves[345].

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes afirma que não há um objeto jurídico tutelado pelo Direito Penal que lhe seja próprio ou exclusivo, mas, ao contrário, a escolha de tais objetos se dá através de um processo de eleição cuja importância de cada bem jurídico é informada por outros ramos do Direito. Daí o caráter fragmentário do Direito Penal, o qual não pode ser entendido senão em conjunto com o princípio da subsidiariedade[346]. Em suma, a proteção de bens jurídicos não se realiza somente mediante a utilização da técnica do direito penal, *ultima ratio* do sistema de política social[347].

Acertou Roxin ao asseverar que a limitação do direito penal se depreende do princípio da proporcionalidade, pois como "el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente"[348]. Caso contrário, se violará a proibição de excesso, pois outras medidas de "política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico"[349]. Numa palavra, a proporcionalidade exige que o Estado se satisfaça com a intervenção menos intensa possível, já que o objetivo do direito penal ao cominar as penas nos tipos penais é a proteção subsidiária de bens jurídicos[350].

Diante do exposto, vê-se realizável a conexão entre o princípio da intervenção mínima e os elementos constitutivos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[351]) para se alcançar a justificação da ingerência punitiva

---

344 BATISTA, Nilo. *Introdução*..., op. cit., p. 83. Isso não significa que o legislador e o intérprete devam desprezá-lo.

345 Ou seja, a intervenção penal se "dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito". Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução...*, op. cit., p. 83-84.

346 LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322-325.

347 Por isso, diz Roxin, o sistema penal só será chamado a intervir quando falharem os outros meios jurídicos de solução social dos conflitos (missão subsidiária), derivando a sua natureza fragmentária do fato de proteger uma parte apenas dos bens jurídicos, frente a ataques concretos. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 65.

348 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 65-66.

349 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 66.

350 ROXIN, Claus. *Novos estudos...*, op. cit., p. 109.

351 Cf. análise completa do princípio em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

do Estado. Calham, nessa linha, as formulações de Juarez Cirino dos Santos[352]: *a)* a pena criminal é um *meio adequado* (entre outros) para realizar o *fim* de proteger o bem jurídico(?); *b)* a pena criminal (meio *adequado*, entre outros) é, também, *meio necessário* (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico(?); *c)* a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico(?).

Ponha-se em destaque, por fim, que as mesmas resistências impostas ao princípio da intervenção mínima pela expansão do direito penal[353] são ressentidas pela vitimodogmática. Assim, observa-se que a tenacidade da ideia de direito penal como *Magna Charta* da vítima, porque assentado fundamentalmente na identificação dos indivíduos mais com a vítima do delito do que com o autor, tem flexibilizado os tipos penais, quer dizer, aumentado o alcance concreto das normas penais incriminadoras. Nesse torvelinho, a pena passa a ser indevidamente entendida como mecanismo de ajuda à superação dos traumas que o delito causou ao sujeito afetado[354]. A expansão do direito penal, enfim, gera no seio da sociedade um maior sentimento de punitivismo, refletido inevitavelmente na legislação e na jurisprudência (prática forense).

Contra tudo isso, as aproximações vitimodogmáticas sobre o princípio da intervenção mínima enlaçam à necessidade de pena para proteção da vítima o postulado da vedação de excesso, isto é, a proporcionalidade da interferência penal, o que faz amparada na interpretação restritiva dos tipos penais quando haja uma efetiva participação do sujeito lesionado na gênese do fato. Como dito por Cancio Meliá, o princípio de subsidiariedade impõe que "no cabría incriminar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí mesma"[355].

3.4.2 Vitimodogmática como método hermenêutico de interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais

Quando nos idos de 1970 Claus Roxin trouxe à lume, na obra *Kriminalpolitik und*

---

352 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*..., op. cit., p. 29.

353 Curadora de interesses subjacentes às sociedades pós-industriais do mundo economicamente globalizado (novas modalidades de risco), que se contrapõem ao paradigma do direito penal clássico, representado por crimes como furto, roubo e homicídio, hoje "desimportantes" se comparados aos delitos econômicos (macrocriminalidade): terrorismo, narcotráfico, tráfico de pessoas e crime organizado em geral. Para Silva Sánchez, "a atribuição ao Direito Penal de papeis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e relativização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão". Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...,* op. cit., p. 125.

354 Cf. inteira argumentação em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, op. cit., p. 64-74.

355 MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones...*, op. cit., p. 40.

Strafrechtssystem, o seu revolucionário pensamento, o objetivo central era fomentar um novo e produtivo debate em torno da funcionalidade do sistema jurídico-penal alemão, que ao seu ver estaria atravessando profunda crise, consistente na prática de interpretação do direito positivo como sistema fechado, referenciado unicamente à preceitos concretos de lei, ponto de partida para se chegar aos princípios lógico-dedutivos e conceitos fundamentais (consideração puramente técnico-jurídica), com desprezo das particularidades que o caso individualizado tem a oferecer, atitude inerente ao positivismo dogmático sustentado pelos sistemas causalista (Franz von Liszt) e, em certa medida, finalista (Hans Welzel). Objetando o automatismo dos conceitos teóricos e em busca de uma unidade dialética, Roxin[356] incorporou ao direito penal rasgos de ordem criminológica e político-criminal, defendendo a contemplação das tradicionais categorias da estrutura do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) a partir do prisma de abertura do sistema às dimensões social e política, que traduzem a dinâmica do viver humano.

Ancorado no princípio *nullum crimen sine praevia lege*, Roxin define o conteúdo do conceito de tipo de um modo global, ou seja, leva em consideração as características concretas típicas, sob o ponto de vista teleológico[357]. Com isso, mostra a necessidade de uma interpretação restritiva do tipo, que atualize a função de *carta magna* do direito penal e sua natureza fragmentária, com redução do âmbito de punibilidade ao indispensável para a proteção do bem jurídico[358]. Da mesma forma que o princípio da adequação social, desenvolvido originalmente por Welzel[359], e o da insignificância de Roxin, que exclui do âmbito típico os danos de pouca importância e gravidade, o princípio *vitimológico* não é uma característica atrelada ao tipo penal, mas um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal da norma, acolhendo como atípicas as condutas que decorrem de determinados comportamentos da vítima, sempre observados os lindes dogmáticos que conferem altivez jurídico-penal a esse proceder.

Com efeito, as contribuições originais de Roxin influenciaram a jurisprudência do

---

356 ROXIN, Claus. *Política criminal...*, op. cit., p. 58.

357 Exemplo: um simples "empurrão" *a priori* indigno de ocasionar a morte da vítima, não pode ser imputado ao autor como ação da matar se posteriormente a vítima morrer. Para Mir Puig, embora o verbo "matar" seja utilizado na linguagem comum do jurista para casos como este, já que aquele que empurrou ocasionou a morte do sujeito empurrado, é lícito entender de forma menos ampla o verbo utilizado por este tipo de delito contra a vida (restrição teleológica) se se admite que a finalidade da pena prevista para tal crime não é castigar simples empurrões. Cf. MIR PUIG, Santiago. Significado…, op. cit., p. 8.

358 ROXIN, Claus. *Política criminal...*, op. cit., p. 72-73.

359 A esse respeito, Roxin literalmente escreve: "Para ello hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles". Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal...*, op. cit., p. 73.

Supremo Tribunal Federal, que após longo processo de formação, marcado por decisões excepcionais, se consolidou no sentido de reconhecer, mediante a somatória de critérios previamente definidos, a força normativa do princípio da insignificância[360], embora não se trate de norma positivada em nosso ordenamento jurídico[361]. De acordo com o STF, o princípio da insignificância, que deita raízes no brocardo romano *de minimis non curat praetor* e é aplicado aos assim chamados crimes de bagatela[362], atua sobre a tipicidade, excluindo-a quando o evento não traduzir lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, com relevância e transcendência para a vida social[363].

Nessa toada, Eugenio Zaffaroni e Henrique Pierangelli[364] defendem a tipicidade conglobante como corretivo da tipicidade legal, o que implica entender a tipicidade penal como

---

360 Ver, por todos, os seguintes precedentes: HC 96.822/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJe 7.8.2009; HC 92.988/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, DJe 26.6.2009. Apesar disso, muitos tribunais pátrios vêm dificultando a aplicação do princípio, ao impor exigências as vezes intransponíveis: valor da *res*, que deve ser desprezível; desvalor da conduta e do resultado; repercussão do fato na pessoa da vítima; condições pessoais do agente, que não pode ser reincidente ou possuidor de maus antecedentes; etc. (cf. HC 481692/SP, STJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 12/04/2019.). Para o STF, são os seguintes os requisitos exigidos para perfectibilização da insignificância: *(a)* mínima ofensividade da conduta do agente, *(b)* nenhuma periculosidade social da ação, *(c)* grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e *(d)* inexpressividade da lesão jurídica provocada; afastada a aplicação quando comprovada a contumácia na prática delitiva (cf. precedente: HC 158828 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22/10/2018).

361 A proposta de instituição do Novo CP (PLS 236/2012) positiva o princípio da insignificância como excludente do fato criminoso, *verbis*: *"Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada"* (art. 28, § 1º, do texto inicial). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1554758127929&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2019. Critica-se, porém, enfaticamente a colocação do princípio da insignificância como causa de justificação ao lado da legítima defesa e do estado de necessidade, pois "ninguém atua justificadamente – no sentido técnico da expressão – ao subtrair de outrem um centavo que seja". Cf. GRECO, Luís et alii. *Parte geral...*, op. cit., p. 121.

362 A doutrina costuma distinguir a bagatela em *própria* e *imprópria*. A primeira modalidade, conforme pontuado nas notas anteriores, retira o caráter criminoso do fato praticado, por atipicidade material da conduta, exigindo-se, para que seja reconhecida, o preenchimento dos requisitos consolidados pela jurisprudência do STF e, em certa medida, também do STJ (cf. Resp. nº 1084540/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 29/05/2009). A bagatela *imprópria*, por sua vez, consiste na constatação da desnecessidade da pena a partir de considerações acerca da culpabilidade e da vida pregressa do agente, bem como da verificação da presença de requisitos permissivos *post-factum*, a exemplo da restituição da *res* à vítima, do ressarcimento de eventuais prejuízos a esta ocasionados e, ainda, do reconhecimento da culpa e da colaboração do autor com a Justiça (cf. nesse sentido o seguinte precedente: TJ/RS, Oitava Câmara Criminal, Apelação Crime Nº 70076016484, Rel. Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 31/01/2018). Inobstante, a jurisprudência do STJ reiteradamente afasta a bagatela *imprópria*, assentando que, se o fato é formal e materialmente típico (ou seja, não permite a aplicação da bagatela *própria*), haverá o crime, notadamente em se tratando de infrações relacionadas à violência doméstica – Lei Maria da Penha –, independentemente da reconciliação do casal, diante da relevância da conduta perpetrada (cf. a respeito: STJ, AgRg no REsp nº 1602827/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 09/11/2016).

363 Postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas na hipótese de não se constatar a tipicidade material. Nessa linha, cf. decisão monocrática do min. Gilmar Mendes no HC 144551/RS, DJe 27/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314231875&ext=.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

364 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual...*, op. cit., p. 472-473.

parte de um universo ordenado de normas, caracterizado por proibições de relevância penal. Destarte, a consideração conglobante da norma pode revelar que uma conduta abarcada pelo tipo legal em realidade não está proibida, pois, afirmam os referidos autores, "a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal"[365]. Com essas considerações, vê-se que são diversos os juízos de verificação da tipicidade/atipicidade da conduta e de exclusão da tipicidade por ausência de tipicidade material[366].

Espera-se que a jurisprudência pátria, seguindo a linha de descriminalização demarcada pela teoria da insignificância, avance no sentido de também reconhecer aplicabilidade aos postulados vitimodogmáticos, evitando-se, *de lege lata* (por uma interpretação teleológico-restritiva das normas penais incriminadoras), punições indevidas; e, *de lege ferenda*, influenciando – como visto e defendido – os avanços legislativos possíveis na Parte Geral. Em suma, o aprimoramento da ciência penal a partir desse espinhoso percurso, que requer denodo e vigília, é uma real pretensão desta pesquisa.

3.5 SÍNTESE DO TERCEIRO CAPÍTULO

Há três linhas de pensamento vitimodogmático, guiadas pela ação da vítima para a concretização do fato *ab initio* criminoso: *i)* a participação da vítima para a ocorrência do delito opera exclusivamente como causa de diminuição da pena do agente, permanecendo o crime intacto (corrente *majoritária*); *ii)* a contribuição da vítima exclui a tipicidade, isentando o autor de qualquer responsabilidade penal (corrente *minoritária*); *iii)* cuida dos chamados delitos de *relação* e de *intervenção*, em que os primeiros se caracterizam pela existência de uma organização-conjunta entre autor e vítima. Diante disso, convém romper com a visão maniqueísta de que a vítima é *sempre inocente* e o autor é *sempre culpado*, evitando-se excessiva ou indevida penalização.

A base do pensamento segundo o qual o comportamento da vítima fundamenta a cabal isenção da responsabilidade penal do agente, ao excluir, por impossibilidade de imputação ao tipo objetivo, a tipicidade, está no princípio *vitimológico*, desenvolvido por Bernd Schünemann, ao qual se acoplou, além das considerações de política criminal de Claus Roxin,

---

365 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual...*, op. cit., p. 472.

366 Ver, a propósito, Rodrigo Iennaco: "Afirmada a *tipicidade formal*, o fato é *típico*, mas a tipicidade poderá ser ainda excluída, valorativamente, antes mesmo do juízo de ilicitude da conduta. Atipicidade é ausência de tipicidade. Na exclusão da tipicidade, a tipicidade (legal) está presente – ou melhor, esteve, mas foi excluída, dada sua apreciação material. Não se confundem, então, apesar de se aproximarem e de se complementarem, as noções de *atipicidade* e de *exclusão da* tipicidade". Cf. IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato:* um desenho hermenêutico da ofensividade. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 72.

o princípio constitucional de autorresponsabilidade.

Nas muitas situações em que a vitimodogmática pode ser chamada a resolver, torna-se imperioso averiguar a inter-relação autor-vítima, para só então se definir se o direito penal efetivamente interferirá. No contexto do sistema funcionalista, o direito penal assume a missão constitucional de proteção de bens jurídicos, operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral) ou sobre o autor do delito (prevenção especial).

A imputação objetiva surge com o escopo de dissipar os problemas não solucionados pelo causalismo e finalismo, encampando uma nova e fecunda metodologia de análise e delimitação do alcance do tipo objetivo, lastreada em critérios político-criminais. Para essa teoria, a relação de causalidade puramente material já não satisfaz a um direito penal que se pretenda democrático, exigindo uma relação normativo-valorativa (jurídica) para conformação do tipo objetivo.

De acordo com Roxin, antes de se imputar o resultado lesivo a alguém, deve-se considerar o critério da auto-responsabilidade do lesionado como fator delimitador do alcance do tipo. Jakobs, de sua vez, examina a competência da vítima, que deve exercer rigorosamente o papel social que lhe foi reservado. As aproximações vitimodogmáticas sobre o princípio da intervenção mínima vedam interferências penais desproporcionais, o que faz amparada na interpretação restritiva dos tipos penais diante da efetiva participação no fato do sujeito lesionado.

4 RELEVÂNCIA DA VITIMODOGMÁTICA PARA A TEORIA DO DELITO ANTE A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O ponto nevrálgico desta pesquisa, que desafia acerbas oposições, diz com a defesa da relevância dos axiomas vitimodogmáticos para a evolução epistemológica da teoria do delito. Para tanto, busca-se – a partir de fundamentos dogmáticos – enfocar as condições jurídico-penais que retirem a mácula criminosa do fato nas situações em que haja um decisivo comportamento (ativo ou omissivo) da vítima para a ocorrência de lesão ao seu bem jurídico, assim demonstrando o equívoco daqueles que increpam essa postura com o argumento de que produziria, em verdade, *"inversão pura e simples de âmbitos de responsabilidade criminal em detrimento do sujeito vitimizado"*. Numa primeira palavra, é possível afirmar que a vitimodogmática, no desempenho da sua função, em alguma medida protege os cidadãos da onipotência estatal quando a vítima, com liberdade, se comporta de modo a provocar, ou inclusive não prevenir, quando lhe era possível e exigível legitimamente fazê-lo em dada circunstância[367], o acontecimento a ela danoso, uma vez que essa atitude poderá inviabilizar a imputação ao tipo objetivo, livrando, como consequência, o terceiro interveniente da responsabilidade penal a que estaria sujeito.

Considerada essa premissa, tomamos a postura de iniciar a caminhada argumentativa a partir de uma análise mais genérica das perspectivas positivista e naturalista do direito. A escolha se deu em face de que há um certo vácuo legislativo a respeito da vitimodogmática, mormente na parte geral do Código Penal brasileiro, onde não se encontram dispositivos expressos que corroborem as diretrizes esposadas. Com efeito, isso não significa que a vitimodogmática dispense o fundamento do direito positivo ou mesmo que esse fundamento seja inalcançado com o que já temos na nossa legislação. Em face desse cenário, não há razões para negar o alinhamento das construções vitimodogmáticas às inspirações do direito natural, que exalta valores como os da justiça, da autonomia e da liberdade, todos ressoados no texto constitucional, o que não implica, é bom salientar, filiação cega a qualquer corrente metafísica destituída de aderência ao mundo vivido. Deve-se, sobremais, a resolução adotada, à aproximação da vitimodogmática aos princípios de política-criminal (p. ex.:

[367] Devemos advertir que por óbvio não é todo e qualquer ato da vítima que se enquadrará indistintamente em tal hipótese. Além de um comportamento específico, realizado em uma situação específica, exige-se da vítima o necessário discernimento acerca do seu proceder arriscado, tudo a ser clarividenciado em outras partes deste capítulo.

intervenção mínima), aos quais o sistema jurídico-penal não deve ser infenso, conforme acertadamente sustentado por Claus Roxin desde a publicação do seu *Política criminal e sistema de direito penal*, em 1970. Nesse sentido, almeja-se tornar fértil o terreno para a posterior análise das implicações da vitimodogmática sobre os elementos constitutivos do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, nos termos do conceito analítico adotado pela doutrina majoritária[368].

Em seguida, traz-se ao debate as categorias que dão plenitude à vitimodogmática, de modo que se afiguram indispensáveis ao estudo detalhado do fenômeno. Esses instrumentos, uma vez reconhecidos e aplicados, conduzirão, *tout court*, à exclusão da tipicidade de um determinado resultado lesivo, que do contrário certamente seria apontado como delituoso. São as seguintes as categorias apresentadas: *1)* o princípio vitimológico, elaborado por Bernd Schünemann; *2)* o princípio de autorresponsabilidade, ao qual se refere a violação do dever de autoproteção; *3)* a imputação da ação ao âmbito de responsabilidade da vítima (*nexo imputativo reverso*), que pelas razões subjacentes à ideia de ação a próprio risco (*auf eigene Gefahr*) exclui a imputação do resultado ao âmbito do autor; *4)* a participação em uma autocolocação em risco; *5)* a heterocolocação em risco consentida; e *6)* o consentimento do ofendido[369]. Conclui-se, parcialmente, que nas ações a próprio risco é possível isentar o terceiro/autor da imputação penal, responsabilizando-se unicamente a vítima, o que não se confunde com o argumento segundo o qual, para cumprir os requisitos da autoproteção, a vítima, desde que plenamente capaz, estaria, por uma inexpugnável exigência, sempre obrigada a mover-se para evitar a realização do risco criado por outrem, mesmo sem a sua participação direta ou indireta[370].

Dito isso, explicitaremos em tópico específico as razões pelas quais a autocolocação em perigo da vítima tem o condão de coarctar a extensão do dever especial do garantidor. Neste capítulo, ainda, esquadrinharemos os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial acerca da temática do comportamento da vítima para o fato, investigando, mais uma vez, as possibilidades concretas de exclusão da tipicidade. Veremos, nesse tocante, que os postulados vitimodogmáticos pouco têm avançado no interior do organograma jurídico brasileiro,

---

[368] Por todos, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito:* uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 61-63.

[369] É bom registrar que não se encontram na literatura jurídico-penal em geral elaborações no sentido da sistematização de tais categorias ao redor do tema central, vale dizer, da vitimodogmática, como se pretende realizar neste trabalho. O que se percebe é que as raras abordagens dessas categorias se fazem *en passant* e de forma desconexa, como se não tivessem qualquer importância, dando a entender que estão divorciadas ou não se comunicam com o conceito vitimodogmático.

[370] Haveria um hipotético dever de autossalvação? Para Eduardo Viana, não merece êxito o argumento segundo o qual uma vítima concreta em uma situação concreta, desde que tenha aptidão para afastar o perigo, deve ativar contrafatores de realização do perigo criado ou incrementado por um terceiro. Cf. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 146.

sobretudo em sede legislativa, onde pulsa a necessidade de aprimoramento, com mudança de paradigma frente ao modelo em curso, que fecha as suas portas para uma nova forma de averiguação da responsabilidade criminal, cuja missão é a de em alguma medida revolucionar a lógica de imputação ainda reinante. No penúltimo tópico serão ressaltadas as principais críticas dirigidas às soluções que a máxima vitimodogmática vem logrando oferecer à teoria do delito. Em geral, as objeções seguem a linha do entendimento alinhavado pelo professor Thomas Hillenkamp[371], que não adere à ideia de limitar a imputação de fatos típicos ao autor em vista da consideração de certos comportamentos da vítima.

Sabe-se que o grande desafio da dogmática jurídica em países que se pretendem democráticos é o de juntar forças que ergam o edifício da justiça, no qual se promoverá o ambiente necessário à pacificação das relações sociais. Se assim o é, resta ao ramo de direito repressor precatar-se a um só tempo de meios eficientes e humanos que justifiquem perante a sociedade a real teleologia da pena, que consiste basicamente na prevenção (geral e especial) para garantir a proteção de bens jurídicos (entendimento dominante), em suma assegurar a estabilização das expectativas que o cidadão nutre sobre a operatividade desse mesmo sistema. Deve-se, portanto, rechaçar com veemência, não apenas no plano dogmático, movimentos de cunho exclusivamente *retributivista*, mormente os que se revelam atados às expressões de vingança, que não raro vicejam em espaços públicos e privados, corrompendo o ideário democrático.

O mérito que invariavelmente se reconhece à concepção teórica de Roxin e que inspira grande parte desta pesquisa é o de ter o teórico alemão conseguido remodelar todo o sistema penal segundo parâmetros valorativos, sem que isso tenha provocado insegurança jurídica, exercício arbitrário do poder ou qualquer tipo de violação às garantias fundamentais do Estado de Direito, mesmo diante da porosidade dos conceitos de política criminal ventilados. Segundo opina o próprio Roxin, o direito penal é a forma em que as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica, de sorte que se "se estructura la teoría del delito en este sentido teológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas"[372]. Nas linhas vindouras, defenderemos que a configuração normativa do modelo vitimodogmático, qual se pretende, o traduz como mais um imprescindível elemento de política-criminal a ser explicitado

---

[371] HILLENKAMP, Thomas. Viktimologische Grundfragen am Beispiel eines Vergewaltigungsfalles. In: H. Jung (Hrsg.). *Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug.* 2. Aufl. 1988, S. 85, *passim*.

[372] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 101.

no bojo da dogmática da teoria do delito, não importa se *de lega lata* ou *ferenda*.

4.2 LIBERDADE E AUTONOMIA DA VÍTIMA DIANTE DAS PERSPECTIVAS JUSPOSITIVISTA E JUSNATURALISTA

Durante anos a fio predominou estéril no seio da teoria geral do direito a dicotomia direito positivo *x* direito natural, que tentava demonstrar tratarem-se de realidades visceralmente contrapostas, portanto de coexistência impossível[373], ao contrário do que do outro lado pregavam os cientistas do direito natural, ao acreditarem na estreita conexão entre tais esferas, sendo o direito natural representativo da justiça. Nesse cenário, destacou-se o positivismo formalista de Hans Kelsen, que contrastava a necessidade de correspondência como forma de justificação do direito positivo, chamado pejorativamente de imperfeito pelos seus mais ácidos críticos, tendo afirmado, nesse diapasão, que "caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, consequentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes"[374].

De acordo com Kelsen, entendia-se que as regras do direito natural seriam justas, certas e boas por emanarem de Deus, da natureza e da razão (valores absolutos), o que as tornariam de fácil apreensão pelos sentidos do homem (auto evidência imediata), diferentemente do direito positivo, que, construído por ato empírico da vontade humana, resultava artificialmente dotado de validade e coerção[375], ordenadas em estatutos jurídicos (normas escritas, positivadas), sob os auspícios do Estado. Em Kelsen, pois, a ideia de autoridade estatal (coerção), somada à de ciência purificada de elementos morais e anímicos, justificaria a proeminência do direito positivo frente ao direito natural, o que fica claro na passagem inaugural da sua *Teoria pura do direito* (*Reine Rechtslehre*), escrita em 1934:

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa,

---

[373] São palavras de Hans Kelsen: "O discernimento de que existe uma necessidade lógica sobre a validade exclusiva de um sistema de normas leva a uma consequência que é da maior significação para a teoria do Direito natural. Caso se admita a validade de uma ordem jurídica natural, não se pode, ao tempo, admitir a existência de uma ordem jurídica positiva simultaneamente válida com a mesma esfera de validade. Do ponto de vista de um positivismo coerente, que considera a ordem jurídica positiva como suprema, não derivada, e, portanto, não justificável por meio de referência a um sistema superior de normas, a validade do Direito natural não pode ser admitida. De modo semelhante, do ponto de vista do Direito natural, na medida em que ele se conforme à sua ideia pura, não há espaço para a validade de um Direito positivo. A Coexistência de um Direito natural e de um Direito positivo como dois sistemas diferentes de normas está logicamente excluída; porque uma contradição entre os dois é possível". Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* Tradução de Luís C. Borges. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 586-587.

[374] KELSEN, Hans. *Teoria geral...*, op. cit., p. 17-19.

[375] KELSEN, Hans. *Teoria geral...*, op. cit., p. 558-561.

> rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental[376].

Ocorre, todavia, que ao idealizar a norma fundamental (*Grundnorm*) como ponto de partida do processo de elaboração do direito positivo[377], ou seja, como a norma que, pressuposta, faz nascer a coatividade estatal por meio das demais normas que dela haurem o sopro de existência e validade, Kelsen, sem dúvida um dos maiores críticos do direito natural, na verdade talvez tenha incorrido em irremediável *contradição performativa*, pois consciente ou inconscientemente termina por reconhecer que o ordenamento jurídico-positivo dependerá, em última instância, dos pressupostos que apenas o direito natural (categoria metafísica) pode ofertar[378], embora rejeite essa pecha, sob o pálio de que não cabem em seu sistema lógico-dedutivo de direito elementos de justiça material.

Norberto Bobbio apresenta seis critérios de distinção entre o direito natural e o direito positivo, quais sejam: *1)* antítese universalidade/particularidade, sendo o direito natural válido em toda parte e o positivo apenas em alguns lugares; *2)* antítese imutabilidade/mutabilidade, em que o direito natural é imutável no tempo, ao passo que o positivo muda; *3)* refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura vs. potestas populus*; *4)* diz respeito ao modo pelo qual o direito é conhecido e lastreia-se na antítese *ratio vs. voluntas*, segundo a qual o direito natural é o que se conhece por intermédio da razão e o direito positivo é aquele conhecido através de uma declaração de vontade alheia; *5)* concerne aos comportamentos regulados, argumentando-se que os do direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes; *6)* refere-se ao critério de valoração das ações, de modo que o direito natural estabelece aquilo que é bom e o direito positivo apenas o que é útil[379].

Tendo por base a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Marcelo Neves aponta que o desenvolvimento para a positivação do direito distingue-se em três estádios principais de

---

376 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1.

377 KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, op. cit., p. 221-224.

378 Segundo Miguel Reale, Kelsen chega a admitir que a teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina do direito natural na direção da lógica transcendental de Kant, e assim o fez na medida em que ele "relacionara o *minimum* de metafísica possível (o conceito de condição transcendental *a priori* de possibilidade da experiência) com o *minimum* do *Direito Natural*, sem o qual nenhum conhecimento do Direito seria possível". Cf. REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2. Não sem razão, Arnaldo Vasconcelos afirmou: "A posição de Kelsen relativamente ao jusnaturalismo é singular: o Direito natural constitui a ausência mais presente em sua construção jurídica". Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito:* repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 233.

379 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Publiesi et al. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23.

evolução social: as sociedades arcaicas, as civilizações pré-modernas e a sociedade moderna[380]. Com efeito, cada um desses momentos representa uma maneira diversa pela qual a sociedade encara os seus problemas e busca resolvê-los dentro de padrões normativos (ou jurídicos), ora guiada pela ideia de valores eternos e imutáveis (direito natural), ora pela noção de direito positivo, cristalizado em documentos seguros, mas passíveis de modificação ao longo do tempo.

Como visto no primeiro capítulo, e sublinhado por Marcelo Neves[381], o direito das sociedades arcaicas é afirmado mediante a autodefesa da vítima ou de seu clã[382]; ao passo que o direito das civilizações pré-modernas envolve a institucionalização do procedimento de aplicação jurídica, o que pressupõe a existência de uma sociedade hierarquizada, com a dominação política no topo da pirâmide. Já na transição desta para a sociedade moderna, "a concepção de direito natural desempenha um importante papel evolutivo no sentido da positivação do direito"[383], isto é, tem-se o momento em que o direito positivo é válido unicamente se estiver em conformidade com os princípios do direito natural, inalterável. A alterabilidade do direito só se torna possível ante a conclusão do processo de positivação, alcançada com o advento e estabilização da sociedade moderna[384].

Tudo indica, porém, que nas sociedades pós-modernas – estágio atual –, caracterizadas pelas marcantes presenças do risco e, mais recentemente, pode-se seguramente afirmar, da informação[385], o retorno ao direito natural como sistema representativo do plexo de direitos que correspondem à condição humana mesma do viver, do pensar e do existir, se faz de todo necessário, o que não significa, contudo, afastar das relações sociais o sistema normativo de direito positivo ou, noutro vértice, dobrá-lo aqui ou acolá à casuísmos representativos de interesses individuais meramente egoísticos, que em nada contribuem para o aprimoramento da ciência do direito no rumo da imarcescível justiça[386].

---

[380] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. do original alemão por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018, p. 27.

[381] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito...*, op. cit., p. 29.

[382] Em *Leviatã*, Thomas Hobbes assinalou: "O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim". Cf. HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Trad. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

[383] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito...*, op. cit., p. 30.

[384] NEVES, Marcelo. *Constituição e direito...*, op. cit., p. 30.

[385] Intensificada com a explosão das *mídias ou redes sociais* (*v.g.*: *Facebook*, *Youtube*, *Instagram* e *WhatsAp*).

[386] O próprio Luhmann há algum tempo assim ponderou: "Una dogmática jurídica orientada funcionalmente precisa, por tanto, de su específica comprensión de las normas, de una especial interpretación de sus vínculos. Se refiere a normas entendidas como derecho positivo vigente, a la facticidad histórica de un ordenamiento auto-sustitutivo. Vinculación no es para ella inmutabilidad, sino mutabilidad según condiciones dadas. En esto

Nessa toada, traz-se à colação a teorização jurídico-positiva de Ferrajoli, que distingue três acepções de garantismo penal[387]: *i)* modelo normativo de direito, mais precisamente de estrita legalidade, próprio do Estado de direito; *ii)* teoria jurídica da validez e da efetividade como categorias distintas não só entre si, senão também no que concerne à existência ou vigência das normas; *iii)* filosofia política que impõe ao direito e ao estado a carga da justificação externa, ou seja, pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral. Na segunda das acepções apresentadas, o sistema de Ferrajoli induz o incremento de um juspositivismo crítico da legalidade, que, aproximando normatividade e realidade, assume no discurso jurídico a totalidade do direito positivo vigente, de modo a contrapor-se ao positivismo jurídico tradicional, como visto caracterizado por sua atitude acrítica e mansamente contemplativa das leis[388].

O grande problema da celeuma entre direito positivo e direito natural enquanto sistemas normativos reciprocamente derrogatórios[389], sem embargo do reconhecimento da segurança jurídica proporcionada pelo positivismo jurídico e seu consectário princípio da legalidade em matéria penal, está no ato de aplicação do direito posto, pois não raro as próprias leis escritas exigem que determinados princípios morais (não positivados, portanto de cunho jusnaturalista) sejam levados em conta pelo aplicador[390] ou, como disse Herbert Hart, positivista declarado, nenhum positivista pode "recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral"[391]. Ronald Dworkin, após defender uma teoria do direito cifrada em conceitos do direito natural, no sentido de que

---

tiene en la sociedad de hoy su propia adecuación, que la capacita para proponer conceptos jurídicos adecuados a la sociedad". Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica.* Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 106.

387 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón:* Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997, p. 851-854.

388 Defendendo a aproximação entre o *ser* e o *dever-ser*, registra o autor italiano: "Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo". Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón…*, op. cit., p. 852-853.

389 Segundo Bobbio, "por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito", utilizando-se a fórmula sincrética de que "o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo". Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, op. cit., p. 26.

390 É o caso da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB; Dec.-Lei nº 4.657/42), que em seu art. 4º diz: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*" (destacado).

391 Hart também disse que: "às vezes a afirmação de que há uma ligação necessária entre o direito e a moral equivale à simples afirmação de que um *bom* sistema jurídico precisa adaptar-se em certos pontos, como os já mencionados no último parágrafo, às exigências da justiça e da moral". Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito.* Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p, 263-265.

não expresso em legislação, convenção ou contrato[392], acrescenta, em outro escrito, que "há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal", a despeito do risco "permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública"[393].

Momentos há, portanto, e não são poucos, sobreposse em se tratando de direito penal, em que a solução do caso não advirá de leis escritas, mas de princípios por vezes não expressamente positivados, sem os quais a justa resposta – que comumente não discrepará do direito positivo, eis que deve-se preservar, sempre que possível, a harmonia do sistema – será uma quimera. O princípio da insignificância, analisado no capítulo anterior, que trouxe a necessidade de verificação da tipicidade material do resultado lesivo, é claro exemplo disso. De igual sorte, uma análise da Constituição Federal brasileira de 1988, assim como de toda legislação infraconstitucional, permite concluir que não há registro inequívoco de categorias da vitimodogmática como normas excludentes da tipicidade[394]. Destarte, tendo em conta que as saídas fornecidas pelo ideário vitimodogmático via de regra não estão entabuladas no nosso ordenamento jurídico-positivo, há que se fundamentar a força normativa dos seus instrumentos, aplicando-os *de lege lata*, na compatibilização entre a autonomia da vítima, que se vincula ao protótipo de justiça vislumbrado pelas correntes jusnaturalistas, e o texto magno, calcado em princípios interpretativos de textura aberta (*e.g.*: dignidade da pessoa humana e liberdade de ação), que viabilizam a resolução do caso concreto no sentido da exclusão da imputação ao terceiro nas ações a próprio risco do sujeito lesionado, fugindo-se, deste modo, do método puramente silogístico inerente ao positivismo jurídico clássico[395]. Aqui, valem as considerações de Juarez Tavares[396]:

> O injusto assenta seu fundamento na decisão racional, suprapositiva, e não se identifica, por isso, com a infração à norma, resultante da experiência. Essa decisão

---

[392] Na mesma linha, o autor refuta os que "pensam que direitos naturais são atributos espectrais que o homem primitivo usava como amuletos, e que introduziram na civilização para afastar a tirania". Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p. 273.

[393] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3-4.

[394] Vale dizer, a legislação penal não trata, por exemplo, do instituto da participação em uma autocolocação em risco, que conforme veremos é uma construção doutrinária parcialmente aceita pela jurisprudência de alguns países para o fim de excluir a imputação ao partícipe em vista de um comportamento arriscado da vítima.

[395] Nesse giro, os institutos vitimodogmáticos funcionariam através da aplicação do método interpretativo *tópico*, segundo o qual a decisão deve brotar sempre do caso em si. Usa-se, portanto, a lei e a compreensão das circunstâncias inerentes ao caso concreto. O caso, conforme Cláudio Brandão, dá o limite negativo, sendo utilizado como "um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito da liberdade". Cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19. Miguel Reale Jr. pondera que "a construção típica é fruto de uma valoração da situação concreta, sem distanciamento do real, com o real e sobre o real". Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 268.

[396] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.

> racional suprapositiva se expressa na relação metafísica que a própria norma apresenta em face dos princípios que regem o entendimento, e dos imperativos categóricos.

Assumindo-se que os princípios são, conforme lições de Robert Alexy, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes[397], a vinculação entre a ideia de justiça – fim colimado pelo direito – e a experiência jurídica promanada do caso concreto reforça com esses mesmos valores o cabedal do direito positivo, numa feliz simbiose entre as esferas de normatividade jurídica (direito positivo e direito natural). Como dito por Miguel Reale, "enquanto ideia, o Direito Natural se põe em função das condições histórico-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível e legítima, assegurando a continuidade dessa mesma experiência"[398].

Em sua *Metafísica dos costumes*, Kant[399] já advertia acerca da importância do bem *liberdade*, cujo sentido também designa autonomia individual, guindando esse inalienável valor ao pedestal de único direito original, inato (natural), pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes[400]. Nos termos do liberalismo político de John Rawls[401], os cidadãos se concebem como pessoas livres, isto é, racionalmente autônomas, em três aspectos: *primeiro*, como pessoas que têm a faculdade moral de formular, rever e se empenhar racionalmente na realização de uma concepção do bem; *segundo*, como pessoas que são fontes autoautenticativas de demandas válidas; e, *terceiro*, como pessoas que são capazes de assumir a responsabilidade por seus fins. Ser livre, para Rawls, nesses três aspectos, possibilita aos cidadãos ter autonomia, tanto racional quanto plena[402].

Junto a isso, deve-se ter em mente que o direito constitucional, com todos os seus pressupostos antiarbítrio, é a razão fundante e legitimadora do direito penal. Ainda, não restam dúvidas que o móvel comportamental da vítima deve influenciar as bases estruturantes da dogmática penal. Por sem dúvida, a esses imorredouros conteúdos jusfilosóficos e métodos interpretativos da ciência do Direito, que refletem diretamente no seu ramo incriminador, se apega a vitimodogmática na sua faina em busca do justo equilíbrio entre o poder de sancionar

---

397 Nesse sentido, Alexy afirma que os princípios são "*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas". Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

398 REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo...*, op. cit., p. 9.

399 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Trad. de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 83.

400 Ainda segundo Kant, o direito é "a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade". Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica...*, op. cit., p. 76.

401 RAWLS, John. *O liberalismo político.* Trad. de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 86.

402 RAWLS, John. *O liberalismo*..., op. cit., p. 86.

e a garantia da liberdade de decisão e escolha, visando, de uma maneira geral, distribuir adequadamente a imputação (responsabilização criminal) entre os intervenientes no fato (delitivo?) – o que inclui a figura da *vítima* – frente às situações em que é chamada a dar cobro.

4.3 BREVE PANORAMA DAS IMPLICAÇÕES DA VITIMODOGMÁTICA NOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO

Costuma-se definir o crime[403], comumente, em vista dos aspectos *formal* – toda ação ou omissão proibida por lei sob a ameaça de pena (relação de contrariedade entre o fato e o direito penal positivo) – e *material* (desvalor social da ação, por contrariar os interesses do corpo social em determinado momento histórico)[404]. Em outras palavras, o fato punível pode ser visualizado tanto como violação da norma legal quanto como lesão do bem jurídico protegido no tipo penal[405]. Mas além desses conceitos clássicos, vislumbra-se a definição de crime de acordo com a evolução da teoria do delito[406], podendo-se distinguir, *ab initio*, três fases de desenvolvimento, caracterizadas por uma certa integração, assim identificadas: *a)* conceito clássico do delito; *b)* conceito neoclássico de delito; e *c)* conceito finalista de delito[407].

Elaborado por Liszt e Beling, o conceito clássico sustentava que o delito era representado por um movimento corporal capaz de produzir uma modificação no mundo exterior. Nesse sentido, concebia a *ação* sob um prisma puramente naturalístico[408], estruturada

---

403 Tratado no Título II do Código Penal brasileiro, o crime não é conceituado pelo Código, que inicia, no art. 13, pela relação de causalidade, finalizando, no art. 25, com a legítima defesa. O conceito legal, que não identifica, todavia, os elementos componentes do delito é encontrado no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei nº 3.914/41), *verbis*: "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (...)". Cf. observações a esse respeito em: BRANDÃO, Cláudio. *Curso...*, op. cit., p. 128.

404 Nesse sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155-157; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 61; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 147-148; BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal.* Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 209-214. Vem de Francesco Carrara a ideia geral do delito como a violação (abandono) da lei, ou seja, a relação de contraditoriedade entre o ato do homem e a lei. Cf. CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal,* parte general. Tomo I. Trad. por Octavio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco. San José, C.R.: Editorial Jurídica continental, 2000, p. 35-42.

405 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 70.

406 Remetemos o leitor à seção *3.3.1* do capítulo anterior, onde encontrará uma análise mais detalhada dos sistemas naturalista, neokantiano, finalista e funcionalista do delito.

407 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 51-52.

408 A propósito do conceito de ação, dizia Beling: "Debe entenderse por "acción" un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad") (...); ello es, um "comportamiento corporal voluntario", consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un "no hacer" (omisión), ello es, distensión de los músculos". Cf. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal.* La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria "El Foro", 2002, p. 42.

com um tipo objetivo-descritivo, que junto com a tipicidade representava o seu caráter externo; a *antijuridicidade* era puramente objetivo-normativa; e a *culpabilidade* tinha uma feição subjetivo-descritiva (vínculo subjetivo entre o autor e o fato)[409]. O conceito neoclássico, por sua vez, fundamentado na filosofia *neokantiana*, deu especial atenção ao aspecto normativo e axiológico, modificando-se a concepção puramente naturalista da *ação*. À tipicidade adicionou elementos normativos, bem como o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos do tipo, passando a antijuridicidade a ser concebida sob um aspecto material, pela exigência de danosidade social para sua configuração; a culpabilidade, por fim, ganhou o sentido de reprovabilidade, pois seria a formação de vontade contrária ao dever[410]. O conceito finalista, elaborado por Welzel[411], transformou o injusto naturalístico em injusto pessoal, retirando da culpabilidade – ao seu ver um elemento constitutivo do crime – todos os elementos subjetivos. Dolo e culpa, portanto, foram deslocados para o injusto, restando à culpabilidade somente as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao direito, isto é, criou uma culpabilidade puramente normativa[412]. Chega-se, posteriormente, às construções do sistema funcionalista, que embora tenha mantido, em muitos aspectos, as linhas mestras do finalismo, modificou a noção de bem jurídico[413] e, na mesma esteira, acrescentou ao sistema jurídico-penal valores de política criminal, abrindo alas ao surgimento da vitimodogmática.

A evolução da teoria do delito brevemente apresentada nessas linhas iniciais conduz ao conceito *analítico* de crime, predominante na dogmática penal contemporânea, que o define como toda ação ou omissão (vale dizer, conduta) típica, antijurídica e culpável. Consoante se percebe, esse conceito identifica os elementos constitutivos da dogmática do delito, que são tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade[414], os quais funcionam como critérios limitativos da

---

409 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 54-56. Discorrendo sobre o conceito clássico de delito – e as suas deficiências –, Jescheck e Weigend lembram que "el *concepto de culpabilidad* de la estructura clásica del delito reunía a todos los procesos espirituales y Morales que ocurríon en el interior del autor en la comisión del hecho". Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich et al. *Tratado de derecho penal:* parte general. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2003, p. 218.

410 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 56-59.

411 Sobre as críticas dirigidas à doutrina causal, notadamente no que concerne à função absolutamente constitutiva da vontade como fator de direção da ação, assim como as objeções da ação causal à doutrina da ação finalista, cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. de José Cerezo Mir. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964, p. 32-36.

412 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 59-60.

413 Identificado com a validade fática das normas (Jakobs) ou como limite ao poder de punir do Estado (Roxin). Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto...*, op. cit., p. 196-197.

414 A punibilidade, que não se confunde com quaisquer desses três elementos, é a possibilidade jurídica de o Estado impor sanção ao responsável pela infração penal, extinguindo-se, a teor do art. 107 do CP, pela: morte do agente; anistia, graça ou induto; *abolitio criminis*; prescrição, decadência ou perempção; renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada; perdão do ofendido; retratação do agente; e perdão judicial. Mir Puig entende que a punibilidade faz referência a dois grupos de elementos de distinta natureza: *1)* por um lado, às condições objetivas de punibilidade de que depende a relevância jurídico-penal do fato com caráter objetivo; *2)* por outro, àquelas circunstâncias que impedem punir determinada pessoa, mas que não

intervenção penal. Logo a seguir, serão analisados na medida cabível os influxos da vitimodogmática em torno de cada um deles, seja para excluir o crime seja para atenuar a responsabilidade penal do agente. Advirta-se que a breve menção às causas de exclusão não relacionadas ao entendimento vitimodogmático ocorrerá com o escopo de que não se perca a integridade de cada tema trabalhado.

4.3.1 Tipicidade e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima

Segundo nos informa o princípio da legalidade[415] (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), vergastado nos arts. 1º, do Código Penal, e 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário que a conduta esteja prevista em lei para que seja considerada criminosa e, consequentemente, apenada. Essa previsão em lei ou modelo de conduta incriminada (descrição)[416] chama-se de tipo penal (ex.: art. 155 do CP, que preconiza o crime de furto), que em muitas ocasiões reclama, para além da mera descrição objetiva, a valoração[417]. O tipo, portanto, a um só tempo descreve e proíbe a conduta. A tipicidade, por seu turno, é a perfeita adequação da conduta humana à disposição legal, ou seja, a correspondência entre o fato concreto e a conduta que a lei, abstratamente, define como crime (norma de direito). Nesse sentido, a tipicidade – *Tatbestand*, na origem alemã – é um juízo feito sobre a ação do homem, o ato fenomenologicamente praticado.

Considerado o grande formulador do conceito de tipicidade[418], com trabalhos a tal respeito publicados no já distante ano de 1906, Ernst von Beling a definiu como "la correspondencia entre un hecho y el esquema legal que rige la figura de un delito concreto"[419],

---

excluem a objetiva relevância penal do fato, assim como a punibilidade de outros indivíduos que dele participam. Em conclusão, aduz que a punibilidade afeta todas as categorias do delito, que é antes de tudo um fato punível. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal:* fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana G. e José Carlos Nobre. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-123.

415 Para uma análise aprofundada dessa norma, relacionada mais de perto ao conceito vitimodogmático, cf. Capítulo 5.

416 BRANDÃO, Cláudio. *Curso...*, op. cit., p. 159.

417 Essa atribuição de sentido valorativo, segundo Frederico Horta, reserva-se para os elementos em branco das leis penais e os elementos de valoração global do fato, os quais integram o gênero dos elementos normativos da lei penal. Cf. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo:* da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 107-115.

418 Segundo Cláudio Brandão, porém, "deveu-se a Ernst von Beling a inserção da tipicidade como um elemento da teoria do delito, mas não se deveu a ele a criação desse termo em si. Entretanto, tributa-se a Beling a mudança do seu significado e conteúdo, para lhe emprestar uma função na dogmática do crime". Cf. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. In: *Revista Sequência,* Florianópolis/SC, n. 68, jun. 2014, p. 70. Miguel Reale Jr. acentua que deve-se a Beling a elaboração do conceito de tipo, que anteriormente correspondia à noção de *corpus delicti*. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Vol. 1. 1. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 137.

419 BELING, Ernst von. *Esquema de derecho...*, op. cit., p. 298 e ss. Identicamente, Muñoz Conde e Mercedes García, segundo os quais "la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal". Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco et al. *Derecho penal:* parte general. 5. ed., rev. y

de modo que o tipo, por este prisma, constitui apenas uma abstração conceitual descritiva do delito. Sabe-se, no entanto, que alguns anos após, mais exatamente em 1915, Max Ernst Mayer aprimorou as distinções de Beling acerca do tipo, em que passou a defender, ademais da descrição objetiva a ele inerente, a presença de elementos normativos, "que são uma conexão entre a tipicidade e a antijuridicidade"[420], trazendo para o tipo, outrossim, a dimensão subjetiva (vontade).

Note-se que como primeiro elemento da escala ascendente para a configuração do crime, a tipicidade se conecta à antijuridicidade, sendo de rigor asseverar que ela é a *ratio cognoscendi*[421] ou a via que deve ser atravessada para se chegar à ilicitude ou antijuridicidade e destarte fazê-la (ou não) conhecida. Nesse sentido, a análise da antijuridicidade vem após a constatação da tipicidade do fato, da mesma forma que a da culpabilidade ocorre tão-somente se presente a ilicitude, por ausência de causas de justificação, tratando-se, pois, de modelo tripartido de crime[422]. Isto significa dizer que a dogmática penal moderna trabalha com duas categorias elementares do fato punível, a saber: *1)* o tipo de injusto, constituído pela existência concreta de uma ação típica (formação da tipicidade) e antijurídica; e *2)* a culpabilidade, formada pela capacidade penal, o conhecimento do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso[423].

Na esteira da minoração dos rigores do tipo penal no ordenamento jurídico-positivo, desde que em tela a propiciação de maiores âmbitos de liberdade ao indivíduo[424], é importante

---

puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 253. Ver, também, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* 2.ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001, p. 31.

420 BRANDÃO, Cláudio. *Curso...*, op. cit., p. 161.

421 Em sentido oposto, perfilhando a teoria dos elementos negativos do tipo, Miguel Reale Jr. e Juarez Cirino entendem a tipicidade como a *ratio essendi* da antijuridicidade: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, op. cit., p. 139-140; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 218. Já Edmund Mezger defendia o tipo de injusto como antijuridicidade tipificada, chegando a asseverar que: "En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación material, es su fundamento real, su 'ratio essendi', y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera 'ratio cognoscendi'". Cf. MEZGER, Edmund. *Derecho penal.* Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 145.

422 Nesse modelo, opina Juarez Cirino, o tipo legal cumpre as seguintes funções: "uma função técnica de descrição do comportamento punível (tipo de delito); uma função sistemática de indicar a antijuridicidade do fato (tipo de injusto); e uma função política de formalização legal do princípio da legalidade (tipo de garantia)", enquanto a antijuridicidade desempenha a função "de definir o valor negativo do fato típico (desvalor social), determinado pela danosidade social do fato". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 72.

423 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 143-151; MUÑOZ CONDE, Francisco et al. *Derecho penal:* parte general. 5. ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 254 e ss. Nas seções seguintes, os elementos antijuridicidade e culpabilidade, assim como as suas respectivas causas excludentes, serão delineados.

424 Como bem acentua Cláudio Brandão, "a tipicidade não representa um obstáculo para o método de aplicação do tipo penal quando a conclusão for favorável ao agente. Há uma abertura no método de aplicação do tipo penal que possibilita afastar a aplicação da lei penal que traria um prejuízo ao agente como premissa maior, mas isso não representa uma violação ao princípio da legalidade. Isso por conta da interpretação teleológica daquele princípio, que significa um aumento no âmbito da liberdade, em face da limitação ao poder de punir do Estado". Cf. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade..., op. cit., p. 85.

ressaltar que a tipicidade não desenvolve em face da estrutura típica um papel puramente formal, ou seja, não se satisfaz, para ser perfectibilizada, com a mera subsunção – através de um raciocínio lógico-dedutivo, silogístico, composto de premissas e conclusão – do fato concreto à fórmula legal (tipo). A tipicidade, ao contrário, é "o suporte através do qual o direito penal se apoia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição"[425]. Por esse prisma, abre-se um leque de possibilidades para que a juridicização do fato em específico abarque, a par de uma interpretação teleológica da lei, componentes (princípios, muitas vezes) de política-criminal, redutores da penalização[426]. Em síntese, o princípio da legalidade não impede a modificação do sentido comum das palavras empregadas textualmente pela lei penal se com isso for possível restringir o alcance do punível[427].

Seguindo essa lógica, e em razão dela aprofundando o debate que envolve o elemento tipicidade, Zaffaroni e Pierangelli exigem, para a configuração da chamada *tipicidade penal*, as presenças da *tipicidade legal* e da *tipicidade conglobante*, pois a tipicidade, dizem os autores, implica contrariedade à norma (antinormatividade), de maneira que não se pode admitir que na ordem normativa, formada por normas jurídicas que se entrelaçam harmoniosamente, uma ordene o que a outra proíbe[428]. Assim, para que se configure a adequação penal (tipicidade penal), faz-se mister seja verificada, além da acoplamento do fato à formulação legal do tipo (tipicidade legal), a comprovação de que "a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as

---

425 BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade..., op. cit., p. 66.

426 A esse respeito, Roxin é assertivo: "Las características del tipo en sentido estricto – es decir, conceptos como "edifício", "ajenidad", "cosa", etcétera – son el dominio dela definición y de la subsunción exacta, que, con frecuencia, son consideradas en Derecho penal como el único método para averiguar el Derecho que debe ser aplicado. Pero este caso se dalas menos de las veces: en la interpretación de las características determinables del tipo ocupa un lugar este procedimiento, porque con la sucesión lógica de premisas, subsunción y conclusión se hace justicia en el grado más alto posible al principio de determinabilidad legal. Pero en la ulterior cuestión de cómo debe constatarse el contenido del concepto de tipo mismo se responde las más de las veces de un modo global, teniendo que interpretar las características concretas típicas, desde el punto de vista teleológico, por el bien jurídico protegido. Este principio, bastante banal, há tenido consecuencias discutibles. Un análisis completo de la evolución jurisprudencia podría entonces poner de relieve que nuestros tribunales, para garantizar una protección regida por este principio – lo más amplia posible y sin lagunas – han procedido a una interpretación extensiva del tipo, que en gran manera ha ayudado al aumento de la criminalidad en algunos delitos. Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo: es decir, uma interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su "naturaleza fragmentaria" y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico". Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 72-73.

427 MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 05-05, 2003, p. 8.

428 É o caso do oficial de justiça que ao cumprir dentro das formalidades legais um mandado de penhora e sequestro de um bem, estará praticando uma conduta atípica. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 393-394.

restantes normas da ordem normativa" (tipicidade conglobante)[429]. Com efeito, é perfeitamente enquadrável nesse raciocínio a exclusão de tipicidade quando, *preenchidos critérios de liberdade de escolha, consciência e disponibilidade do bem jurídico penalmente tutelado, a vítima intervenha significativamente para a ocorrência da sua própria vitimização*, não havendo que se cogitar, nessa hipótese, a presença de tipicidade penal.

Demonstrados os mais candentes aspectos da tipicidade, passaremos agora ao estudo das suas hipóteses de exclusão, que podem ser legais ou *supralegais*. Com efeito, as excludentes de tipicidade não estão organizadas ou sistematizadas no Código Penal, diversamente do que ocorre com as excludentes de antijuridicidade, conforme se verificará no próximo tópico. Por exemplo, encontra-se na Parte Especial do Código a coação exercida para evitar o suicídio como excludente da tipicidade em face do tipo penal de constrangimento ilegal (art. 146, § 3º, inc. II, CP). Na parte geral, o art. 20 prevê o erro de tipo com a seguinte redação: *"O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei"*. Segundo abreviada fórmula de Roxin, por dolo se entende o conhecimento (saber) e a vontade (querer) de realizar os elementos que compõem o tipo objetivo[430]. Como o dolo integra o tipo subjetivo, a sua eliminação, por ausência do elemento intelectual que incide sobre as circunstâncias de fato da parte objetiva do tipo, faz ruir a tipicidade dolosa da conduta. E sendo o erro invencível ou inevitável, elimina-se também a possibilidade de imprudência (tipicidade culposa), tornando-se o fato irrelevante do ponto de vista penal[431]. A doutrina traz algumas hipóteses de erro de tipo[432]: *a)* quem sinceramente crê estar disparando sobre um urso e de fato acerta o seu companheiro de caçada; *b)* quem se apodera do casaco de outrem, crendo que se trata de seu próprio casaco; *c)* quem crê aplicar uma pomada cicatrizante e está aplicando um ácido corrosivo que causa uma lesão; *d)* "A" mantém relações sexuais com "B" (menor de 14 anos, mas com aparência de idade superior), sem pensar na idade da moça (ausência de representação); dentre outras. Por fim, também exclui

---

[429] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual...*, op. cit., p. 394. Outros detalhes a respeito desse aspecto da tipicidade, com as suas prováveis consequências, se encontram na seção *3.4.2* do Capítulo precedente.

[430] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 308.

[431] Nesse cenário, segundo aponta Juarez Cirino, o importante é saber distinguir entre erro de tipo e erro de subsunção. Para o autor, "o erro de tipo pode ter por objeto elemento *descritivo* ou elemento *normativo* do tipo objetivo. Em ambos os casos, é preciso distinguir o *erro de tipo* (excludente do dolo) do chamado *erro de subsunção* (penalmente irrelevante). O *erro de subsunção* é mais comum nos elementos *normativos* do tipo porque o cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos empregados pelo legislador". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 150.

[432] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual...*, op. cit., p. 421-422; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 149-150.

a tipicidade o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º)[433].

As excludentes supralegais, aceitas pelos tribunais superiores (STF e STJ), são basicamente o já multirreferido princípio da insignificância, aplicado aos crimes de bagatela, e o princípio da adequação social da conduta[434]. Criador do critério da adequação social como fator excludente da tipicidade, Welzel observou que todas as condutas proibidas pelos tipos penais têm um caráter social, de ordenação da vida comunitária[435]. Nesse giro, as condutas entabuladas em tipos indicam as infrações insuportavelmente graves, que efetivamente violam a ordem esperada nas relações sociais e históricas. Do contrário, são socialmente adequadas as condutas que se mantenham dentro dos limites da liberdade de ação social (risco permitido), cujos exemplos o próprio Welzel[436] elabora: lesões corporais insignificantes; privações de liberdade irrelevantes; entrega habitual de presentes de pequeno valor à servidor público em data de ano novo; servir bebidas alcoólicas apesar dos riscos que o consumo do álcool implica para a capacidade de movimento aos clientes no tráfico automotivo; etc. O direito penal de um Estado democrático, já disse Mir Puig, há de respeitar os valores socialmente aceitos, de forma que "no debe castigar conductas que socialmente se consideran lícitas o muy poco graves, o no debe asociar hechos levemente antijurídicos (como un empujón) a penas previstas para comportamientos mucho más graves (como el homicidio)"[437]. Para concluir este ponto, vale destacar a observação de Juarez Cirino, para quem, a despeito de a opinião dominante compreender a adequação social como hipótese de exclusão de tipicidade, existem setores doutrinários que a consideram como justificante (Schmidhäuser), como exculpante (Roeder) ou

---

433 *"Art. 20; § 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo"*. De acordo com a teoria limitada da culpabilidade, que prevalece na literatura e jurisprudência contemporâneas, o erro de tipo permissivo, "que tem por objeto os pressupostos objetivos de justificação legal – portanto, existe como errônea representação da situação *justificante* –, incide sobre a realidade do fato e, por isso, exclui o *dolo* – e não apenas a reprovação de culpabilidade –, funcionando como verdadeiro erro de tipo, com punição alternativa por *imprudência*, se existir o tipo respectivo". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 300.

434 Desde logo, é bom que se diga que apesar de comum entre a sociedade, à prática de vender CDs e DVDs piratas não se admite a aplicação do princípio da adequação social para a descaracterização da tipicidade em relação ao crime previsto no art. 184 do CP. O STJ, que há tempos pacificara o entendimento sobre o assunto, em 2013 editou a Súmula nº 502, que diz: *"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas"*. Esse entendimento jurisprudencial merece críticas, que, no entanto, não comportam neste trabalho.

435 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, op. cit., p. 53.

436 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, op. cit., p. 54-55. No mesmo diapasão, não comete o crime de lesão corporal o tatuador ou o *body piercer*, pois trata-se de conduta socialmente adequada, que dimana do exercício da liberdade de expressão. Segundo Cancio Meliá, a extraordinária amplitude de enfoque da teoria da adequação social de Welzel fez dela o embrião de uma verdadeira teoria geral da imputação objetiva. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. La teoría de la adecuación social en Welzel. In: *ADPCP,* Fasc. II, 1993, p. 729

437 MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance…, op. cit., p. 7.

como princípio geral de interpretação da lei penal (Hirsch)[438].

Resta identificar, com esteio nos argumentos já desenvolvidos, que espaço a vitimodogmática encontra no seio da teoria do delito, vale dizer, que função ela desempenhada em específico sobre o elemento tipicidade. Desde logo, cumpre esclarecer que a resposta a esse questionamento perpassa pela necessidade de se forjar um novo paradigma, por meio do qual a intervenção da vítima que tenha assento no centro do acontecer delitivo seja levada em consideração, obedecidas algumas regras dogmáticas previamente delineadas (*v.g.*: o fato deve ser imputado à pessoa que se autocoloca em perigo, violando *motu proprio* as exigências de autotutela) e observadas as particularidades do caso concreto levado ao exame do intérprete. Subjaz a essa espécie de *reviravolta dogmática* a ideia de se distribuir a imputação entre os sujeitos que cooperam para a caracterização do fato, mediante a delimitação das suas respectivas esferas de responsabilidades no nível subjetivo de individualização de cada conduta. Para Mir Puig,

> La cuestión ya no es aquí si el sujeto creó con su conducta un riesgo realizado en el resultado, sino cuál o cuáles de entre los distintos sujetos que se hallan em dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y/o en qué medida. Ello se plantea en la teoría de las formas de intervención en el delito y en él ámbito de intervención relevante de la víctima – que pueden seguir siendo los lugares sistemáticos en que se estudie[439].

De antemão, dessume-se que seguramente não cometerá crime todo aquele que intervenha em um acontecimento criando junto a outro o risco realizado no resultado *a priori*[440] subsumível à descrição típica. Sintetizando, a contributo decisivo da vítima terá o condão de excluir a imputação (tipicidade) a quem contribuiu para causar-lhe uma lesão relevante do ponto de vista penal. *Grosso modo*, assim (em tese) sucede[441]: *a)* nas situações em que a vítima viola o dever de cuidado para com os seus bens (negligência), dando com isso causa ao dano; *b)* nos casos em que o terceiro apenas participa do fato induzindo ou cooperando com a conduta imprudente da vítima, que se autocoloca em situação de risco; *c)* quando outra pessoa põe a vítima em perigo, mas esse proceder arriscado é imputável à vítima que *ex ante* o anuiu (heterocolocação em risco); ou *d)* quando a intervenção sobre o bem jurídico supõe um consentimento válido e eficaz da vítima[442].

---

438 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 83.

439 MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance…, op. cit., p. 17.

440 Diz-se *a priori* porque o escopo central das construções vitimodogmáticas é precisamente inviabilizar, quando cabível se afigure, o enquadramento típico da conduta (excluir a tipicidade).

441 Os institutos vitimodogmáticos aos quais tais situações se amoldam, bem como os critérios para tanto, serão verticalizados mais à frente.

442 Como bem assinalou Mir Puig, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade *constitucionalmente*

4.3.2 Ilicitude e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima

Pertencente ao segundo nível de lesividade da teoria do delito, a ilicitude (ou antijuridicidade) significa, em linhas gerais, a relação de contrariedade do agir humano para com o ordenamento jurídico considerado no seu todo[443]. Nessa linha, obra antijuridicamente todo aquele que pratica um fato não amparado por alguma causa de justificação, a exemplo da legítima defesa e do estado de necessidade, previstos no Código Penal. Explicando o alcance deste elemento constitutivo do crime, Jair Leonardo Lopes[444] pontua que a ilicitude não é apenas a ofensa ao bem jurídico ou sua exposição a perigo, pois se é certo que não há ilicitude sem lesão ao bem jurídico (ou sua exposição a perigo), assim também poderá se materializar a lesão ou exposição a perigo sem ilicitude, desde que haja, acrescente-se, uma permissão (legal ou *supralegal*) para tanto.

Ao ver de Hans Welzel, a antijuridicidade "es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social"[445]. Nesse sentido, Welzel caracteriza a antijuridicidade como a relação que expressa a desconformidade entre a ação do homem (objeto) e a ordem jurídica (direito), diferenciando-a do injusto nos termos seguintes:

> Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acció[446].

Em se tratando de ilicitude, interessa-nos saber que nem todo fato cuja tipicidade tenha sido configurada necessariamente será antijurídico. Em que pese, consoante já visto, entendam alguns autores (*e.g.*, Juarez Cirino e Miguel Reale Jr.) que a tipicidade é a *ratio*

---

consagrado (no caso da Espanha; ao passo que no Brasil fala-se em desenvolvimento da dignidade humana) há de permitir a assunção de riscos, embora redundem em lesões, e isso "aconseja la imputación preferente de tales lesiones a la víctima y la exclusión consiguiente de su imputación a quienes intervienen en el riesgo". Cf. MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance…, op. cit., p. 18.

443 A propósito, escreve André Callegari que "enquanto a tipicidade e a culpabilidade são categorias próprias da teoria do crime, a ilicitude, como contradição com o Direito, constitui um conceito à parte, válido em relação à ordem jurídica em seu sentido global, possuindo, por tal motivo, um inequívoco caráter unitário". Cf. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 148. De igual sorte, cf. GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso e legítima defesa.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 24.

444 LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal:* parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 134.

445 WELZEL, Hans. *Derecho penal.* Parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 57.

446 WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, op. cit., p. 58.

essendi da antijuridicidade, sob o pálio de que ao se apreender uma ação em sua tipicidade, apreende-se, *ipso facto*, necessariamente seu caráter antijurídico ou de contrariedade ao valor tutelado pelo direito por meio da tipificação da conduta, sendo destarte "uma só coisa os juízos de tipicidade e de antijuridicidade"[447], afigura-se inegável a independência destes elementos um em relação ao outro, sendo mais acertado dizer, na linha do finalismo de Welzel[448], que a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade (função indiciária do tipo), pois tipicidade e antijuridicidade por sem dúvida são elementos axiologicamente diferentes[449], tanto que a presença de uma causa de justificação não elimina a tipicidade da conduta, mas tão-somente sua ilicitude, não se podendo destruir a autonomia conceitual desse elemento do crime.

Nesta seara, as consequências jurídico-penais – das quais se ocupa a vitimodogmática – do comportamento da vítima nada mais são do que justificativas para a conduta típica do autor, verificadas no bojo de uma excludente de antijuridicidade específica, na medida do cabível. Com efeito, as excludentes legais de ilicitude estão disciplinadas no art. 23 do Código Penal brasileiro, sendo elas: estado de necessidade[450], legítima defesa[451], estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, punindo-se o excesso doloso ou culposo (§ único do dispositivo reportado). Tratam-se de situações em que o Estado, em caráter de excepcionalidade, confere ao cidadão a tutela do bem jurídico, tornando a sua conduta, destarte, lícita, pois que essa justificação faz a ação típica conforme ao direito. Muito apropriadamente, Roxin ata à ideia de antijuridicidade, como de resto procede em relação a todos os demais elementos constitutivos do crime, componentes valorativos (político-criminais)[452], possibilitando o surgimento das chamadas causas *supralegais* de justificação. Para a descrição da legítima defesa, o penalista alemão torna exigível a presença como linha reitora dos princípios de autoproteção, de prevalência do direito e da proporcionalidade[453].

---

[447] Ressaltando que os tipos penais requerem a ausência de causas de exclusão (elementos negativos do fato delituoso), deduz Reale que "se se pretender dar uma autonomia à antijuridicidade, seria forçoso concluir que constitui antijuridicidade a ausência daquilo que se existisse ela deixaria de existir, em uma demonstração de que não tem a antijuridicidade autonomia, mas constitui a outra face da tipicidade". Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, op. cit., p. 147.

[448] WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, op. cit., p. 86.

[449] Nessa linha, cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 216-217. Sobre a tipicidade como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso...*, op. cit., p. 161-163.

[450] Explicitado no art. 24 do mesmo diploma, *verbis*: *"Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços"*.

[451] *"Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem"*.

[452] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, op. cit., p. 58.

[453] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema...*, op. cit., p. 84.

Analisando detidamente o contexto das causas de justificação, vê-se que a vitimodogmática também penetra nos rincões do elemento antijuridicidade, dimanando importantes consequências jurídico-penais em face do grau de participação da vítima no evento. Eis porque, *exemplificandi gratia*, não pode alegar legítima defesa ou ser beneficiado com a correspondente circunstância judicial favorável aquele que, inopinadamente e sem razão justificadora, desfere golpes de faca em outrem, causando-lhe a morte em virtude das lesões sofridas, uma vez que nesta hipótese, como resulta claro, a vítima em nada contribuiu para a ocorrência do fato. Diversa será a interpretação quando o autor logra justificar o ato praticado em vista de algum comportamento prévio ou concomitante à sua ação desenvolvido pela vítima, isto é, quando age em repulsa de uma agressão atual ou iminente, que deve ser injusta. Nesta situação, o agente pode ser beneficiado tanto em termos de dosimetria da pena (circunstância judicial favorável, atenuante ou causa de diminuição, a depender do crime praticado), quanto, na perspectiva da antijuridicidade, com a excludente da legítima defesa (própria ou de terceiro). O caso clássico é o homicídio praticado em legítima defesa, em que se imputa à vítima o móvel ou a *conditio sine qua non* do evento morte. Com efeito, entre matar ou morrer, o agente, que por vezes trava uma batalha com o sujeito ao fim mais gravemente vitimizado, decide matar, e essa atitude, animada pelo instinto de autopreservação, consoante cediço está amparada pelo direito. Isso demonstra que nem sempre a vítima real de um determinado acontecimento também o será na estrita acepção jurídico-penal do termo, se considerada a exclusão do crime – e os resultados legais daí advindos – diante do preenchimento dos pressupostos ou requisitos do instituto da legítima defesa[454].

O consentimento *em sentido estrito* do ofendido (titular imediato do bem jurídico), de sua vez, é englobado por alguns autores na condição de causa *supralegal* de exclusão da ilicitude[455]. Hipóteses há, todavia, em que essa atitude promoverá a exclusão da tipicidade, na linha do entendimento vitimodogmático minoritário[456], como se verá quando do detalhamento

---

[454] São eles: *a)* repulsa a uma injusta agressão atual ou iminente; *b)* uso moderado dos meios necessários; *c)* defesa de direito seu ou de outrem; *d) animus defendendi* (elemento subjetivo). Ver a respeito: BRANDÃO, Cláudio. *Curso...*, op. cit., p. 212. Para uma análise mais aprofundada desta excludente, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, op. cit., p. 605-667.

[455] JESCHECK, Hans-Heinrich et al. *Tratado...*, op. cit., p. 400. Entre nós, ressalvando os casos em que o tipo pressupõe o dissenso da vítima, quer dizer, "forma parte da estrutura típica como uma característica negativa sua", cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 91; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. v. 1, 20. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

[456] Merecem transcrição as ponderações de Juarez Cirino a respeito do consentimento do ofendido como causa excludente de um ou outro elemento do crime: "Na prática, não há diferença entre efeito destipificante e efeito justificante do consentimento real porque o fundamento jurídico necessário para destipificar é o mesmo exigido para justificar a ação, e porque a consequência jurídica da exclusão do tipo é idêntica à da exclusão da antijuridicidade. Mas, além dos argumentos teóricos, a própria economia dogmática aconselha atribuir ao

da modalidade de consentimento denominada *acordo*. Anote-se que a justificação *supralegal* se fundamenta sociologicamente, considerada a dinamicidade com que se processam as relações sociais, o que faz com que o legislador não possa prever religiosamente todas as inumeráveis situações possíveis.

4.3.2.1 Do estado de necessidade agressivo

A expressão *estado de necessidade* adveio da formulação latina *jure necessitatis*, constante nos escritos penais dos séculos XVII e XVIII[457]. A rigor, o estado de necessidade ocorre quando o agente, para salvar de perigo atual e inevitável um bem jurídico próprio ou de terceiro, vê-se na contingência de lesionar bem jurídico alheio. Roxin afirma que o estado de necessidade pressupõe um perigo para um bem jurídico, cuja existência se deve analisar *ex ante*, ou seja, desde uma perspectiva anterior ao fato[458]. Em linhas gerais, a diferença do estado de necessidade para a legítima defesa consiste em que nesta se permite a reação frente a uma pessoa que agride antijuridicamente a real vítima, ao passo que no estado de necessidade autoriza-se lesionar interesses de quem não realiza nenhuma agressão ilegítima contra o agressor ou um terceiro que seja. Não existe, portanto, em linha de princípio, no estado de necessidade, a figura de um injusto agressor, porquanto os sujeitos que entram em conflito se encontram na mesma posição frente ao direito[459]. Os requisitos que identificam o estado de necessidade justificante são: existência de perigo atual ou iminente; não provocação voluntária do perigo; inevitabilidade do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; direito próprio ou alheio; elemento subjetivo (finalidade de salvar o bem do perigo); e ausência de dever legal de enfrentar o perigo[460]. A questão crucial do estado de necessidade refere-se à ponderação de vida contra vida, sendo certo que entre vidas em conflito, não existem diferenças de valor ou de quantidade[461].

Com efeito, não se confunde o estado de *necessidade agressivo* com o estado de *necessidade defensivo*. Na primeira hipótese, o ato necessário é cometido contra coisa diversa

---

consentimento real efeito excludente da tipicidade, embora nada impeça atribuir-lhe efeito de exclusão da antijuridicidade, como causa *supralegal* de justificação". Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 261.

457 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime.* v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97

458 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 676-677.

459 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 452.

460 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 255 e ss. Ver também: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica...*, op. cit., p. 99 e ss.; GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 434 e ss.; BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 394 e ss.

461 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 244-245.

daquela de que promana o perigo para o bem jurídico defendido ou se dá quando a conduta do sujeito atinge bem jurídico de terceiro inocente. Regulado no Direito civil alemão (§ 904, BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), tem-se que o proprietário terá que suportá-lo quando a intervenção seja necessária para repelir um perigo atual e o dano que ameaça o bem jurídico em questão seja desproporcionalmente maior que o dano causado ao proprietário com a intervenção[462]. Por exemplo, para salvar um acidentado alguém utiliza um veículo alheio ou interfere de qualquer modo em uma coisa alheia. O interesse prático desta distinção está ligado ao dever de indenização ao terceiro prejudicado, obrigatório no estado de necessidade agressivo, a teor dos arts. 929 e 930 do Código Civil brasileiro[463]. Ao que se pode perceber, no estado de necessidade agressivo não existe qualquer contributo da vítima para a lesão ao seu bem jurídico, de modo que a ele não se aplicam as soluções vitimodogmáticas, por sinal desnecessárias diante da justificação do ato.

4.3.2.2 Do estado de necessidade defensivo

Como bem sublinhado por Juarez Cirino, situações de estado de *necessidade defensivo* podem ser engendradas pelas relações autor/vítima[464]. Nesse contexto, que em muito se assemelha à *legítima defesa preventiva*, quem lesa o sujeito provocador do perigo ou a algum bem seu, não responde pelo crime, muito menos terá que indenizar o dano causado, pois a origem da lesão está na esfera de ingerência da vítima. Comentando o tema, Jakobs assinala que *"el titular del ámbito de organización desde el cual amenaza un peligro debe eliminarlo o hacer que lo eliminen. Esto no es sino, una vez más, el sinalagma de su libertad de organización"*[465]. É o caso de quem é atacado por um animal feroz e o mata para livrar-se de maiores perigos. Encampando essa proposição, Roxin afirma ser impossível se exigir daquele que vê a sua vida ou a sua saúde ameaçada a assunção do correspondente risco de sofrer morte ou lesões graves[466], amoldando-se a conduta que o sujeito vier a praticar para afastar tal situação

---

462 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 721.

463 *Litteris*: "Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram"; "Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado". O art. 188, inc. II, diz que: *"Não constituem atos ilícitos: (...); II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente"*.

464 E exemplifica: proprietário de bar coloca narcótico na bebida de fregueses que ouvira combinarem assalto ao estabelecimento – porque existe perigo atual (mas não existe agressão iminente para permitir legítima defesa), cuja proteção posterior ou seria impossível, ou implicaria maior risco de morte ou lesão grave dos agressores. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 244.

465 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la* sociedad. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p 57.

466 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 708.

na excludente do estado de necessidade defensivo[467]. Em tese, é juridicamente compreensível enquadrar-se no estado de necessidade defensivo a conduta de quem mata enquanto dorme o pai/esposo (*tirano doméstico*, na linguagem alemã) que maltrata constante e brutalmente a sua família (esposa e/ou filhos). Aqui, a vítima claramente contribuiu para o seu infortúnio a partir da perpetração de um conjunto de atos pretéritos que explicam o justo temor do autor do fato. São os casos em que os bens jurídicos do ignominioso provocador perdem valor ante o Direito[468].

4.3.3 Culpabilidade e suas causas de exclusão, enfocado o comportamento da vítima

O princípio da culpabilidade não é apenas um elemento central da teoria do delito (a chamada *culpabilidade* do agente), mas atua, igualmente, no plano do injusto, onde desempenha a tarefa de excluir da esfera do punível as causações decorrentes de mero acaso. Conforme leitura de Roxin, as maiores conquistas históricas deste princípio são a superação do direito penal do resultado e a eliminação do acaso do âmbito jurídico-penal, pois somente após se determinar que a causação do resultado de relevância penal não é fruto do acaso, mas decorre de comportamento objetivamente imputável ao autor, "é que se formulará a outra pergunta – também a ser respondida com ajuda do princípio da culpabilidade – quanto a se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva, se ele é culpável, no sentido corrente da palavra"[469]. Assim, alerta Roxin, o princípio da culpabilidade é a espinha dorsal tanto da imputação objetiva como da subjetiva[470].

Para que haja a responsabilidade jurídico-penal, diz-nos a teoria funcionalista da culpabilidade de Claus Roxin, há que se conferir a presença de dois elementos indispensáveis: a culpabilidade do ofensor e a necessidade preventiva da sanção penal[471]. Não sem razão, o princípio da culpabilidade, que decorre da dignidade da pessoa humana, exclui a legitimidade

---

[467] Ponderando essa possibilidade de justificação, Roxin aduz que "un derecho a matar sólo puede existir dentro del marco de la legítima defensa, y en el estado de necesidad defensivo puede haberlo a lo sumo en caso de un peligro similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o la integridade". Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 712.

[468] Para Silva Sánchez, *"más que eso lo que debe apreciarse es una disminución del contenido de peligrosidad del hecho imputable a la esfera de competencia del autor (o, además, la disminución de la culpabilidad de éste)"*. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993, p. 20.

[469] ROXIN, Claus. *Estudos...*, op. cit., p. 134-135.

[470] ROXIN, Claus. *Estudos...*, op. cit., p. 135.

[471] "La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la *culpabilidad* del sujeto y de la *necesidad preventiva* de sanción penal, que hay que deducir de la ley". Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 792. Igualmente, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime.* v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 124.

de toda pena que não tenha como pressuposto a capacidade do autor de agir de outro modo e que a ela não seja equivalente. Como bem assinalou Henrique Bacigalupo, esse princípio tem uma dupla incidência no sistema de responsabilidade penal: "por un lado condiciona el *si* de la pena; por el otro el *cuánto* de la misma. Dicho con otras palabras: sólo es punible el autor, si ha obrado culpablemente; la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad"[472].

Já como terceiro elemento fundamental do crime, a culpabilidade assume a feição de juízo valorativo ou de censura feito ao autor de um fato criminoso. Ao passo que a tipicidade e a antijuridicidade se ligam à ação em si praticada, a culpabilidade é uma apreciação voltada ao agente, às suas características pessoais, de conhecimento, vontade e poder de autodeterminação. Segundo Edmund Mezger, se de um lado a antijuridicidade significa o juízo impessoal-objetivo do ordenamento jurídico sobre o fato, vale dizer, a ação desenvolvida, do outro a culpabilidade "tiene en cuenta la imputación personal-subjetiva del hecho a un autor determinado"[473]. O conceito normativo de culpabilidade indica que ela serve para determinar a medida do punível, exercendo, portanto, um juízo de reprovação contra o autor diante da realização intolerável do tipo de injusto[474]. De acordo com Mir Puig, há que se preencher os três níveis de imputação (objetiva, subjetiva e individual ou pessoal)[475] para que seja possível a completa atribuição de um delito a um autor culpável. Neste sentido, e tendo em conta o fundamento teórico que legitima os fins da pena, não se deve castigar, por meio de reprimenda penal, aquele que age sem poder evitar o injusto típico.

Exige-se, para a perfectibilização da culpabilidade, três elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e possibilidade e exigibilidade, nas circunstâncias, de um agir de outro modo, o que redundará em juízo de censura ao autor por não ter exercido, quando podia, esse "poder-agir" distintamente[476]. De forma gráfica, para usar as palavras de Juarez

---

[472] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal:* Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 169.

[473] MEZGER, Edmund. *Derecho penal…*, op. cit., p. 81.

[474] Para Jiménez de Asúa, pode-se definir a culpabilidade, em sentido amplo, como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal.* La ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997, p. 352.

[475] Assim sintetizados: "Los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido em el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en um Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribe la "culpabilidad por el carácter" y el llamado "Derecho penal de autor", el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal". Cf. MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance…, op. cit., p. 11.

[476] Na síntese de Roxin, "El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una

Cirino, a culpabilidade possui os seguintes fundamentos:

> a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a *saber (e controlar) o que faz*, excluída ou reduzida em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes; b) o conhecimento do injusto, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável *saber, realmente, o que faz*, excluído ou reduzido em casos de erro de proibição; c) a exigibilidade de conduta diversa, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação do *poder de não fazer o que fez*, excluído ou reduzido nas situações de exculpação[477].

É interessante observar que na segunda metade do século XX, com o finalismo de Welzel, houve um deslocamento dos componentes psicológicos (dolo e culpa *stricto sensu*) até então pertencentes à culpabilidade – equivocadamente caracterizada sob o viés psicológico – para o tipo de injusto. Neste contexto, o conceito de culpabilidade passou a abarcar apenas os componentes normativos, vazados nos juízos de reprovação e de exculpação. A propósito, assim se manifestou Welzel:

> La teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad. En este proceso, ninguno de los elementos anteriores se ha perdido, pero cada uno pasa a ocupar su lugar más adecuado, sobre la base de la comprensión de la estructura finalista de la acción, con lo cual nos capacitamos para las soluciones más correctas, en los problemas de la participación, de la culpabilidad, de lo injusto, de la lesión de diligencia, del error de prohibición, etc[478].

Para reiterar, o conceito normativo de culpabilidade, modificado pela doutrina finalista da ação, tornou a reprovabilidade, necessária à configuração da culpabilidade, composta de três indissociáveis elementos: *a)* a imputabilidade; *b)* a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade; e *c)* a exigibilidade de uma conduta conforme à norma[479]; qualquer dos quais, uma vez excluído, faz desaparecer o crime. Em geral, a *imputabilidade* (capacidade de culpabilidade) é excluída ou reduzida pela menoridade ou por doenças e anomalias mentais; o *conhecimento do injusto* exclui-se ou reduz-se pelo erro de proibição; e, por fim, a *exigibilidade de conduta diversa* é excluída ou minimizada por anormalidades representadas nas situações de exculpação[480], e, porque não dizer, nas situações em que exista uma contribuição da própria vítima não amoldáveis às hipóteses de exclusão da tipicidade.

No Brasil, conforme disposições expressas do Código Penal, são situações que dissolvem os elementos que compõem a culpabilidade: *1)* quando o agente for menor de dezoito

---

capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho". Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 792.

477 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 275-276.

478 WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, op. cit., p. 151-152.

479 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 796.

480 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 286.

anos (art. 27)[481], em que será submetido à legislação especial (Estatuo da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90); *2)* quando o agente for portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26)[482]; *3)* quando o agente estiver em embriaguez completa por caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º)[483]; *4)* erro de proibição (art. 21)[484]; e *5)* quando o agente estiver submetido à coação irresistível ou à obediência hierárquica (art. 22)[485].

Constituem, ainda, hipóteses concretas de inexigibilidade de comportamento diverso ou situações legais de exculpação, o excesso de legítima defesa real e o excesso de legítima defesa putativa, ambos determinados por medo, susto ou perturbação[486]. E as inexigibilidades *supralegais*, por último, compreendem o *fato de consciência*, a *provocação da situação de legítima defesa*, a *desobediência civil* e o *conflito de deveres*[487]. Tendo em vista que o juízo de culpabilidade diz respeito à esfera de individualidade/intimidade do sujeito, as causas de exclusão deste elemento do crime, assim como as exculpantes, não atingem os co-autores e/ou partícipes do fato com os quais não tenham relação direta. Neste sentido, para que a valoração recaia indistintamente sobre todos os envolvidos, a melhor saída, se o caso concreto permitir, será resolver a questão à luz de alguma causa excludente de ilicitude, deixando-se de lado a aplicação das causas *supralegais* (dirimentes/exculpantes) por inexigibilidade de conduta diversa.

Além de constituir um elemento isolado de configuração do injusto penal, tratando-se, nesse sentido, de categoria dogmática encontrada em um nível estruturalmente ulterior ao

---

481 *"Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"*.

482 *"Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento"*.

483 *"Art. 28 (...); § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento"*.

484 *"Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço"*. Assim como sucede em relação aos inimputáveis, também nesta situação de erro invencível a pena carece de sentido, pois não pode cumprir a missão para a qual é destinada (prevenções geral e especial). Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Tiene futuro la dogmática juridicopenal?*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería, 1983, p. 71.

485 *"Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem"*. A diferença entre os dois institutos, deu-nos Ariosvaldo de Campos Pires: "A ordem de superior hierárquico pressupõe, como o próprio *nomen juris* indica, a existência de uma relação de *direito administrativo*, entre a pessoa que ordena e a que é ordenada. Na coação irresistível, a *ordem* pode originar-se tanto do *superior hierárquico*, quanto de determinações emanadas de quaisquer pessoas, sejam quais forem as relações existentes entre quem manda e quem obedece". Cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos. *A coação irresistível no direito penal brasileiro.* 2. ed. Belo Horizonte: Editora LEMI, 1973, p. 63-64.

486 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 324.

487 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...*, op. cit., p. 331-332.

da ilicitude (momento derradeiro), convém que a culpabilidade seja analisada como princípio geral que permeia e condiciona a atribuição ao fato de cada um dos níveis valorativos da teoria do delito, possibilitando a travessia na escala ascendente até que se chegue ao fato punível em sua completude. Assim, se o crime se der por configurado, o grau de culpabilidade do agente, a ser aferido quando da determinação da pena, máxime no que concerne à fase de fixação da pena-base, será estabelecido, qual se depreende das diretrizes da corrente vitimodogmática majoritária, em consonância com a dirigibilidade do comportamento da vítima para a ocorrência do delito[488]. Isso significa, do ponto de vista prático, que quanto maior for a participação da vítima, menor será o grau de reprovabilidade (ou de culpabilidade) da conduta do autor, e vice-versa. É o que se tentará fundamentar nos *itens* seguintes.

4.3.3.1 Culpabilidade como critério definidor da medição da pena

Conforme registrado anteriormente, em matéria estritamente penal, o termo culpabilidade abriga diversos sentidos. Com efeito, essa natureza polissêmica faz com que a culpabilidade desempenhe três distintas funções: *1)* limite ao exercício do poder estatal, como condição necessária para a legítima intervenção punitiva do Estado (*nulla poena sine culpa*), a significar que a punição de alguém exige dolo ou culpa; *2)* refere-se ao sistema do delito, quer dizer, a culpabilidade aparece como o terceiro elemento do delito, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade (culpabilidade em sentido estrito); *3)* critério de medição da pena, que engloba a culpabilidade em sentido estrito, o injusto e outros fatores de aplicação da pena (culpabilidade em sentido amplo)[489].

Sendo um limite ao poder de punir, ainda que o terceiro tenha agido com dolo ou culpa, o comportamento provocativo da vítima pode gerar tanto uma diminuição da culpabilidade em sentido estrito, devido à redução do grau de exigibilidade de conduta diversa[490], quanto influir na determinação da pena-base, a teor do art. 59 do CP[491]. Essa análise, que destaca a relevância da figura da vítima para a teoria da pena, tem por objetivo preservar o

---

[488] A culpabilidade normativa, que como elementar do tipo penal engloba a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade descrita no art. 59, *caput*, do CPB, a qual diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada (grau de culpa).

[489] Nesse sentido, cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 116-118.

[490] TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação...*, op. cit., p. 137.

[491] *"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 nossos).

dever de proporcionalidade entre o injusto praticado e a resposta penal[492], uma vez que à pena há de corresponder a medida da culpabilidade, que resultará alterada desde a perspectiva do contributo decisivo da vítima para a eclosão do evento a ela danoso.

4.3.3.2 Delineamentos conclusivos

Nos tempos modernos, o princípio da culpabilidade perdeu o sentido que durante muito tempo o transformou numa mera retribuição ao autor do delito (ideia de prevenção especial). Nessa nova configuração, a medida da pena deve ser orientada pela prevenção geral, destacando-se, de acordo com Bernd Schünemann, dois aspectos: em primeiro lugar, a magnitude da lesão do bem jurídico (gravidade do injusto) e, em segundo lugar, a energia criminal manifestada no fato, circunstâncias essas que, sendo conhecidas do autor, ser-lhe-ão imputadas subjetivamente[493]. Dizendo de outra forma, a culpabilidade mantém-se como princípio de *limitação* da pena, a fim de garantir a observância da igualdade, mas a ela soma-se a *prevenção geral* como princípio de fundamentação da pena, com isso abolindo o vetusto e não mais servível direito penal da retribuição da culpabilidade, que durante a sua existência desprezou as considerações ligadas ao fato criminoso em si. Ao que se pode perceber, essas novas reflexões acerca da teoria da pena facultam a introdução da vítima como elemento dogmático influenciador da reprimenda ao autor.

4.4 AS CATEGORIAS FUNDAMENTAIS DA VITIMODOGMÁTICA E A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Com efeito, a funcionalidade da vitimodogmática – o que equivale às condições de possibilidade de sua existência nos domínios da teoria do delito – não seria cogitável sem a presença de determinados suportes dogmáticos recepcionados pelo sistema normativo em consonância com a noção de dignidade da pessoa humana, imanente às democracias liberais. Diante do que representam, sobrelevando-se a força gravitacional em direção às franquias

---

[492] A ideia essencial da teoria da pena proporcional ao fato delitivo praticado é relacionar a medida da pena com base na ideia de prevenção geral limitada pela culpabilidade, o que auxilia na busca da pena justa que o autor deve suportar. Ver, nesse sentido, STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2013, vol. 104, p. 58. Da mesma autora, trazendo a teoria da pena proporcional ao fato sob os fundamentos de prevenção geral de integração (1), de uma teoria expressiva da pena (2), como corolário dos princípios da culpabilidade e da legalidade (3) e como modelo de determinação judicial da pena (4), cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 102-114.

[493] SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 176.

individuais, não raro vilipendiadas por atos estatais arbitrários, é comum que tais vetores de aplicação do direito penal exerçam a função de princípios, entendidos estes, no presente contexto, sob o signo da dimensão substantiva, vale dizer, como normas-chaves de todo o sistema jurídico, os valores que governam a Constituição[494].

Amparados neste desiderato, estudaremos, nas próximas linhas, as categorias fundamentais da vitimodogmática, algumas, reitere-se, de cariz principiológico, as quais, mesmo não expressamente positivadas em documentos normativos, uma vez reconhecidas e subsumíveis aos casos concretos, conduzirão via de regra o entendimento jurídico-penal – em homenagem ao princípio do *favor rei*, aqui considerado sob o prisma da escolha da interpretação mais favorável ao agente, dentre as possíveis – no sentido da exclusão da tipicidade.

4.4.1 O princípio vitimológico na perspectiva de Bernd Schünemann: origem e fundamento teórico

A vitimodogmática, que garante uma análise mais detalhada do coeficiente de comportamento da vítima, trouxe para o campo da dogmática penal dois importantes critérios interpretativos: o princípio *vitimológico* e o princípio de *autorresponsabilidade*. Corolários dessas normas de textura garantista, os institutos vitimodogmáticos da participação em uma autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida, desmistificam o ponto de vista apriorístico, que ainda domina muitas das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, segundo o qual o sujeito apontado como vítima é *sempre inocente* e o apontado como autor é *sempre culpado*, tendo como resultado uma miríade de punições injustas. Há, portanto, uma regra de ouro que não pode ser aviltada: *deve-se excluir a tipicidade material do fato, portanto o crime, reduzindo-se teleologicamente o alcance do tipo penal, no marco de uma interpretação permitida, quando questões dogmáticas atinentes à vítima se fizerem presentes*[495].

Ponto de partida das elaborações vitimodogmáticas mais ousadas, o princípio *vitimológico* há algum tempo é (re)conhecido na Alemanha, encontrando-se ao seu respeito publicações de envergadura, dedicadas ao escrutínio crítico das muitas facetas e possibilidades de aplicação da *máxima vitimodogmática* a que ele invariavelmente alude, observando-se,

---

494 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286-289.

495 Nesse sentido, parte-se da seguinte premissa: para que se possa imputar a alguém uma conduta punível, há que se determinar entre autor, vítima e terceiros a quem compete o acontecimento *prima facie* delitivo por haver administrado, com deficiência ou descuido, por si só ou em conjunto com outros, o papel social que lhe incumbe desempenhar, em consonância com um *standard* específico, ou, em sendo a vítima, de acordo com o resguardo dos seus bens jurídicos, ou deverá ela assumir a responsabilidade pelo dano ocasionado. Isso significa que o próprio crime será excluído, por ausência de tipicidade. Ver ideia central em: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC,* Bogotá, 25.2006, p. 120.

outrossim, propostas *de lege ferenda* para melhor incrementá-lo no seio do ordenamento jurídico alemão[496]. Tido como o cultor do princípio em apreço, Bernd Schünemann[497] desenvolve o seu raciocínio a partir da opinião de que se a vítima pratica atos desatendendo aos interesses que em um primeiro momento justificam a proteção dos seus bens jurídicos, vindo a ocasionar, com tal conduta, um dano a ela mesma, ainda que de reconhecido relevo social, o Estado poderá legitimamente negar-lhe o escudo protetivo do direito penal. Além disso, Schünemann irá anotar que:

> Este principio fue creado como una derivación directa del principio de *ultima ratio* y de la resultante exigencia de que el empleo del Derecho penal debe ser necessario para la protección del bien jurídico. Posteriormente formule la victimodogmática (...) como la regla de interpretación para eliminar del ámbito de penalización, en el marco de la interpretación permitida de los tipos, todo comportamiento frente al cual la víctima (...) no merece ni necessita de proteción. Bien entendida, la victimodogmática no debe contrariar por exemplo la interpretación metódica de los tipos penales, sino completarla, como quiero demostrar en aquellos ámbitos en los que fue desarrollada primeramente y hasta hoy ha sido formada del modo más detallado[498].

Inicialmente pensado para resolver problemas da parte especial do direito penal, ou seja, das situações concretas que envolvem o reconhecimento da tipicidade de determinados resultados lesivos – daí que notabiliza-se como critério político-criminal de restrição do tipo penal (*e.g.*: crime de "revelação de segredos" à determinadas pessoas de confiança, na Alemanha) –, o princípio vitimológico, também conceituado como *máxima vitimodogmática*, desde o seu aparecimento tem recebido críticas diversas[499], provenientes, sobretudo, dos segmentos punitivistas, mais conservadores, que por ignorância ou prestidigitação creditam ao recrudescimento do direito penal a panaceia para a reafirmação da autoridade do Estado (contra o reino da impunidade) e a contenção da criminalidade, ideia essa por vezes aceita como válida,

---

496 A esse respeito, cf., por todos, HILLENKAMP, Thomas. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur "viktimologischen Maxime" als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip, op. cit., *passim*.

497 SCHÜNEMANN, Bernd. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas. *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal.* Trad. de Luis Reyna, Lima: Grijley, 2006, p. 27.

498 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 95. Em alemão: SCHÜNEMANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, in: Schünemann (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug,* 2002, p. 62 e ss.

499 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 94-95. Uma delas, lembrada por Silva Sánchez, ressalta que uma das funções essenciais do direito penal é a de pacificação, que *"consiste en evitar un clima social general en el que todos se vean como enemigos potenciales y sientan la necesidad de protegerse al margen del Derecho"*. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993, p. 7. Outros posicionamentos críticos encontram-se na seção *4.7 infra*, especialmente dedicada a esse fim.

mormente quando difundida em um ambiente social marcado pela violência desenfreada, o que, ao nosso ver, obsta o avanço e consolidação plena das premissas nas quais se escora a vitimodogmática.

Com efeito, se em sua versão original, que remonta há mais de três décadas, a máxima vitimodogmática, a par dos postulados que lhe dão o sopro de vida, inclinou-se para a criação de mecanismos de exclusão da tipicidade em relação aos tipos penais menos gravosos – o exemplo emblemático é o crime de "estafa" (estelionato)[500] –, a questão que motiva os debates hodiernos em torno do tema é saber se esse conceito tem a *pretensão de estender seu âmbito aos delitos violentos*, como o estupro, o sequestro e o roubo, uma vez presente o requisito fundamental, que é a contribuição decisiva da vítima – que atua com liberdade e consciência – para o fato (ação a próprio risco)[501].

Infere-se, da construção de Schünemann, que a máxima *vitimodogmática* cumpre invariavelmente um papel fundamental no marco da interpretação dos tipos penais, vazado na concretização do princípio constitucional de *ultima ratio*, razão pela qual os efeitos normativos dela dimanados se espraiam às situações concretas (fatos *ab initio* subsumíveis à descrição típica) mesmo sem que o princípio vitimológico esteja positivado como norma de garantia na parte especial do direito penal[502]. Com isso, observa-se que o enfoque vitimodogmático de redução *in concreto* da amplitude dos tipos penais, calcado na interpretação produzida pelo princípio vitimológico, que tende a desfavorecer a vítima em situações específicas[503], amplificando o alcance da fórmula da *ultima ratio*, evidencia a importância da política criminal para a dogmática do direito penal, tal qual defendido no início desta pesquisa.

Ao se debruçar sobre a vitimodogmática, Claus Roxin[504] critica a ampliação dos espaços de ingerência do princípio vitimológico, que faz esse vetor interpretativo incidir nas partes especial e geral com um certo descontrole, de modo a excluir a tipicidade às custas do

---

[500] Ao qual acrescentam-se os tipos incriminadores de *revelação de segredos* e de *apropriação indébita*, vale dizer, todos pertencentes basicamente ao âmbito patrimonial. Contra, no caso do estelionato, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 564.

[501] As possibilidades de influxo da vitimodogmática na parte especial serão tratadas no Capítulo 6, no qual se avaliará algumas espécies de crimes (violentos e não-violentos), e o fato de a vítima, ao invés de desenvolver atos de defesa contra o agressor potencial, mesmo podendo fazê-lo sem ônus, *deixa-se lesionar*.

[502] São palavras de Schünemann: "En el marco de los tipos penales concretos la pregunta acerca de qué significado tiene el principio victimodogmático en particular es una cuestión de la correcta interpretación de los tipos penales en particular" (cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 101-102.). No mesmo texto, após citar o exemplo do furto praticado contra vítima descuidada, o autor também realça que em toda a sistemática dos delitos contra a propriedade se encontram previamente elaborados pelo legislador os princípios vitimodogmáticos, constatados pelos níveis diversos de punibilidade, proporcionais à gravidade do crime, portanto ao grau de proteção empreendido pela vítima para com os seus bens jurídicos.

[503] Isso se considerado que a punição do partícipe/autor é um dever do qual o Estado não pode abdicar, sob pena de produzir a revitimização.

[504] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 563.

comportamento da vítima. Nesse diapasão, além dos casos vistos (violação de segredos, estelionato), não haveria responsabilidade penal, por exemplo, se alguém deixa-se enganar por uma falsificação tosca e facilmente reconhecível, assim como somente se daria o crime de ameaça se o ato for idôneo para perturbar um homem sensato em sua liberdade de decisão, pelo que não haverá responsabilidade penal do autor da ameaça quando seja possível à vítima se manter firme. Em sede de parte geral, diz também Roxin[505], não haveria que se impor responsabilidade a uma esfera alheia pelo resultado danoso, se no momento em que este se produziu uma outra pessoa a serviço da vítima era responsável pela sua evitação. Sobre os intentos de se fundamentar o enfoque vitimodogmático difundido a partir das ideias originais de Schünemann, Roxin, por fim, salienta que:

> En primer lugar se puede sentar la tesis de que allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos suficientemente peligrosa socialmente por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección. Pero también se puede afirmar que hay una lesión de bienes jurídicos 'en sí misma' digna de castigo y justificar sin embargo la impunidad a partir de la idea de la subsidiariedad del Derecho penal, afirmando que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social y que su intervención no es legítima cuando se disponga de 'medios más benignos' para evitar el daño social. Frecuentemente se utilizan cumulativamente ambos puntos de vista[506].

Tendo por base o princípio da proporcionalidade, não se deve desprezar a equivalência entre a necessidade de pena diante do comportamento do autor e a necessidade de proteção diante do comportamento desenvolvido pela vítima, sendo este o espírito axiológico do princípio *vitimológico*. Como bem disse Cancio Meliá, "no cabría incriminar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí misma"[507]. A práxis jurídico-penal revela que o princípio *vitimológico* não necessariamente precisa ser incorporado à teoria geral do delito como elemento aplicável às normas incriminadoras entabuladas na parte especial, pois já é um vetor que *de lege lata* auxilia na correção da interpretação do direito penal, se adaptando às particularidades das situações individualizadas sob as quais os seus efeitos incidem. Sem embargo, introduz-se nesse âmbito de análise a ideia de *autorresponsabilidade*, mais ampla, referível ao texto constitucional e que se liga à necessidade de preservação da autonomia do indivíduo como liberdade negativa, consistente na não intervenção do Estado na vida privada, o que justifica a atribuição ao âmbito preferente de

---

[505] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 563-564. Demais disso, deve-se atentar que na teoria da legítima defesa a exclusão ou restrição das faculdades defensivas, ativadas em caso de provocação do agressor pelo agredido, se baseiam na implicação da vítima no sucedido.

[506] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 564.

[507] MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, 1999, p. 40.

responsabilidade da vítima dos riscos objetivos aos quais deu causa[508]. Segundo Medina Frisancho, isso significa que quando a vítima intervém junto com um terceiro em uma atividade geradora de risco, "éste último no debe responder dado que no puede ser hecho responsable por lo que otro (la víctima) realizó, estos es, no se le puede imputar aquello que es competencia de quien no administró su ámbito de organización de forma cuidadosa"[509].

4.4.2 O princípio constitucional de autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*) e a violação ao dever de autoproteção

O princípio de autorresponsabilidade, segundo o qual cada indivíduo deve responder por suas próprias atuações e não pelas condutas dos demais, expressa a pretensão hegeliana de imputar a cada pessoa aquilo que deve ser considerado como obra sua[510]. Nas suas elucubrações, Hegel acentua que no âmago da vontade individual, livre para si, o universal, ao manifestar-se como formal, constitui mera relação com a individualidade própria de cada pessoa[511]. Assim, sustenta Hegel, na noção de personalidade, o sujeito como pessoa, embora determinado e finito em todos os aspectos, é uma pura referência a ele mesmo, e na finitude se reconhece como infinito, universal e livre[512].

Com efeito, se de um lado o princípio *vitimológico* surgiu com o fito de propiciar a restrição do alcance de determinados tipos penais, desde uma perspectiva teleológico-mitigadora da interveniência do poder punitivo do Estado, dadas as particularidades dos casos concretos, impossíveis de serem vislumbradas, em sua totalidade, pela atividade legislativa, do outro, a correspondente figura dogmática da parte geral do direito, que também se estriba na contribuição da vítima para o evento, é representada pelo princípio de *autorresponsabilidade*, que destarte reveste-se de função mais generalista. Como dito por Schünemann, "en el marco del debate sobre la imputación de la Parte general ha sido transformado el principio victimodogmático por una serie de autores en la rígida doctrina de la *autorresponsabilidad*

---

[508] São duas as características comuns a todas as construções vitimodogmáticas: *1ª)* dedução dos princípios limitadores do direito penal – subsidiariedade e fragmentariedade – a necessidade de valorar a intervenção da vítima na imputação penal; *2ª)* a concreção dogmática dessas considerações deve lograr-se mediante uma interpretação teleológica restritiva dos tipos penais. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática"..., op. cit., p. 44.

[509] MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial:* un estudio sobre el alcance de la autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras. Lima: Edit. Grijley, 2011, p. 71.

[510] REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *ADPCP,* T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 935.

[511] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípio da filosofia do direito.* 2. ed. Trad. de Norberto de Paula. São Paulo: Ícone, 1997, p. 69.

[512] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípio da filosofia do direito*, *idem*.

como un principio supuestamente superior", acrescentando, para reforçar as suas críticas, que o tal princípio não está contido em nenhuma prescrição legal de imputação da parte geral do direito penal alemão[513].

A autorresponsabilidade exsurge como uma obrigação derivada do dever de autopreservação, inerente à intimidade de cada indivíduo e que ganha relevância na sociedade de risco (concepção funcional-estrutural da sociedade)[514]. Em Jakobs, o papel social representa o limite da (ir)responsabilidade criminal[515], de modo que se a vítima defrauda as expectativas que nascem do seu papel, vale dizer, que dizem respeito aos deveres de autoproteção que lhe são exigíveis como principal guardador/protetor de seus próprios bens, o acontecimento deve ser explicado e resolvido como obra sua e não de um terceiro[516].

Pautado no poder de autodeterminação, que induz a responsabilidade prioritária daquele que tenha capacidade psíquica, volitiva e cognitiva, o princípio da autorresponsabilidade tem no modelo de Estado de Direito a sua decorrência imediata, sendo norma de cariz constitucional[517]. Do seu conteúdo normativo, apreende-se a noção de que cada indivíduo se coloca como o único responsável por suas condutas, por suas escolhas, por sua forma de viver, desenvolvendo livremente a sua personalidade, no pleno exercício de sua autonomia, vinculando-se, nesse diapasão, ao direito fundamental à liberdade[518]. Disso resulta que a autorresponsabilidade aparece como vetor de contenção da incidência do direito penal, pautando a exclusão da tipicidade nas ações a próprio risco da vítima, pois em primeiro lugar

---

513 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 103.

514 Os avanços e correspondentes problemas enfrentados pela sociedade pós-industrial ou pós-moderna podem ser encontrados detalhadamente em: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, *passim*. Trata-se de obra de referência mundial nessa temática.

515 Tanto que adverte que é entre as pessoas, tomadas como componentes de uma sociedade complexa, que se determina a quem compete um curso lesivo: autor, terceiro ou à vítima, por haver infringido um dever de autoproteção, imputando-se, pois, objetivamente a conduta à quem defrauda as expectativas sociais pelo quebrantamento de um papel. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Trad. de Manuel Cancio Meliá *et al*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 53-55.

516 Em outras palavras, se trata de estabelecer se a conduta da vítima determina ou não a tipicidade da conduta do autor que interveio no fato junto com ela. A respeito, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo…, op. cit., p. 121.

517 Em sentido oposto, Luzón Peña aduz: "no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente – que en el fondo sería exclusiva y excluyente – en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo, asume exclusivamente su responsabilidad y los terceros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos y quedarían exonerados de responsabilidad si los lesionan". Cf. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad o de identidad *vs.* principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. In: *Revista Nuevo Foro Penal,* vol. 6, n. 74, 2010, p. 68.

518 MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013, p. 47.

corresponde a todo cidadão um âmbito de organização particular, de maneira que os danos que desta organização derivam poderão ao titular do bem jurídico afetado ser justificadamente imputados. Para Claudia López Díaz, observadas as responsabilidades (momentos *ex ante* e *ex post*) dos intervenientes, cuida-se de contexto jurídico em que:

> (…) se funden autonomía y responsabilidad derivada de aquella. En este ámbito debe considerarse en primer término la conducta lesiva que realiza el propio titular en contra de sus bienes y la conducta riesgosa que menoscaba o pone en peligro sus bienes con la participación de terceros. En este último caso se deberá determinar si dicha actuación riesgosa debe recaer exclusivamente sobre la víctima porque no es jurídico imponer a los demás un deber de tutela general sobre los bienes de terceros, o si por el contrario la participación del tercero es de tal envergadura que puede responder como partícipe o como autor mediato[519].

As ações a próprio risco fundam-se na premissa de que o indivíduo tem direito à livre configuração de seu mundo, que lhe pertence em caráter de exclusividade. Segundo lições de López Díaz, para que essa atuação exclua a imputação do terceiro, exige-se a reunião de três pressupostos básicos: *1)* a atividade arriscada deve permanecer no âmbito do organizado conjuntamente por autor e vítima, ou seja, para que haja autolesão, a vítima deve ter sob seu controle a decisão acerca de como se desenvolve a situação perigosa; *2)* a vítima deve ser um sujeito autorresponsável, com capacidade para calcular a dimensão do risco, que deve ser conhecido ou cognoscível; *3)* o terceiro não deve ter uma especial situação de proteção frente ao bem jurídico, é dizer, não deve ostentar uma posição de garante em face da pessoa que se autocoloca em perigo[520]. Para Juarez Tavares, os critérios que indicam a medida de autorresponsabilidade podem ser delimitados por regras de exculpação ou de consentimento, sendo que estas fixam as seguintes balizas para a renúncia válida ao bem jurídico do sujeito autorresponsável: *a)* que os bens jurídicos sejam disponíveis; *b)* que o agente seja seu único titular; *c)* que o agente tenha a capacidade de consentir, quer dizer, que possa avaliar, em face de suas condições pessoais, o significado e o alcance de sua renúncia; *d)* que o ato de disposição não tenha sido obtido por coação, fraude ou com violação de dever pessoal; *e)* que o consentimento tenha sido manifestado antes do fato, expressa ou concludentemente; *f)* que o consentimento não viole princípios fundamentais da ordem jurídica[521].

Diante das considerações já alinhavadas, torna-se forçoso admitir que esses requisitos efetivamente operam como mecanismos consistentes de delimitação das fronteiras entre as ações e resultados danosos penalmente imputáveis e não-imputáveis ao terceiro

---

519 LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo…, op. cit., p. 140-141.

520 LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo…, op. cit., p. 145. Ver também: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 100.

521 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto...*, op. cit., p. 290.

interveniente, uma vez que outorgam significado e legitimação à *assunção do risco pela vítima*. Com efeito, verificada a lesão, a primeira coisa que o intérprete deverá fazer é indagar se ela é resultado de uma ação a próprio risco da vítima, praticada individual ou conjuntamente a outrem. Só após, se debruçará em torno de questões outras, tais como se a vítima foi instrumentalizada pelo autor, se era d'algum modo vulnerável, se o bem de sua titularidade era ou não disponível, voluntariedade, relações de confiança, capacidade de evitação do dano, etc. Exemplificando: *1) "A", descuidado, deixa o seu leptop em cima da mesa da biblioteca da faculdade enquanto vai ao banheiro. Ao retornar, percebe que o aparelho não mais se encontra no local onde estava*. A questão a ser enfrentada pela lente vitimodogmática é: *responderá o indivíduo que subtraiu o objeto pelo crime de furto simples (art. 155, caput, CP) ou a ação arriscada da vítima o isentará da correspondente imputação penal?* Tendo por base o princípio vitimológico de Schünemann, que se aplica preferentemente aos crimes patrimoniais não violentos, o problema posto deve ser trabalhado no marco da interpretação dos tipos penais[522], resolvendo-se o dilema da exclusão (ou não) da tipicidade do fato[523]. Contra o entendimento de que exclui este elemento constitutivo do crime, erguem-se com bastante coerência as vozes que se alinham ao princípio da confiança, que conforme estudado em outro momento deste texto guia a normalidade e segurança das relações sociais no mundo complexo. Ademais, pode-se argumentar que a criação do crime de furto simples visa proteger justamente as vítimas descuidadas. Nesse sentido, a noção de autonomia não levaria a tanto, pois ao ordenamento jurídico seria defeso albergar como legítimas atitudes que violam regras sociais básicas, como a da confiança. Em verdade, mesmo que cabalmente preenchidos os critérios dogmáticos que imputam a conduta objetivamente à vítima, isentando-se, destarte, o autor, as vezes choca sustentar um espaço de liberdade tão amplo. A realidade, todavia, é que sempre se haverá de confrontar os valores socialmente relevantes com a ideia de que o direito penal é a *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos, mormente quando se afigurem disponíveis e o caso concreto indicar um inequívoco desprezo da vítima; *2) "B", por confiar em "C", entrega a chave do seu automóvel para que este, embora embriagado, o leve até a sua residência. Durante o percurso, há um acidente que termina por ceifar a vida de "B"*. Trata-se de situação em que claramente se faz presente uma *organização conjunta autor-vítima*, à qual se somará o resultado de uma

---

[522] Para Schünemann, no limite dos tipos penais concretos a pergunta acerca de que significado tem o princípio vitimodogmático em particular é uma questão da correta interpretação dos elementos dos tipos penais em particular. Segundo Schünemann, outrossim, há que se respeitar o domínio do titular do bem como critério vitimodogmático. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 101-103.

[523] Opondo-se à generalidade do uso do princípio vitimológico, Roxin adverte que *"un hurto sigue siendo un hurto aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado com su propias cosas"*. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 564.

análise mais detida acerca da presença dos demais elementos autorizadores do dano em uma heterocolocação em risco consentida, dentre eles a capacidade intelectiva da vítima. Em ambos exemplos, tanto o princípio vitimológico quanto o de autorresponsabilidade, aqui trabalhados, autorizam uma análise do coeficiente de atuação da vítima (descuido e organização conjunta), que em princípio poderá isentar o agente/terceiro de responsabilidade criminal. Devemos reconhecer, entretanto, que a conclusão é difícil e problemática, mormente no que se refere à primeira situação apresentada, pois envolve inúmeros valores sociais que merecem a devida consideração antes da tomada de postura. Neste trabalho doutoral, mais do que apresentar saídas apodíticas para temas tão sensíveis e complexos, intentamos discutir a problemática como sendo passível de soluções diversas das usuais, o que se tornará possível apenas se for conferida à figura da vítima a conotação dogmática devida.

Já vimos, com Roxin[524], que a ação típica não pode ser concebida exclusivamente como um dado prévio ontológico, necessitando, primordialmente, de análise empírico-valorativa à luz dos princípios de política criminal (p. ex.: *intervenção mínima*). Realce-se que ao considerar o dever jurídico – de vez que fundado em normas constitucionais[525] – de a vítima cuidar em caráter prioritário dos seus próprios bens, a autorresponsabilidade reduz sensivelmente as condições de imputação ao tipo penal objetivo[526]. De acordo com Cancio Meliá[527], o núcleo da ideia de autorresponsabilidade delineia-se em duas inabdicáveis premissas: *1)* a todo cidadão corresponde um âmbito de organização própria que corresponde ao seu âmbito vital; e *2)* em princípio, também corresponde a quem é titular de tal âmbito de auto-organização a responsabilidade pelos danos que possam derivar dessa organização própria. Logo, em um ordenamento jurídico liberal, não paternalista[528], tem o titular do bem jurídico a competência primária para sua conservação, o que equivale, sem mais, ao dever ético e legal de

---

524 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

525 Reputamos, dentre outros, como normas das quais o princípio de autorresponsabilidade deriva, os seguintes dispositivos da CF/88: arts. 1º, *caput*, e inc. III, 5º, *caput*, e inc. X (inviolabilidade da intimidade).

526 Luzón Peña defende que ao contrário de basear-se no princípio de autorresponsabilidade, a correta análise das possibilidades de imputação jurídica há de calcar-se no *princípio de alteridade* ou *não identidade* entre autor e vítima da colocação em perigo, *"porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí mismo, eso como regla no afecta a la convivencia externa y por tanto al Derecho, sino en todo caso al ámbito interno de la moral"*. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad..., op. cit., p. 70.

527 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal:* estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arraigadas. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1997, p. 449.

528 Para uma análise das doutrinas chamadas *antipaternalistas* e bem assim do *harm principle* (princípio do dano), segundo o qual o Estado só estaria legitimado a intervir contra a vontade do indivíduo em caso de prevenção de danos a outros, tendo por base filosófica o utilitarismo de John Stuart Mill (1806-1873), cf. FEINBERG, Joel. *The moral limits of Criminal Law:* Harm to Self. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986, *passim*. A questão é definir se – e em que medida – a vítima poderia, por decisão própria, validamente negar o paternalismo estatal, o que não deixa de ser uma postura utilitarista, em vista das vantagens jurídico-penais que inegavelmente produz.

autoproteção.

Posto isso, faz-se de todo importante destacar que critério motriz deve ser utilizado para definir se a vítima é autorresponsável, o que operará contra a existência do injusto penal: *a vítima não será autorresponsável se puder confiar, desde o ponto de vista normativo, que o terceiro, ao atuar conforme o dever, poderia dominar o curso causal lesivo, ou, excepcionalmente, embora existindo uma situação de autocolocação em perigo, a vítima poderia confiar no controle prioritário do risco por parte do terceiro devido a uma posição especial de proteção deste com respeito ao bem jurídico de titularidade daquela*[529]. Isto significa, a *contrário sensu*, que a lesão será reportada à esfera de intimidade da vítima quando for resultado da manifestação de sua vontade livre e consciente.

A autorresponsabilidade, portanto, busca, respaldada na atitude da vítima para a ocorrência do fato (*facere* ou *non facere* em face de bem jurídico de sua titularidade), em arrojada pretensão, universalizar-se como princípio geral do direito penal, sendo de rigor reconhecer a sua positivação, cujo alcance dogmático se espraia por todo o ordenamento infraconstitucional brasileiro, como expressão do reconhecimento da sua dignidade constitucional. De seu turno, embora fiado no mesmo pressuposto dogmático (contributo decisivo da vítima), cumpriria ao princípio *vitimológico*, nos termos da construção desenhada por Schünemann, atuar, *de lega lata*, sobre tipos penais específicos, majoritariamente ligados ao campo patrimonial. Nessa caminhada, o intérprete, bem como o legislador, *de lege ferenda*, não fugirão do processo de ponderação de interesses conflitantes: de um lado, princípios como os da autonomia, autopreservação, liberdade, proporcionalidade da intervenção penal e direito penal como *ultima ratio*; de outra banda, valores como os da confiança, segurança jurídica e proteção do sujeito hipossuficiente.

4.4.3 A imputação da ação ao âmbito de responsabilidade da vítima como categoria dogmática independente

De acordo com a teoria da imputação objetiva, cujos aspectos centrais foram estudados no capítulo anterior, para se imputar um fato punível a um sujeito de direito não basta a existência de uma mera relação de causalidade material, mas se requer, para além disso, que o sujeito ativo do delito haja criado um risco juridicamente desaprovado e que este risco se concretize no resultado (funcionalismo de Roxin). Analisando, noutro giro, a doutrina de

---

[529] ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología.* Vol. 25, Núm. 75 (2004), Bogotá, p. 270-271. Cf., no tópico *4.5 infra*, os contrapontos entre o dever de garante – que não é ilimitado – e o instituto da autocolocação em risco.

Jakobs[530], tem-se que se a vítima vier a frustrar as expectativas sociais que nascem dos deveres de autoproteção dela exigíveis na qualidade de principal sujeito garantidor da proteção dos seus bens jurídicos, o resultado produzido será reconduzido ao seu âmbito de responsabilidade, quer dizer, a imputação volta-se para a conduta da vítima, livrando-se, o terceiro, das consequências penais em face da inexistência do crime, por exclusão da tipicidade de sua conduta[531]. Mais exatamente, a imputação à vítima configurará uma instituição dogmática própria, incluída no primeiro nível da imputação objetiva, que é a imputação do comportamento (conduta), evitando-se a análise do segundo elemento da imputação objetiva, que é a imputação do resultado. Assim, para a teoria da imputação objetiva do comportamento, a competência da vítima pode surgir como critério de risco permitido (ao autor), razão pela qual, ao se tratar de um risco penalmente (ir)relevante, não faz sentido ir além para se verificar a concretização de qualquer resultado.

Em verdade, se a vítima, de forma voluntária e consciente, viola o dever de autopreservação, colocando-se em situação periclitante, não interessa saber se o resultado eventualmente produzido é obra do agente, para em seguida responsabilizá-lo penalmente, pois com a imputação à vítima este resultado não se afigurará criminoso. A categoria da *imputação à vítima* ora em apreço constitui, por este prisma, uma instituição dogmática autônoma, inserida no nível de imputação que toma por norte a competência ou capacidade da vítima (imputação da conduta), portanto numa perspectiva *ex ante*. Essa inversão de imputação, que palmilha as aspirações em torno da contenção do poder punitivo do Estado (*ius puniendi*), além de ser corolário do princípio constitucional de autorresponsabilidade, ordinariamente se configura diante de uma ação conjunta vítima-autor[532]. A razão disso, conforme intelecção de Cancio

---

530 JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30-32.

531 Metodologicamente, na perspectiva de Jakobs o direito penal verifica se o autor ou a vítima defraudaram as expectativas normativas, vulnerando a vigência da norma; do outro lado, no olhar de Roxin, interessa saber se o bem jurídico tutelado (objeto material) foi lesionado por parte destes mesmos sujeitos. Cf. interessante estudo sobre os multifários aspectos dogmáticos que envolvem o comportamento da vítima para a eclosão do evento delitivo e dos fatores de exclusão da tipicidade em: DOMÍNGUEZ, Marcelo. Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima. *Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, Montevideo, n. 4, Uruguay, 2016, *passim*.

532 Cancio Meliá densifica a categoria da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima ("imputação à vítima") desenvolvendo a noção de organização conjunta como pressuposto da imputação, sendo suas palavras: "En este sentido, una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima". Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 464. A imputação à vítima, que é um problema de tipicidade, inserido no âmbito do tipo objetivo (imputação objetiva da conduta), deve afastar-se de uma perspectiva unilateral, voltada única e exclusivamente ao autor do fato, para também levar em conta a interação vítima/autor, o que faz entrar em cena a inversão de imputação em vista da organização conjunta autor/vítima (cf. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima.* Curitiba: Juruá, 2010, 166-170). Hassemer e Muñoz Conde lembram que "Los conocimientos criminológicos reducen también la tensión entre delincuente y víctima, relativizando el contraste entre ambos". Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la*

Meliá[533], está em que a esfera de autonomia da vítima faz medrar uma atribuição preferente dos possíveis danos aos quais deu causa ao seu exclusivo domínio. Convém esclarecer, por oportuno, que a introdução da figura da vítima no juízo de imputação não visa formular qualquer reprovação ou discriminação contra tal sujeito, mas, ao contrário, almeja conferir relevância dogmática à automia com a qual se comporta.

Por este olhar, chega-se à conclusão de que as lesões que derivem de uma organização conjunta não geram *a priori* responsabilidade de relevância penal para o autor, ressaltado que a vítima deverá demonstrar, por ocasião do seu agir conjunto, uma vontade plenamente consciente do dano. Assim, dentre as hipóteses cogitáveis, se um sujeito mantém relações sexuais com uma pessoa cujas circunstâncias pessoais revelam um risco de dano possível (*v.g.*, pessoa dependente de drogas ou dedicada à prostituição), resultando de tal contato a transmissão do vírus HIV, seria indiferente, como projeta Meliá em sua tese doutoral[534], *que a vítima conheça ou não a particular condição de que o outro indivíduo é portador desta enfermidade ou ainda a possibilidade científica de transmissão da doença venérea via contato sexual*, porquanto a atividade conjunta realizada (sexo desprevenido) é geradora do risco previamente assumido (com consciência e liberdade), sendo de rigor imputar o fato ao âmbito prioritário da vítima[535]. É importante sublinhar, no entanto, que resposta

---

criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000*,* p. 30.

533 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 465.

534 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 470. No que concerne ao conceito de organização conjunta, o autor expõe: "Pueden ir desde un mero acto comunicativo (tanto por parte de la víctima como del autor) – por ejemplo, pedir que el autor o que la víctima realice algo – hasta llevar a cabo directamente la actividad arriesgada. Tampoco es relevante *per se* en este ámbito, como también se ha expuesto antes, cuál sea la interpretación asignada en su fuero interno por autor o víctima al contexto de interacción. Lo importante es que la interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía. Sólo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima. De modo paralelo al principio de actos propios, nadie puede ser distanciado de los riesgos que implica la realización de la actividad que pone en riesgo sus bienes sin resultar contradictorio y poner en duda, precisamente, su autoresponsabilidad. El criterio decisivo está, por tanto, en determinar hasta qué punto el contacto social en cuestión puede ser definido de modo unilateral por la víctima como inocuo y a partir de qué momento la organización conjunta abandona esa esfera y adquiere una definición objetiva propia que no depende del arbitrio de los intervinientes". Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 472-473.

535 Cético no tocante às consequências dogmáticas por contágio do vírus HIV, Jakobs aduz que: "tampouco está claro sob que condições exatas a competência (capacidade) da vítima exclui de maneira radical a competência (capacidade) do autor (como se aceita no consentimento), e quando existe algo parecido a uma concorrência de culpas jurídico-penalmente relevante que diminui a responsabilidade do autor sem eliminá-la por completo". Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31. Conforme acentuado pela teoria do papel social abraçada por Jakobs, *vítima*, no rigor técnico-jurídico do termo, é aquele sujeito que efetivamente desempenha o *papel de vítima* e não quem *atua a próprio risco*. Por exemplo, o empregado que deixa de utilizar quites de proteção/segurança disponibilizados pelo empregador, vindo a por esse motivo ferir-se no local de trabalho, deverá ser responsabilizado por ter violado o papel que, do contrário, o tornaria no rigor técnico do termo vítima.

diametralmente oposta, por ausência de organização conjunta – elemento exigível para a imputação à esfera de responsabilidade da vítima –, se dará às situações em que se verifique, de forma inconcussa, algum defeito cognitivo do lesionado, caracterizado quando o autor, devido à existência de um desnível entre seus conhecimentos e os da vítima, instrumentaliza a conduta desta. Suponhamos, tendo por apoio o exemplo acima, que a transmissão do vírus ocorreu em virtude de contato sexual mantido entre duas pessoas casadas há vários anos, uma delas portadora do mal. Parece-nos que haverá, em tal hipótese, um desnível de conhecimento entre o autor e a vítima se esta confiava sinceramente que seu companheiro era fiel e portanto mantinha relações sexuais unicamente no contexto do casamento.

Ademais disso, pode haver a situação, apresentada por López Díaz, em que a vítima, burlando os seus deveres de autoproteção e tendo a oportunidade de evitar o perigo a bem jurídico de que é titular, cria unilateralmente, portanto sem compartilhamento de tarefas, uma nova relação de risco, transferindo livre e voluntariamente o risco criado por outrem ao seu próprio âmbito de organização ou responsabilidade. Com efeito, embora o agente tenha primeiramente criado um risco juridicamente desaprovado, não existe em tal situação relação direta do risco originalmente criado com a materialização do resultado final, para o qual concorre uma nova cadeia causal determinada pela vítima, o que gera a exclusão da relação de risco para o agente, migrando ao âmbito de responsabilidade da vítima, cuja obrigação é a de proteger a si mesma frente aos perigos. O exemplo, dado por Roxin[536], é o seguinte: *"A lesiona B, que é imediatamente transferido ao hospital, mas se nega a receber uma transfusão de sangue – necessária para o sucesso da cirurgia – por ser testemunha de jeová"*. Nesse cenário, se a vítima vier a morrer ou a sofrer uma sequela mais gravosa por não permitir a realização do tratamento esposado pela equipe médica, estará criando uma nova relação de risco que *tout court* somente a ela deverá ser imputada. Sintetizando, há três possibilidades: *a)* o comportamento da vítima é posterior ao do terceiro; *b)* o comportamento da vítima é simultâneo ao do terceiro; *c)* o comportamento do terceiro é posterior ao da vítima. Em todos os casos, exige-se que a vítima tenha sob seu controle tanto a decisão tomada quanto o desenvolvimento da situação perigosa.

A ausência de imputação objetiva ao autor do fato diante de uma ação a próprio risco da vítima, que individual ou conjuntamente ao autor intervém de modo a lesar os seus próprios bens/interesses, a par das implicações produzidas no sistema geral de imputação, demonstra que as contribuições vitimodogmáticas têm o condão de auxiliar na solução de

---

[536] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 392. Assim também, LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo…, op. cit., p. 124.

problemas candentes da teoria do delito, produzindo as mudanças de que a ciência do Direito Penal necessita. Entende-se, com Jakobs[537], que a vítima não pode assumir uma interação social arriscada sem em contrapartida aceitar, como produto desse seu comportamento temerário, as consequências lesivas que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis. Com efeito, se a organização conjunta é imputável à vítima autorresponsável[538], pouco importa aferir, em uma aproximação preambular, se o terceiro agiu ou não com dolo, como no caso *suso* aludido da transmissão do vírus HIV por contato sexual com pessoa de comportamento suspeito. Pode-se dizer, em conclusão, que a categoria vitimodogmática de "imputação à vítima" aqui dimensionada de certa maneira concretiza a força normativa do princípio constitucional de *autorresponsabilidade*.

4.4.4 Autocolocação em risco (*Selbstgefährdung*)

Convém esclarecer que a feição *negativa* do momento de *redescobrimento da vítima*, relacionada à recondução da responsabilidade pelo dano preferentemente ao seu âmbito – o que ocorre, por exemplo, em ações conscientes realizadas conjuntamente ao autor –, não supõe ou postula um retorno ao modelo de vingança privada, no qual as margens de atuação/disposição dos sujeitos envolvidos no fato ganham maior amplitude, por ausência de dirigibilidade normativa estatal. O que os parâmetros vitimodogmáticos defendidos neste trabalho reivindicam, em verdade, é uma avaliação mais correta da tipicidade penal, não implicando no desmerecimento do sistema jurídico-repressivo, cuja importância se realça. O Estado, portanto, mantém-se como entidade executora da tutela protetiva do cidadão, sendo de rigor, nessa senda, punir exemplarmente, contanto que cabível, o violador da norma penal incriminadora. Nada disso afasta, porém, a noção de que a pessoa humana, ao tempo em que tem assegurada sua dignidade, como objeto de resguardo do Estado, também impõe a este uma limitação quanto ao processamento da responsabilidade alheia sobre a base da liberdade de agir, de modo que a ninguém se imporá responsabilidade porque outrem decidiu, por conta própria,

---

[537] JAKOBS, Günther. *A imputação...*, op. cit., p. 31.

[538] Para sua perfectibilização, importa que a interação entre vítima e autor crie um contexto comum de um mesmo significado objetivo, determinado conforme padrões normativos, quer dizer, somente são conjuntos aspectos da organização que se apresentem como um elemento inerente à atividade escolhida pela vítima, a par da sua autonomia. No ângulo oposto, não haverá organização conjunta se a conduta do autor introduz algum elemento adicional aos fatores de risco já presentes no contexto comum ou quando a situação de fato apresenta fator de risco extra aos sujeitos inicialmente envolvidos, possuindo o autor especial controle sobre os riscos ao bem jurídico da vítima. Nesse sentido, cf. FONSECA, Ana Clara Montenegro. *Conduta da vítima de crime na dogmática penal:* análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 139 e ss.

atuar diversamente, ainda que se submetendo aos perigos do seu agir[539]. Como instituo concretizador do princípio da autorresponsabilidade, a autocolocação em risco significa que, ainda que o agente tenha contribuído causalmente para o resultado, "este não lhe será imputado quando a vítima se tenha, deliberadamente, colocado em perigo ou se autolesado"[540].

Para além de clarividenciar o relevo vitimodogmático sobre o alcance do tipo, estrutura da teoria da imputação objetiva discutida no capítulo anterior, a presente pesquisa tem o escopo de sistematizar o terreno jurídico-penal no qual se tornarão operativos aqueles institutos dogmáticos que têm no seu cerne a valoração da conduta da vítima. Nesse contexto, a autocolocação em risco aparece como importante mecanismo de delimitação da responsabilidade penal em face de um acontecimento que modifica o mundo exterior. Com efeito, ao firmar em bases normativo-valorativas a sua teoria do âmbito sobre o qual recai a proteção da norma que incrimina determinada conduta, que tem no alcance do tipo uma das condições necessárias de imputação, Roxin assinalou que:

> Tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor; e incluso en los casos de asignación a una esfera de responsabilidad ajena [...] se puede decir que el resultado no se le imputa al primer causante porque en el momento en que se produjo otras personas al servicio de la víctima eran responsables de su evitación. Y en la teoría de la legítima defensa se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido [...], se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, es decir que son explicables victimológicamente[541].

Assim, preocupado com as grandes questões que assolam parcela da dogmática da teoria do delito, em especial quando a vítima ocupa uma posição central para o acontecer arriscado, Roxin distingue na categoria do *alcance do tipo* (p. ex.: proibição de matar, lesionar, roubar etc.) três desdobramentos possíveis, os quais cerceiam a imputação do resultado ao tipo objetivo, sendo eles: *1)* a cooperação em um autocolocação em perigo dolosa; *2)* a colocação em perigo de um terceiro por ele consentida; e *3)* a imputação do resultado configurado a um âmbito de responsabilidade alheio[542]. Nesse giro, diferentemente de Bernd Schünemann, que construiu via princípio vitimológico um parâmetro vitimodogmático específico, a ser utilizado no campo da interpretação permitida do tipo penal, quer dizer, como regramento direcionado à

---

539 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370.

540 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 372.

541 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 563-564.

542 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 387. Encaixam-se, na terceira hipótese, as obrigações de interesse público, como as que decorrem do exercício de profissão ou de situação especial (*v.g.*, salva-vidas, bombeiros, professores, médicos, policiais), em que o terceiro assume a vigilância ou cuidado objetivo sobre o comportamento da vítima.

parte especial, Roxin desenvolve o instituto da participação em uma autocolocação em risco com base em critérios normativos de imputação[543].

Em geral, discute-se a aplicação descriminalizadora da cooperação em tela quando alguém incita ou coopera em ações arriscadas de outro (vítima) que se mostrem bem mais perigosas do que as práticas normais da vida (*id quod plerumque accidit*). A propósito da incitação, Velasquez Velasquez traz um interessante exemplo: *se A incita o temoroso B a que nade em uma profunda poça de um rio caudaloso e B, que se dá conta do perigo e assume os riscos, encontra a morte*, esse resultado não será objetivamente imputável ao incitador[544]. Na autocolocação em risco, como se percebe, é a vítima quem incrementa o dano, sendo o terceiro interveniente um mero auxiliar deste proceder a um tempo voluntário e periclitante. Destarte, aquele que participa de uma autocolocação em risco consciente não deverá ser responsabilizado criminalmente, uma vez que tal contexto fático levará à exclusão do elemento tipicidade. Roxin, que também sistematizou a *heterocolocação em risco consentida*, equiparando em algumas situações os seus efeitos aos da *autocolocação*, enaltece a posição firme do BGH em rechaçar a imputação penal em casos de cooperação em uma autocolocação em perigo responsável quando o sujeito que *coloca-se a si mesmo* em perigo é consciente dos riscos na mesma medida que o cooperador, ressaltando todavia que, do contrário, *"si el incitador o promotor se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión (BGH NStZ 1986, 266), crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador"*[545]. Inobstante o relevo jurídico-penal dessa contribuição doutrinária, refletida em decisivos pronunciamentos judiciais na Alemanha, até o presente momento os tribunais brasileiros pouco têm aplicado as soluções advenientes da autocolocação em risco[546], talvez por desconhecê-las, em que pese devesse fazê-lo em muitas situações enquanto medida de justiça.

Segundo lembra Alessandra Orcesi Greco, o instituto da autocolocação da vítima em risco surgiu na Alemanha para aplicar-se a três situações delimitadas: *1)* drogados que compartilham seringas e um deles morre ao contrair o vírus HIV; *2)* participação em suicídio, naquele país impune; e *3)* transmissão do HIV por via sexual, quando o parceiro consente na

---

[543] Em suma, Roxin trabalha as categorias da autocolocação e da heterocolocação como pertencentes ao *fim de proteção da norma*, isto é, como critério de imputação objetiva, abarcando situações não alcançadas pelo *princípio vitimológico* de Schünemann, que se restringe, conforme visto acima, basicamente a alguns crimes patrimoniais não violentos.

[544] VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal.* Parte General. Cuarta Edición. Bogotá: Edit. Comlibros, 2009, p. 600.

[545] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 191.

[546] Para maiores detalhes, ver seção *4.5.2 infra*.

relação perigosa, mesmo previamente advertido dos riscos pelo indivíduo infectado[547]. Nesse caso, seguindo a linha teórica traçada por Roxin, para quem o tipo não alcança o ato de quem participa de uma autolesão, a conduta será afastada do âmbito de incriminação da norma na atuação diante de perigos criados e assumidos voluntariamente pela própria vítima *(a)* e na intervenção de terceiros na gênese do processo de produção do fato *(b)*.

Alguns exemplos, registrados por Juarez Tavares[548], esclarecem os limites do instituto: *1) A aconselha B a dedicar-se ao alpinismo e a escalar a Cordilheira dos Andes, embora não participe da aventura. Por ser B ainda inexperiente neste esporte, não consegue fixar corretamente um dos grampos de sustentação, cai e morre no meio da tentativa de escalada*; *2) A convida B a participar de uma corrida noturna de automóveis ("pega", "racha"). B, durante a disputa pelas ruas da cidade, abalroa de frente um caminhão, morrendo em decorrência do acidente*; *3) A convida B a participar, juntamente com outros, de uma sessão de consumo de drogas. Como B havia tomado, anteriormente, algumas doses de uísque, sem o conhecimento de A, tão logo absorve por aspiração os primeiros miligramas de cocaína, sofre uma parada cardíaca e morre*. Em todas essas hipóteses, nas quais a contribuição autorresponsável da vítima para o evento constitui o ponto de gravidade sobre o qual se situam as forças favoráveis à sua produção[549], mesmo que o terceiro tenha atuado vislumbrando um possível óbito da vítima a partir do efetivo exercício por ela da atividade arriscada[550], o fato é que o resultado lesivo não se incluiria no alcance do tipo de homicídio, se entendermos que a formatação de tal crime se deu com o escopo de proteger o cidadão de outras formas de ações.

Quando se trata de participação dolosa (provocação, instigação etc.) em suicídio comparada com a participação (imprudente) em uma autocolocação em risco, da qual poderá resultar autolesões ou mesmo o suicídio, a conclusão da não imputação ao terceiro é ainda reforçada, conforme destacou Roxin[551], pelo fato de que na Alemanha não se pune como criminosa a primeira conduta, o que fundamentou a decisão *BGHSt 32, 262*, como se vê a

---

547 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103.

548 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto...*, op. cit., p. 291.

549 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 372.

550 Na primeira hipótese, trata-se de risco permitido, que em muito se assemelha ao famoso caso do sobrinho que deseja a morte do seu tio rico, o orientando ou induzindo a praticar uma atividade arriscada com a finalidade de cumprir tal intento eticamente reprovável, de modo que não serve ao seu deslinde a intenção dolosa do agente. Na segunda, embora o risco não seja permitido, a vítima agiu com autorresponsabilidade, imputando-se ao seu âmbito a lesão. Na terceira, tem-se que também há um agir autorresponsável e o agente desconhecia a situação de embriaguez prévia (vulnerabilidade) da vítima.

551 Cf. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal.* Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 133. Roxin ressalta, todavia, que a maioria da doutrina justifica a impunidade do terceiro no conceito geral de autorresponsabilidade daquele que se autolesiona ou se coloca em perigo, que realmente é a base da impunidade do partícipe da autocolocação em risco.

seguir: *"quem provoca, possibilita ou fomenta de forma culposa uma ação autorresponsável que conduzirá a autolesões ou ao suicídio não pode ser punível, se nem sequer no caso de provocação, possibilitação ou fomentação dolosa ele seria punível"*[552]. Transportada esta situação para o Brasil, o argumento *a maiore ad* minus utilizado pelo BGH não caberia, tendo em conta que aqui a participação em suicídio é crime, de maneira que a impunidade da participação imprudente do agente em ato que tal se daria apenas à luz do preenchimento dos pressupostos do princípio da autorresponsabilidade. Deste modo, se a vítima tem a intenção suicida e esse fato é de conhecimento do terceiro incitador/provocador do perigo ou da lesão, que age dolosamente para que a vítima efetivamente retire a própria vida, não lhe será imputado o delito de homicídio, mas sim o crime previsto no art. 122 do CP[553].

Em que pese a solidez dos argumentos dos defensores da impunidade de quem participa de uma ação arriscada com resultado lesivo à base do instituto vitimodogmático da autocolocação, merecem nota as críticas apresentadas por Margarita Bonet Esteva às soluções do BGH: *1)* não existe posição de garante (dever especial de tutela) entre os usuários de droga, sendo este o real motivo que faz com que o terceiro não seja responsabilizado pela morte; *2)* critérios básicos de autoria mediata resolvem os casos em que a conduta da vítima seja penalmente relevante; *3)* a teoria da equivalência das condições já resolve muitas das questões[554]. Uma outra objeção de Bonet Esteva relaciona-se à carência de critérios normativos para se definir os limites das possibilidades individuais de proteção, pois a não positivação do instituto impede que sejam estabelecidos os casos em que a intervenção penal não permite a autoproteção (fronteiras de proteção do bem jurídico)[555]. Essas críticas, entretanto, não merecem prosperar, mormente diante do peso dogmático alcançado nos últimos anos pela *ação a próprio risco da vítima*. Duas razões adicionais, outrossim, amparam tal entendimento:

---

[552] O que se pune, na Alemanha, é a execução de morte a pedido (conduta de autoria), segundo o § 226 do Código Penal alemão (Strafgesetzbuch, StGB), assim redigido: *"§ 216 Tötung auf Verlangen. (1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. (2) Der Versuch ist strafbar"* (Em tradução livre: "Matar a pedido. (1) Pune-se com uma prisão de seis meses a cinco anos quem mata diante de um desejo expresso e sincero do homem morto. (2) A tentativa é punível"). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__216.html>. Acesso em: 26 de set. 2019.

[553] Do seguinte teor: *"Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave"*. Não é despiciendo salientar que a participação dolosa em uma autolesão não é crime, de maneira que se o terceiro entrega a vítima um revólver para que ela atire na sua própria perna, e a vítima o faz, aquele não responde penalmente, já que se limita a participar de uma conduta atípica.

[554] BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito:* la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto. Trad. de Alfredo Chirino Sáchez. Madrid: Monografía Ciências Jurídicas/Mc Graw Hill, 1999, p. 198.

[555] BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima...*, op. cit., p. 215.

primeiro, não há como olvidar as respostas que a teoria da imputação objetiva tem dado aos inumeráveis problemas que a teoria do delito enfrenta; em segundo lugar, a figura do garantidor que se enquadraria na hipótese só existe quando o agente cria o risco para a vítima com o seu comportamento anterior, o que não ocorre na participação em uma autocolocação em risco, na qual todos se colocam, espontaneamente, em situação perigosa, embora por regra o resultado danoso não seja desejado pela vítima e, ainda que o seja, poderá não ter entrado na esfera de dominabilidade (conhecimento) do autor (ex.: participação imprudente em suicídio intencional).

Diante dessas considerações, tem-se que para a configuração de uma autocolocação em risco impune três fatores cruciais precisam ser atendidos: lesão originada de uma organização conjunta entre autor e vítima, autorresponsabilidade da vítima[556] e inexistência de um dever específico de garantia por parte do agente[557]. Nesse sentido, haja ou não dolo por parte da vítima em detrimento da sua própria integridade física, a autocolocação operará efeitos quando a participação do terceiro for imprudente[558] ou quando estiver dentro do risco permitido, desde que não entre na sua esfera de dominabilidade a intenção suicida da vítima ou o conhecimento de que a capacidade de autodeterminação desta está de algum modo reduzida[559]. Atente-se, todavia, para a situação, anteriormente mencionada, em que o terceiro *pratica ato sexual com a finalidade específica (dolosa) de transmissão da doença ao seu parceiro descuidado*, devendo-se excluir a tipicidade do crime de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, CP) ou de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP), conforme seja o entendimento[560]. A conduta descuidada ou voluntária da vítima que, nos limites da sua

---

[556] Gimbernat Ordeig, por sua vez, afasta a aplicação da autorresponsabilidade, argumentando, com base no ordenamento jurídico espanhol, que o motivo pelo qual a participação imprudente em uma autocolocação em perigo torna-se impune reside: "en que, si la participación imprudente en un suicidio – esto es: en una automuerte dolosa consentida – y la participación imprudente en unas autolesiones dolosas consentidas son impunes, también – y con mayor motivo – tiene que serlo la participación igualmente imprudente en una autopuesta en peligro consentida que, asimismo por la imprudencia de la víctima, desemboca en el fallecimiento de ésta o en una lesión de su integridad física". Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), p. 94.

[557] P. ex.: o socorrista tem a obrigação de jogar-se na água para salvar o que se afoga, mesmo se o banhista for um imprudente que, sem saber nadar, resolveu, por vontade própria, ir até a parte funda da piscina/mar, etc. Em suma, o descuido da vítima não isentará o garante omisso da responsabilidade criminal.

[558] Margarita Bonet Esteva afirma que a autocolocação em perigo se cinge aos casos nos quais não existe – por parte da vítima e do autor – conhecimento nem vontade com respeito ao resultado final, vale dizer, unicamente aos delitos culposos. Cf. BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima...*, op. cit., p. 262.

[559] Cita-se o exemplo do cedente que sabe que o usuário está embriagado e mesmo assim lhe entrega a droga para consumo, devendo ser responsabilizado pela morte do drogado se esta advier da ingestão conjunta de droga e álcool, uma vez que seu especial conhecimento da situação de fato lhe assegura um domínio sobre a causalidade (evento), da qual o usuário não era possuidor. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 373.

[560] O caso do estelionato (*delito de relação*) praticado contra vítima que por pura ganância sujeitou o seu patrimônio à lesão, se resolveria pelo *princípio vitimológico* de Bernd Schünemann.

autonomia, viola o dever de autoproteção que a vivência social reclama de todos os cidadãos, dará, sem maiores delongas, margem à exclusão da tipicidade de determinados fatos, no que a vitimodogmática, por seus instrumentos, exerce um imprescindível papel.

É muito importante atentar para o fato de que numa autocolocação em risco a vítima deve ter sob seu controle (órbita de incumbência) tanto a decisão sobre si quanto o desenvolvimento da situação perigosa. Nesse sentido, aceita-se como legítima uma ação a próprio risco apenas quando a vítima detenha cognição suficiente acerca do significado da conduta que *ab initio* leva a efeito, não sendo determinante a verificação *ex post* da situação de vulnerabilidade. Consciência, capacidade e voluntariedade se afiguram, destarte, como elementos indispensáveis à caracterização de uma ação a próprio risco da vítima. Postas essas premissas, a questão que se coloca é saber se, tendo o terceiro maiores conhecimentos que a vítima, ainda se poderia cogitar em ação a próprio risco. Com efeito, se o perigo era conhecível para o titular do bem jurídico, que malgrado isso realiza a ação arriscada, ressaindo da esfera de responsabilidade do terceiro informar-lhe plenamente quanto às consequências da ação, a competência primária pelo comportamento arriscado é da vítima, não sendo imputado ao *partícipe* o resultado danoso[561]. Conclui-se, com base no funcionalismo de Jakobs, estudado em outro momento, que a competência da vítima excluirá a responsabilidade alheia quando haja elementos que permitam concluir que o perigo lhe era ao menos conhecível. Em suma, na ação a próprio risco, que caracteriza o instituto da autocolocação, a vítima se coloca com as suas próprias forças diante do perigo, organizando, em divisão de tarefas, a lesão a que se submeterá. Esse comportamento poderá acontecer antes, durante ou concomitantemente à conduta do autor, mas jamais poderá faltar, o que caracterizaria o consentimento.

A autocolocação também se submete a alguns requisitos objetivos e subjetivos complementares, sem os quais a exclusão da tipicidade resultará irremediavelmente prejudicada: *1)* só serve para bens jurídicos individuais e só pode ser considerada nos casos em que a vítima esteja no pleno gozo de sua capacidade mental; *2)* a vítima deve agir voluntariamente e deve estar ciente dos riscos a que exporá o seu bem jurídico; *3)* o comportamento livre e consciente da vítima deve ser determinado para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não tenha sido desejado por nenhuma das partes[562]; ressalvando-se as estreitas hipóteses em que, à finalidade dolosa do autor, se soma a negligência

---

[561] O raciocínio é muito bem desenvolvido por Alessandra Greco ao estudar os requisitos da atuação a próprio risco da vítima: cf. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação...*, op. cit., p. 124-129.

[562] GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação...*, op. cit., p. 166. Ressalte-se que a autora também estabelece como critério objetivo que a vítima tenha mais de dezoito anos.

ou descuido da vítima (violação do dever de autopreservação). Acrescente-se que mesmo diante de uma ação arriscada da vítima, a conduta do autor será punível se revestida de violência (física ou psicológica). Nesse sentido, se por exemplo o torcedor de um time adentra o espaço territorial da torcida rival durante um jogo de futebol e em virtude desse ato de risco sofre alguma agressão etc., não se aplicará o instituto da autocolocação[563]. O mesmo raciocínio vale para crimes sexuais (*v.g.*: estupro), praticados em um contexto de excessiva sensualidade por parte da vítima, quando o ambiente em que estava lhe era conhecidamente desfavorável ou arriscado. Para tais situações, o máximo que se poderia cogitar seria uma minoração da responsabilidade penal do agente, pelo comportamento provocativo da vítima, a teor do art. 59, *caput*, do CP.

Paralelo ao instituto vitimodogmático da *autocolocação em risco*, cujos enquadramentos clássicos se demonstrou acima, a *autocolocação em risco provocada por ato de terceiro* apresenta uma maior complexidade, de modo que a aceitação desse comportamento como fator excludente da imputação da lesão ao terceiro não é unânime na doutrina e na jurisprudência, consoante se verá no último capítulo desta tese[564]. Em síntese, essa forma de *autocolocação em perigo* se perfaz quando, diante da prática dolosa de um ato por terceiro ou da iminência de que esse o pratique, a vítima, em desespero, atenta contra a sua própria vida ou integridade física com o fim de livrar-se da injusta agressão, atual ou iminente.

4.4.5 Heterocolocação em risco (*einverständliche Fremdgefährdung*)

Também chamada de *colocação em perigo alheia consentida*, a heterocolocação em risco ocorre quando a própria vítima provoca a ação do agente, que se aproveita da liberdade lhe conferida para incrementar o risco previamente assumido, interferindo diretamente na esfera jurídica da vítima, ao ponto de enfraquecer de uma ou outra maneira a sua capacidade de dominar a ocorrência do evento danoso (poder de evitar, no alemão: *Vermeidemacht*). Assim, quem realiza uma conduta que põe em perigo uma outra pessoa, presentes a aceitação e a plena consciência do risco pelo afetado, provavelmente não executará um comportamento objetivamente imputável ao seu âmbito de responsabilidade[565]. Na heterocolocação, o perigo, a despeito de executado por outrem, conta com o incentivo ou consentimento da vítima. Portanto,

---

563 Em sentido contrário, cf. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação...*, op. cit., p. 104.

564 Cf. Capítulo 7, *seção* 7.5, onde são analisadas duas decisões a respeito emanadas do TS Espanhol.

565 Essa afirmação não desconhece e nem rejeita a sugestão de Luzón Peña de que, além do conhecimento comum e exato do risco por parte da vítima e do terceiro (*compartilhamento do risco por ambos*), a vítima deve ter controle objetivo sobre o fato perigoso. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad..., op. cit., p. 74-75.

o fundamento dogmático do instituo é a ação determinada ou induzida da vítima, da qual decorre o perigo ou a lesão, não se tratando de uma atuação isolada do agente[566].

Embora diversa da autocolocação em risco[567], a heterocolocação produz, quando a ela equiparada, o mesmo efeito jurídico-penal, a saber: *a exclusão da tipicidade pela relevância penal do comportamento da vítima*[568]. Essa equivalência dependeria de dois pressupostos: o dano deve surgir como consequência da ação e do risco consentidos, e não de outros erros adicionais; e a vítima deve ter a mesma responsabilidade ou controle sobre o acontecimento que o autor[569]. Três exemplos comezinhos na doutrina ajudarão a esclarecer o alcance do instituto: *1º) apesar da tempestade, o indivíduo quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a empreitada, apontando para os perigos nela envolvidos. O sujeito insiste e o condutor acaba correndo o risco, o barco afunda e o insistente passageiro afoga-se*; *2º) querendo chegar de qualquer modo a um determinado lugar, A insiste com B para que este dirija mais depressa, apesar de estar chovendo e a pista estar escorregadia. Embora relute a princípio, B acaba cedendo aos insistentes apelos de A, vindo a derrapar e produzir lesões no passageiro*; *3º) A, como passageiro de um veículo, não aceita colocar o cinto de segurança; em consequência disso, numa freada normal do veículo, mas um pouco mais intensa, golpeia a cabeça no para-brisa, sofrendo uma grave lesão*[570].

Criada por Roxin no ano de 1973, a figura da heterocolocação em perigo consentida tornou-se, como o próprio autor fez questão de mencionar, um controvertido componente teórico da parte geral do direito penal[571]. Dentre as dificuldades apresentadas para o seu reconhecimento como figura jurídica autônoma, com os consectários pertinentes, emerge uma

---

566 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 376.

567 Simplificadamente, na autocolocação em perigo o contributo da vítima é de maior relevância que na heterocolocação, na qual a conduta da vítima se limita a tolerar o comportamento gerador do risco que é levado a cabo pelo autor. Por tais razões, na primeira hipótese o terceiro interveniente é chamado de *partícipe* e, na segunda, o seria de *autor*.

568 Em sentido contrário, defendendo, à luz da legislação penal espanhola, a responsabilidade criminal do terceiro na heterocolocação em perigo consentida, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva..., op. cit., p. 88-90.

569 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* 3. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370. Assim também: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 68; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 115, para quem essa correspondência situará o resultado fora da área de proteção do tipo se observado o seguinte: "*o dano deve ser consequência do risco consentido e a vítima deve ter a mesma compreensão do e responsabilidade pelo perigo que o autor"*.

570 ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, op. cit., p. 367-368. Cf. também: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto...*, op. cit., p. 294, que reforça: *"embora a regra seja a da plena auto-responsabilidade da vítima, a sua decisão auto-responsável, provocando e consentindo no 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"*.

571 ROXIN, Claus. *Novos estudos...*, op. cit., p. 129.

questão decisiva: *se, e em que circunstâncias, a heterocolocação pode ser tratada segundo as regras de consentimento ou se ela deve excluir a imputação ao tipo objetivo*[572]. Em que pese trate-se de problema ao qual voltaremos mais à frente, adianta-se que a heterocolocação em risco consentida se distingue do instituto do consentimento no ponto em que este sempre se dirige ao resultado, não sendo reconhecido se o dano atingir bem jurídico indisponível (*e.g.*, a vida)[573], ao passo que aquele que se expõe a uma heterocolocação em perigo estará, *ipso facto*, se expondo apenas ao risco, de modo a confiar, em todos os casos com relevância prática, que o resultado da ação imprudente não acontecerá e que tudo terá "um final feliz"[574].

Seguindo a formulação teórica de Roxin, que distingue a heterocolocação em risco consentida tanto da autocolocação em risco quanto do consentimento da vítima, a despeito do efeito jurídico-penal vazado na exclusão da imputação ser o mesmo, a jurisprudência alemã reconheceu, em diversas oportunidades, a independência e a validade desse instituto, o que é corroborado por uma constelação de casos com resultados lesivos[575]: *1)* alguém permite que um terceiro lhe injete heroína, ambos estando cientes dos riscos inerentes ao ato; *2)* o comandante de um barco cede à pressão exercida por dois viajantes que, apesar de terem sido avisados por aquele dos riscos, queriam a todo custo cruzar o rio Memel em um dia de tempestade; *3)* alguém mantém relação sexual desprotegida com um parceiro portador do vírus HIV, conhecendo a infecção deste[576]; *4)* um homem que trabalhava em uma construção sentou-se em uma parte desprotegida do veículo, apesar de devidamente advertido em sentido contrário pelo motorista; *5)* jovens tentavam manter-se no teto de um carro que se movia a 70/80 km/h. Em todas essas situações, não há que se imputar os danos decorrentes a outro âmbito que não seja o de responsabilidade da vítima, o que só será possível mediante a incidência do instituto vitimodogmático da heterocolocação em risco consentida, que opera excluindo a tipicidade dos resultados verificados, salientando-se que, no domínio da ação, a imputação se direciona à própria vítima, pela violação da competência que lhe competiria executar com correção. No caso dos jovens que protagonizavam uma corrida ilegal de automóveis ("teste de aceleração", BGHSt 53, 55), com manobras de ultrapassagem e capotamentos, o BGH reconheceu a heterocolocação em perigo consentida, porém resolveu o caso segundo as regras do consentimento, resultando na responsabilização dos motoristas por homicídio culposo, uma vez

---

572 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 130.
573 Isso porque o consentimento via de regra só é válido quando incide sobre *bem jurídico disponível*.
574 Expressão de Roxin: cf. ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 135.
575 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 130-131.
576 Preferimos tratar esse caso como autocolocação em risco, mas desde que o ato seja realizado conjuntamente, vale dizer, com intensa participação da vítima.

que os passageiros "teriam sido meramente expostos às consequências da conduta do motorista e que não teriam tido a possibilidade de afastar a colocação em perigo a que foram submetidos, por meio de uma ação própria"[577].

Em algumas decisões, o BGH entendeu que a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e a contribuição a autocolocação em perigo dolosa deveria apoiar-se na dogmática da autoria e da participação, especialmente na ideia de domínio do fato por parte dos envolvidos (sujeito que se autocoloca em perigo e colaborador). Ou seja, quando existe uma intervenção de maior intensidade da vítima, pela perspectiva do autor a hipótese é de *participação*. De outra banda, quando a conduta da vítima se mostrar mais passiva, vale dizer, se limita a tolerar o comportamento gerador do risco realizado pelo autor, a conduta deste seria constitutiva de *autoria*. Roxin, contudo, critica esse critério argumentando que normalmente não se distingue entre autoria e participação nos delitos culposos, aos quais se amolda o instituto da heterocolocação como corretivo de punições indevidas, e que o domínio do fato consiste no domínio da ação típica, o que não se verifica na auto ou heterocolocação em perigo culposa[578]. Conforme dito inicialmente, o decisivo para que se faça uma distinção acertada é saber de quem parte a colocação em perigo geradora do resultado, pois quando essa ação não parte diretamente da vítima, que tão-só se expõe conscientemente ao risco, existirá uma heterocolocação em perigo consentida. Para os problemas ligados à heterocolocação, Roxin apresenta dois critérios[579]: *1)* a solução do consentimento, por ele rechaçada, uma vez que o consentimento se dirige ao resultado[580], conformando-se o sujeito com a lesão ao bem jurídico, o que não ocorre na heterocolocação; e *2)* a solução da imputação, a qual acolhe.

Ao defender a fundamentação da *imputação*, Roxin[581] sustenta a possibilidade de aplicação analógica das regras da autocolocação em perigo autorresponsável à heterocolocação em risco sempre que houver entre ambas uma equivalência em todos os aspectos relevantes[582].

---

577 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 147. Embora a consequência jurídica seja a mesma (condenação), para Roxin a correção da decisão está em que a anuência dos passageiros não se estendia à manobra de tripla ultrapassagem com alto grau de risco de vida (incremento do risco), e não na solução do consentimento (erro de fundamentação). De se perceber que Roxin adota a tese restritivista quanto à equiparação dos efeitos da heterocolocação aos da autocolocação.

578 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 136.

579 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 137 e ss.

580 De acordo com Roxin, não é plausível argumentar que se deva ter consentido dolosamente um uma lesão (p. ex., na própria morte), realizada por outrem, se o comportamento do qual decorreu essa lesão é apenas culposo. Cf. ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 139.

581 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 144.

582 Günther Stratenwerth, perfilhando o entendimento de Ingeborg Puppe, advoga a solução do consentimento, sem outorgar relevância a distinção fenomenológica entre auto e heterocolocação em perigo consentidas. Cf. STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes. Indret, Barcelona, n. 4, 2013, *passim*.

Assim, além do conhecimento do risco e da anuência na conduta perigosa que ocasionou o resultado – decidida intenção da vítima, que ao insistir no risco assume a responsabilidade pelo acontecimento –, exige-se que ambos os sujeitos (terceiro e vítima) tenham o mesmo coeficiente de responsabilidade pela ação conjunta, sendo a diferença apenas o menor poder de evitação e a reduzida atividade da vítima na heterocolocação.

Quanto ao critério da responsabilidade equivalente (*Kriterium der gleichrangigen Verantwortlichkeit*), Roxin aduz que quem se expõe a um perigo criado por outrem tem a mesma responsabilidade que este quando assume o risco por decisão própria e livre, ou seja, tomada sem a pressão do terceiro que o coloca em perigo ou ainda sem a submissão à sua vontade. Mediante essas exigências, o menor poder de evitação do colocado em perigo há de ser compensado pela incondicionada vontade de realizar a ação[583]. Isso fundamenta, conforme Roxin, diferentes avaliações[584]: *1) alguém pressiona um motorista incapaz de dirigir por ter consumido bebidas alcoólicas a deixá-lo entrar no carro, apesar da censura do motorista, asseverando que o motorista não deve se preocupar, pois é autorresponsável*; *2) ao contrário, o motorista convence o preocupado passageiro a entrar no carro, para deixá-lo em casa*. Para Roxin[585], se ocorresse um acidente ocasionado pela embriaguez do motorista, com lesão corporal ou morte do passageiro, apenas a primeira situação seria equiparada a uma autocolocação em perigo autorresponsável e consciente, com exclusão da tipicidade. Com efeito, não se compactua do raciocínio de Roxin ao defender que no segundo caso uma lesão corporal ou homicídio culposos deveriam ser afirmados, já que é possível que o passageiro, com plena consciência do estado de embriaguez do motorista, que não agira imbuído de dolo, tenha sem sofrer qualquer forma de coação aderido aos seus apelos, se submetendo, portanto, autorresponsavelmente aos danos oriundos da dita atividade arriscada.

Destaque-se, uma vez mais, que na heterocolocação em perigo consentida o sujeito apenas assume um risco, o que implica dizer que ele não consente seja na sua morte seja nas suas lesões etc. Partindo dessa constatação, e escorando o seu argumento no ordenamento jurídico-positivo espanhol, que segundo realça pune a heterocolocação em perigo consentida, Gimbernat Ordeig propõe que, em havendo uma heterocolocação com resultado danoso, se apliquem analogicamente as soluções encontradas na lei para os crimes de *homicídio consentido privilegiado* ou da l*esão corporal consentida privilegiada*. Isso importará não na modificação da imprudência do autor de grave a leve, muito menos na impunidade deste, mas sim, ao que

---

583 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 144.
584 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 145.
585 ROXIN, Claus. *Novos estudos...,* op. cit., p. 145.

defende, na *determinação de uma pena menos severa dentro do marco punitivo correspondente*[586]. Assim, a heterocolocação em risco consentida não excluiria a tipicidade, mas permitiria uma diminuição da pena do agente[587].

O argumento, contudo, não merece acolhida, uma vez que desfigura por completo a *ratio* jurídica da heterocolocação, que foi engendrada por Roxin com o fito de solucionar problemas não alcançados pelo instituto da autocolocação, mas que devido à proximidade com os por ela açambarcados, seriam dignos da mesma sorte, qual seja a exclusão da imputação ao terceiro executor primário da atividade arriscada. De se observar, ademais, que a ausência de previsão expressa da heterocolocação em risco consentida nos domínios da ordem jurídica-positiva não constitui, *per se*, razão suficiente para que seja impedida a sua aplicação como regra de imputação objetiva, quando vier a ser equiparada à autocolocação, de modo a produzir, repita-se, o efeito prático da exclusão da tipicidade dos fatos que se enquadrem nos seus pressupostos.

4.4.5.1 Os efeitos dogmáticos do critério da participação e da autoria sobre a participação em uma autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida

A despeito da similitude dos resultados finais alcançados, a doutrina utiliza basicamente dois pontos de partida diferentes para delimitar dogmaticamente os institutos da auto e da heterocolocação em risco, e assim estabelecer as consequências jurídico-penais – punição ou impunidade do terceiro interveniente – de cada um deles: o critério da participação e da autoria junto à vítima, com destaque para as posições de Luzón Peña e Susanne Walther *(a)* e o critério da imputação objetiva do resultado de Claus Roxin *(b)*, visto linhas atrás. Evidentemente, não se pode imaginar que a aplicação das categorias da autoria e da participação em relação à vítima tenha o sentido de determinar sua possível responsabilidade penal. Ao contrário, o critério visa indicar a que conduta, por ser autoria, se poderá imputar a responsabilidade primária (não necessariamente penal) pelo fato e a que outra, por ser mera participação, se imporá uma responsabilidade apenas acessória[588].

Olhando para o primeiro critério, destacamos que o conceito *unitário de autor* nos delitos imprudentes, que também pune como autor o mero favorecedor do evento, é criticado

---

586 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva..., op. cit., p. 90.

587 É o que textualmente escreve: "La razón determinante de la no-exención de responsabilidad del autor reside, de acuerdo con la tesis que aquí se mantiene, en que, como en el homicidio y en las lesiones dolosas es irrelevante para la aplicación del tipo correspondiente que la víctima haya sido o no consciente del riesgo que corrían sus bienes jurídicos, lo mismo debe regir para los tipos paralelos del homicidio y de las lesiones imprudentes". Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva..., op. cit., p. 93.

588 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad..., op. cit., p. 75.

por Luzón Peña ao argumento de que não passa de uma falsa *petitio principii*, de modo que torna-se imperioso nestes tipos de crimes, tal qual acontece nos dolosos, que se distinga entre condutas de autoria e de participação[589]. Para tanto, constrói o conceito de *determinação objetiva do fato*, que funciona como elemento de controle do acontecer típico, vale dizer, do curso causal e da produção do resultado, o que requer algo para além de uma mera contribuição assessória[590]. Assim, diz Luzón Peña, as contribuições que não determinam objetiva e forçosamente o curso causal, de um modo geral serão impuníveis, por constituir tão-somente participação imprudente na conduta da vítima[591]. Ainda que validando a perspectiva da autoria e participação traçada por Luzón Peña, Susanne Walther, de sua vez, acrescenta à distinção a regra geral de que a resposta penal deve basear-se, em princípio, na legitimidade de exercício do comportamento próprio, conforme dessume-se do princípio de autorresponsabilidade[592]. Walther, portanto, refuta a saída da teoria da imputação objetiva, mas descansa a sua construção no fato de que a execução material do acontecer típico fundamenta uma forma de responsabilidade preferente, pelo que no âmbito das atividades arriscadas conjuntas só podem resultar típicas para o autor-terceiro aquelas condutas que dão lugar a autoria[593], naturalmente excluída quando venha da própria vítima contra si mesma. Neste âmbito, Walther ainda introduz, na qualidade de elemento essencial, a necessidade da comprovação de uma situação paralela à autoria mediata[594], com o objetivo de encontrar no conceito de *fomento determinante do risco* o limite entre umas e outras condutas desses sujeitos[595].

---

589 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 42, 1989, p. 890.

590 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La "determinación objetiva del hecho"..., op. cit., p. 894. Ainda sobre a noção de *determinação objetiva do fato* nos delitos imprudentes, o autor acentua que: "solamente (...) se puede admitir como criterio de la autoria imprudente un dominio potencial (positivo) del hecho en el sentido de que haya una real y efectiva determinacion objetiva del acontecimiento tipico, con potencialidad, pues, para dirigirlo y dominarlo voluntariamente si hubiera dolo (lo cual a veces podria proporcionar ademas mayor eficacia y rapidez en la produccion del resultado), es decir, para transformarse en autentico dominio final del hecho" (Cf. Op. cit., p. 897).

591 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La "determinación objetiva del hecho"..., op. cit., p. 902 e ss.

592 WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtlichen Zurechning.* Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg im Breisgau, 1991, *apud* MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 316-317. Sobre esse relevante aspecto, com felicidade Cancio Meliá diz que a autoria em comportamentos arriscados conjuntos só poderá fundamentar-se, como regra geral, quando a conduta do autor prive a vítima da especial relação que a une com os seus bens, sua autorresponsabilidade. Destarte, não sendo o comportamento da vítima autorresponsável, tanto casos de participação em uma autocolocação em risco poderão qualificar como típica a conduta do autor, como situações de heterocolocação em risco consentida poderão ser atípicas. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 335-336.

593 WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtlichen Zurechning...*, op. cit., a*pud* MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 317-318.

594 Entendo que aqui se enquadrariam às situações em que o autor exerce algum domínio sobre a vítima, vindo a cooperar mediante seu consentimento em uma lesão que resultará atípica.

595 WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtlichen Zurechning...*, op. cit., *apud* MELIÁ,

Como se pode inferir, os critérios adotados para definir os lindes das duas construções vitimodogmáticas em exame denotam que o terceiro (autor) será responsabilizado penalmente em uma heterocolocação em risco, salvo se um ato de proatividade da vítima for capaz de neutralizar o transcurso original da cadeia causal, passando ela mesma a controlar diretamente o perigo, o que muito provavelmente transmutaria o ambiente inicial em uma autocolocação. De qualquer sorte, faz-se mister que a vítima atenda o requisito do controle objetivo sobre o perigo para que se exclua a responsabilidade penal do terceiro. Analisando as possibilidades de equiparação dos institutos, com felicidade Luzon Peña escreveu que:

> El control o dominio compartido del riesgo (sobre el hecho peligroso) entre la víctima y un tercero da lugar a que en estos casos lo que en principio sería coautoría del tercero (coautoría si se tratara de control o dominio compartido de dos terceros en la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno) valorativamente se convierta en simple participación secundaria (y atípica) en la autopuesta en peligro de la víctima[596].

Sem embargo das virtudes do *critério da participação e da autoria*[597], entendemos que Roxin acerta quando define o critério da imputação para resolver tais problemáticas[598], excluindo do alcance do tipo ou do âmbito de proteção da norma incriminadora aquelas condutas que têm no seu cerne uma contribuição decisiva da vítima, que deverá atuar autorresponsavelmente, com conhecimento do risco e consentimento nele.

Traz-se, por fim, à colação, três situações, duas delas já analisadas em outros momentos deste texto, com o fito de solidificar a compreensão sobre as condições de possibilidade de equiparação dos efeitos da participação em uma autocolocação em risco à heterocolocação em risco consentida, ressaltando-se que em todas elas as vítimas têm possibilidades reais de controlar os riscos: *1)* alguém aceita (por iniciativa de outro ou sua ou de ambos) ter relação sexual sem proteção, uma ou várias vezes, mesmo sabendo que o seu parceiro está infectado com o vírus HIV[599]; *2)* o passageiro, que pede para o barqueiro cruzar o rio, sendo desaconselhado do intento em face da enorme turbulência das águas, tem o mesmo grau de controle do primeiro, até que entrem na zona turbulenta, onde o controle fugirá de ambos; *3)* quem, como acompanhante, aceita ou incita o condutor de um veículo a que trafegue em velocidade excessiva, pode de diversas maneiras controlar o risco no mesmo diapasão do condutor (igual grau de influência positiva ou negativa sobre a atividade perigosa)[600]. Com

---

Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 319-320.

596 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad..., op. cit., p. 76.

597 Cf. críticas ao critério em: MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta…*, op. cit., p. 338-340.

598 O critério da *autoria e da participação* não resolve os problemas da heterocolocação quando esta se confronta com o instituo do consentimento do ofendido.

599 Ver nota n. 576 *supra*.

600 Os exemplos, pontualmente adaptados, são de Luzón Peña. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de

efeito, a possibilidade de controle dos riscos por parte da vítima, em que pese seja uma regra fundamental, não é absoluta, uma vez que em determinadas ações a próprio risco esse controle perderá densidade se ficar demonstrado que a vítima conhecia o risco igualmente ao autor. É o caso dos *surfistas de automóvel*, que realmente perdem o controle do risco após o veículo entrar em movimento, mas ainda assim não se poderá imputar ao condutor eventuais danos por eles sofridos.

4.4.5.2 Posição adotada

Não há dúvidas de que os institutos da participação em uma autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida cuidam de realidades fenomênicas distintas. A questão que se coloca, todavia, é saber que soluções jurídico-penais serão conferidas para tais situações, cujo denominador comum é a contribuição (maior ou menor) da vítima para o risco. Por regra, ambas se enquadrarão em acontecimentos imprudentes, na maioria das vezes por obra tanto do partícipe/autor quanto da vítima, que não calculam matematicamente as consequências danosas que possam advir da atividade perigosa que por livre vontade assumem. As situações inversas são raras. Por exemplo, não é comum que a vítima dolosamente deseje morrer e encontre em uma conduta culposa de um terceiro a força de que necessitava para concretizar a sua vontade suicida. Inobstante, o certo é que não se firmará a impunidade do terceiro se ausentes algumas regras elementares, das quais destaco: vítima e autor devem possuir o mesmo conhecimento do risco; a vítima deve ser um sujeito imputável[601]; a vítima não pode ter sido coagida pelo terceiro; na heterocolocação, ao terceiro não é dado ir além do que aceita ou pede a vítima, sempre tendo em vista que o que a vítima aceita é o risco e não o resultado, pois do contrário se configuraria o consentimento, nem sempre autorizado pelo ordenamento jurídico, conforme veremos no próximo item.

Diante disso, adota-se neste trabalho o entendimento de que não há que se confundir o instituto da heterocolocação em risco consentida com o consentimento propriamente dito, bem como que sem dúvida alguma os efeitos da autocolocação em perigo poderão ser atribuídos em determinadas hipóteses à heterocolocação em risco consentida, excluindo-se, por

alteridad..., op. cit., p. 76-77.

601 Neste ponto, Roxin irá ponderar que não está suficientemente esclarecida a questão quanto a se fica excluída a imputação também no caso em que o que se autocoloca em perigo é *semi-imputável*, fazendo, nesse sentido, a seguinte distinção: se o que se autocoloca em perigo tem plena consciência do risco e só tem reduzida a sua capacidade de autocontrole, ficará excluída a imputação, pois apesar de a decisão lhe ser dificultada, a vítima mantém-se senhora de seus atos; de outra banda, se sua capacidade de discernimento está diminuída ao ponto de que não tenha mais consciência plena do risco, deve-se imputar ao autor o resultado. Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo...*, op. cit., p. 360-361.

consequência, a tipicidade, mesmo não tendo a vítima sido, a rigor, a autora/executora *par excellence* do fato.

4.4.6 Consentimento do ofendido

O que se grafou anteriormente a respeito da heterocolocação em risco, que traz em seu bojo uma perspectiva relativamente conjunta entre vítima e autor, embora aquela exerça menor influência sobre o dano, autoriza dizer que o *consentimento*, ao contrário, cuida da perspectiva particular da vítima[602], que não exerce influência objetiva no desencadear do fato, como sucede nas modalidades de colocação em risco antes estudadas. Assim, quem consente está a autorizar que o *resultado* se produza, isto é, *se conforma com a lesão ao bem jurídico*[603]; já aquele que autoriza que outrem o coloque em situação de risco, *consente unicamente no risco que a conduta pode gerar*, quer dizer, não consente no dano/resultado. Isso posto, tem-se que o consentimento no risco (heterocolocação) gera uma *mera probabilidade de dano*, ao passo que o *consentimento* no resultado faz nascer no íntimo do consenciente a certeza (ou, no mínimo, a esperança) da materialização da lesão à qual voluntariamente se submeteu.

Em geral, o consentimento trata do clássico poder (em que pese mitigado) de disposição da vítima na dogmática penal. Se obedecidos os parâmetros normativos, o exercício desta faculdade anula ou evita a contrariedade da ação do sujeito ativo com o ordenamento jurídico, uma vez que o consentimento válido e eficaz exclui o delito. A grande polêmica, contudo, é saber se o consentimento tem a natureza jurídica de excluir ora a tipicidade e ora a ilicitude (*dupla função*[604]) ou se apenas a tipicidade ou, ainda, só a antijuridicidade[605], paralisando, neste caso, a proibição da conduta, tudo a depender da especificidade de cada situação.

No entendimento de Cezar Bitencourt, ao se examinar a natureza e importância do consentimento do ofendido, deve-se distinguir as situações que caracterizam a exclusão de tipicidade das que funcionam como excludentes *supralegais* de antijuridicidade[606]. Nesse

---

602 O ato de consentir é peculiar da vítima, que o exerce unilateralmente. Nele, o ofendido aceita que o terceiro lhe cause um dano posteriormente.

603 Pela máxima de Ulpiano, *nulla iniuria est quae in volentem fiat* (o que se faz com a vontade do lesado não constitui injusto) ou, simplificadamente, *volenti non fit iniuria*. Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 67.

604 Nesse sentido, cf. REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 35-37.

605 MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* Vol. II. São Paulo: Edição Saraiva, 1956, p. 147-149.

606 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado direito penal: parte geral...*, op. cit., p. 407. Para Francisco de Assis Toledo, o consentimento é causa *supralegal* de justificação: "como recusar-se efeito excludente da ilicitude ao *consentimento expresso do* ofendido, em relação a danos que atingem bens plenamente disponíveis?". Cf.

sentido, a presença do consentimento afastaria a tipicidade apenas em relação àquelas condutas que, para se configurarem, exigem o dissenso da vítima, isto é, os tipos penais calcados na ausência de consentimento. Em uma primeira aproximação, tem-se que o consentimento influi na tipicidade de duas maneiras opostas[607]: para excluí-la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima (arts. 150 e 125 do CP[608]), e para integrá-la, quando o consenso da vítima é elemento que emoldura a figura típica (art. 126 do CP[609]). Por fim, seria causa *supralegal* de justificação, expurgando a ilicitude ou a vedação da ação – neste caso se em momento inicial for verificada a adequação da conduta ao modelo abstratamente proibido –, quando presente uma vontade juridicamente válida do titular do bem jurídico disponível (arts. 129 e 155 do CP[610]). Dentre outros métodos, estabelece-se que a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis se faz em vista do conceito de utilidade social imediata, que não existindo obrigará o Estado a reconhecer ao particular a exclusividade do uso e gozo do bem[611], isto é, condiciona-se o consentimento a que o bem esteja mais submisso ao titular individualizado e menos restrito à atuação estatal[612].

Conforme magistério de Francisco de Assis Toledo[613], são requisitos do consentimento justificante: *a)* que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; *b)* que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão,

---

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 171-172. Já Nelson Hungria aduziu: "o consentimento do ofendido não tem jamais o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela lei penal, senão quando esta assim o disponha, e isso em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a lastreia". Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. rev. e atual. Vol. I, Tom. 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 266.

607 Veja-se neste tocante: PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 89-96.

608 Crimes, respectivamente, de *violação de domicílio* e de *aborto provocado por terceiro*: "Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências (...)"; "Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante (...)".

609 Crime de *aborto provocado por terceiro com o consentimento*: "Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante (...)".

610 Crimes, respectivamente, de *lesão corporal* e de *furto*: "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (...)"; "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (...)". Em manifestação acerca do tema, Magalhães Noronha anotou que para o consentimento do ofendido funcionar como excludente da ilicitude deveria preencher dois requisitos: uma vontade juridicamente válida *(1)* e a disponibilidade do bem *(2)*. Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* Introdução e parte geral. Vol. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 203. Sobre o consentimento do ofendido como causa de exclusão de tipicidade ou de ilicitude, cf. também breves comentários em: CALHAU, Lélio Braga. *Vítima e direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 82-83.

611 PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 112. Veja-se, também, Juarez Tavares: "Na verdade, desde que se compreenda o bem jurídico como um objeto de referência do tipo e valor de preferência da pessoa, tomado exclusivamente em face de sua lesão ou perigo de lesão, o fato de seu titular dele dispor, consentindo nessa lesão ou no perigo, implica simplesmente descaracterizar os pressupostos da intervenção do Estado por haver esse titular reconhecido ao autor da ação um direito preponderante quanto a solucionar o conflito segundo seus próprios critérios". Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 405. Sobre o interesse direto do Estado na proteção do bem como condição de invalidade do consentimento, cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18.

612 TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 405.

613 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*, op. cit., p. 215.

possuindo, pois, capacidade para tanto[614]; *c)* que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; *d)* que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido. A doutrina realça, outrossim, que o consentimento não precisa ser expresso, admitindo o *tácito*, mas desde que seja perceptível, claro, sério, livre e determinado[615], exigindo-se também que o assentimento do titular do bem jurídico ocorra prévia ou concomitantemente ao comportamento do agente. Mencione-se, ademais, o consentimento presumido, que ocorre quando o titular do bem jurídico está ausente ou inconsciente e outra pessoa intervém em seus direitos certa de que o titular o consentiria se pudesse[616].

Os defensores do consentimento da vítima como causa que invariavelmente exclui o elemento tipicidade se apoiam na perspectiva metodológica de que como em tais situações os bens jurídicos estão à disposição do seu titular, não faz sentido imaginar que a concordância na lesão necessite de justificação[617], embora neguem o consentimento excludente do tipo quando haja na coisa própria um interesse social ou de ordem pública, extraído da totalidade do ordenamento jurídico[618]. Em resposta às acusações de que a autodeterminação do titular do bem jurídico é incompatível com um direito penal em que se estabelecem limites à eficácia do consentimento, Enrique Bacigalupo afirma que aqueles que propõem que o consentimento eficaz deve sempre excluir a tipicidade dos casos que se enquadrem nos seus pressupostos, não pretendem, em realidade, modificar o conceito de bem jurídico, "sino extraer de la disponibilidade un criterio para establecer en qué nivel de la estructura del delito debe tener

---

614 A *capacidade para consentir* se caracteriza a partir de critérios legais que definem a capacidade civil ou a imputabilidade penal, ou, ainda, pelo grau de maturidade e capacidade concreta de discernimento do consenciente, desprezando-se, aqui, o critério etário. Pierangeli, por exemplo, defende o critério previsto no Código Penal para a imputabilidade, ou seja, a idade mínima de 18 (dezoito) anos. Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 130. Mir Puig, de sua parte, sustenta que ao sujeito que consente basta dispor, em princípio, de capacidade natural de discernimento, que lhe permita entender o significado e consequências essenciais do seu consentimento. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 518. Excepcionalmente, o consentimento poderá se tornar ineficaz mesmo tendo a vítima o discernimento natural, como no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 5º, do CPB).

615 PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 144-145.

616 P. ex.: *o médico pode praticar uma operação que requer o consentimento do paciente, embora este não possa prestá-lo por achar-se inconsciente, se lhe é seguro que o paciente consentiria se estivesse consciente*. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 521.

617 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal…*, op. cit., p. 291-292.

618 Mir Puig, p. ex., lembra que no *delito de atentado contra a autoridade*, o consentimento desta não poderia excluir o tipo porque o bem atacado tem caráter público e não é suscetível de disposição por nenhuma pessoa. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 514. O mesmo se diga do crime de incêndio (CP, art. 250), que está catalogado entre aqueles que constituem perigo comum, de sorte que o bem de natureza privada cede em face de um interesse público. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 93.

eficacia la renuncia del titular a la protección jurídico-penal"[619]. Günther Jakobs[620], por sua vez, faz referência a três modalidades de consentimento: consentimento justificante *(a)*, consentimento excludente do tipo *(b)* e acordo excludente do tipo *(c)*. Na primeira se enquadram os casos de consentimento em uma lesão nos quais o bem afetado não tem função de intercâmbio, é dizer, não é meio de desenvolvimento da personalidade do sujeito[621]. A segunda abarca o consentimento na lesão de bens dos quais o seu titular tem direito a dispor. E o último requer o abandono de um bem baseado em uma vontade digna de respeito, de maneira que o acordo surte efeito em virtude do contido na livre discricionariedade.

Para justificar a sua postura de que o consentimento, em verdade, deve excluir a tipicidade, Roxin[622] expõe, inicialmente, que todas as causas de justificação descansam em princípios de ponderação de interesses e de necessidade, e isso significa que em uma situação de conflito inevitável é legítimo o sacrifício de um interesse menos valorado pelo ordenamento jurídico quando esse sacrifício assome necessário para a salvaguarda de um interesse maior. No consentimento, porém, não está em jogo nem o conflito de interesse entre o que atua e o que consente, nem a necessidade objetiva do fato. Trata-se, para ser mais preciso, de um ato que traduz o exercício do poder de disposição, inerente ao titular do bem jurídico.

Adiante-se que as grandes dificuldades na valoração jurídica do consentimento do ofendido, mormente para os setores do positivismo extremado, estão ligadas à ausência no direito pátrio de um preceito genérico reconhecendo a normatividade do instituto, e o seu efeito excludente da punição, nos moldes, p. ex., do art. 50 do Código Penal italiano, que diz: *"Não é punível quem lesa ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que desse direito pode validamente dispor"*[623]. Para suprir tal lacuna, Michel Wencland[624] propôs uma

---

619 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal…*, op. cit., p. 292-293.

620 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 288-295.

621 Exemplo: a extirpação de um rim por parte de um médico para realizar um transplante, apesar do consentimento do doador, se distingue de uma mera doação de sangue em que, devido a importância do bem, só cabe fundamentar uma disposição sobre este em uma situação excepcional, observado o contexto. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general…*, op. cit., p. 295.

622 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 521.

623 Ver, a respeito: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal...,* op. cit., p. 202. O Código Penal português o prevê em seu art. 38º: *"1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa"*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230300/73473887/diploma/indice>. Acesso em 9 de out. 2019.

624 REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento...*, op. cit., p. 69.

alteração no art. 23 do CPB, acrescentando-lhe um novo inciso, com a seguinte redação: *"Não há crime quando o agente pratica o fato: IV – quando preexistir o consentimento do titular do bem jurídico tutelado, desde que se trate de bem juridico disponível e o ato de vontade seja válido e do conhecimento do agente"*. Cumpre alertar, porém, que a ausência de previsão legal expressa não impede a aplicação da solução vitimodogmática na linha de que o consentimento válido *excluirá a tipicidade*[625], como se verá nos itens subsequentes. Acrescente-se, por oportuno, que em sede de *lex lata* o ordenamento jurídico-penal pátrio dispõe, na parte especial, do consentimento parcialmente relevante como *atenuante da medida do injusto*[626]. É o que se depreende da causa de redução de pena quando o agente pratica o homicídio (consentido) por motivo de *relevante valor moral* (art. 121, § 1º, do CP) e do aborto praticado com o consentimento da gestante (art. 126), que se comparado ao aborto praticado sem o consentimento (art. 125), tem penas abstratas bem menores[627].

4.4.6.1 Acordo e consentimento stricto sensu: as teorias dualista e monista

Já se analisou as linhas gerais do instituto do consentimento, com enfoque nos efeitos jurídico-penais que produz no direito penal brasileiro: ora excluindo a tipicidade, ora a ilicitude, aqui como causa *supralegal*, uma vez que ausente das previsões do art. 23 do CP[628]. Chega, então, o momento de se aprofundar o estudo sobre a razão fundante de cada uma dessas consequências dogmáticas, para só então se adotar uma postura em consonância com o olhar vitimodogmático. Com efeito, a doutrina dominante na Alemanha, seguindo a orientação de Geerds[629], distingue entre acordo (*Einverständnis*) e consentimento (*Einwilligung*) em sentido estrito[630]. O acordo, que designa a conformidade do afetado com o ato, excluiria a tipicidade, amoldando-se às situações em que não se verifica uma lesão ao bem jurídico. Cite-se, a título de exemplo, a entrada consentida no domicílio de outra pessoa ou a detenção ilegal consentida

---

625 Como consequência, a suposição errônea do consentimento seria um erro de tipo, que exclui o dolo, permitindo, no máximo, uma punição por imprudência (culpa). Noutro giro, se houver um consentimento que não seja conhecido pelo autor, prejudicado estará o tipo objetivo, caracterizando-se uma tentativa inidônea (crime impossível). Cf. argumentos em: ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 553.

626 Nesse sentido, cf. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 175.

627 Aborto *sem o consentimento*: pena de reclusão, de três e dez anos. Aborto *com o consentimento*: pena de reclusão, de um a quatro anos.

628 Atente-se para a intervenção médica urgente, realizada de conformidade com a *lex artis*, bem como supedaneada no consentimento presumido, que se justificaria pelo estado de necessidade ou pelo exercício regular de direito (CP, art. 23, incs. I e III).

629 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 512. Para um bom desenvolvimento do paradigma dualista de Geerds, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 142-147.

630 Pierangelli utiliza o termo aquiescência, que abrange tanto o consentimento como o acordo. Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 89.

pelo afetado. De sua vez, o consentimento em sentido estrito contemplaria os casos em que, ao invés de evitar o ataque ao bem jurídico, o consentimento da vítima o provoca, de modo que a lesão não desaparece em virtude do consentimento, sendo apenas justificada. Enquadra-se, nesse contexto, o consentimento em um procedimento de cirurgia estética não albergado pelo estado de necessidade, assim como o ataque consentido a honra de uma pessoa. Em suma, ao passo que no primeiro grupo a conformidade do sujeito passivo exclui toda a lesão, no segundo o consentimento exclui a responsabilidade penal porque a lesão é praticada contra bens jurídicos que, em determinadas condições, estão à disposição do seu titular.

Consoante se viu nos itens anteriores, quando alguém se autocoloca em risco ou admite que outrem o faça, os bens jurídicos em jogo ordinariamente se cingem à vida ou à integridade física e não há intenção no dano por parte da vítima. Em se tratando de consentimento, todavia, as possibilidades de afetações aumentam, pois inúmeros bens protegidos jurídico-penalmente, além dos citados, estão sujeitos à disposição de seu titular: honra, patrimônio, liberdade ambulatória e sexual, dentre outros valores de relevo social[631]. A grande questão é saber até que ponto poderá o titular do bem que será atingido dele dispor, evitando-se, assim, que o terceiro que pratica o ato lesivo seja penalmente responsabilizado. Outro fator, já adiantado, é saber a natureza jurídica da conduta praticada pelo sujeito autorizado, ou seja, se ela é atípica ou justificada, não se podendo esquecer que essa diferença tem enorme relevância prática. Diz-se, como regra, que as lesões consentidas justificariam a conduta não apenas diante do abandono de interesse por parte do titular, que renuncia a proteção jurídico-penal de seu bem, mas também porque o valor representado pela liberdade de disposição do indivíduo pesa mais do que a lesão produzida[632]. Se confrontada com a solução da imputação do fato típico ao âmbito daquele que consente, o que exclui o elemento tipicidade, a saída da justificação esbarra no problema da ausência de norma legal que a autorize. Mir Puig lembra que embora a legislação penal espanhola não traga regra acerca do consentimento, o art. 10 da Constituição daquele país declara como fundamento da ordem política e da paz social o "livre desenvolvimento da personalidade", que leva a considerar justificadas aquelas condutas típicas que apareçam como uma forma de livre desenvolvimento da personalidade de quem

---

631 As lesões que eventualmente decorram do *risco* assumido pela vítima via de regra são culposas (o terceiro/autor não tem intenção). Por outro lado, a pergunta que se coloca é: o *resultado* querido pela vítima poderia envolver vida/integridade física em decorrência de ato doloso de outrem?

632 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 512. Ante o contexto que discute se o consentimento é ou não um problema de tipicidade, valem as observações de Manuel da Costa Andrade: "(...) é hoje consensual, tanto entre os defensores da unificação como entre os adeptos do paradigma dualista, o dogma de que é a autonomia pessoal ou a liberdade pessoal geral de acção constitucionalmente assegurada que constitui a matriz axiológica e normativa do consentimento". Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, op. cit., p. 191.

consente[633]. No Brasil, como não se tem dispositivo constitucional nesse sentido, a legitimidade da disposição do consenciente repousaria basicamente no direito à autonomia, cuja derivação positiva ressoa de princípios constitucionais, destacando-se o da autorresponsabilidade. O problema é definir se o interesse produzido é exclusivamente privado e renunciável ou se também há relevante componente de ordem pública. Exemplo interessante é encontrado nos delitos contra a vida humana. Quem, amparado no consentimento, retira a vida de outrem não se isentará da correspondente responsabilidade criminal, pois o direito atingido é considerado irrenunciável. Nesse caso, a presença do interesse privado permite no máximo uma diminuição da pena do agente (*v.g.*: art. 121, § 1º, do CP). Em se tratando de lesões, a doutrina recorre ao § 226 do StGB alemão, que admite a eficácia eximente ao consentimento, salvo se o fato se opuser aos bons costumes[634]. A dificuldade seria definir o sentido e o alcance da cláusula dos *bons costumes*, que certamente varia de acordo com o período histórico e a moral de cada sociedade. Apesar disso, seria difícil imaginar, nos tempos presentes, que essa regra resultaria ferida por uma intervenção cirúrgica consentida de esterilização ou transexual. Da mesma forma, não se reprovam lesões oriundas da prática consentida de esportes violentos como boxe e MMA.

Portanto, a validade do consentimento dependerá de dois fatores: natureza do direito e capacidade de disposição do bem jurídico. Essa ideia, há algum tempo defendida por Feuerbach[635], não significa que se deva ampliar ilimitadamente o efeito jurídico do direito de disposição, tornando lícita ou permitida uma conduta ofensiva ao conjunto de valores sociais ou à ordem jurídica estabelecida. Também não se deve sustentar, como tentou a teoria do negócio jurídico, criada por Zitelmann[636], que a eficácia do consentimento como causa de exclusão da ilicitude deflui de sua correspondência aos princípios que regulam as atividades negociais, ainda que as ações consentidas se mostrem eivadas de antijuridicidade no campo penal. O importante é compatibilizar a autodeterminação do titular do bem jurídico com os limites que necessariamente devem ser impostos à eficácia do consentimento. Nesse prisma, quando a liberdade de disposição do indivíduo for aceita, pesará mais do que a lesão produzida.

Em meio a todo esse debate, que leva em consideração as condições de validade do consentimento e as consequências jurídico-penais daí advenientes, surgiram as teorias dualista e monista. Para os dualistas, a aquiescência se desdobra em acordo e consentimento[637]. O

---

633 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 513.
634 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General..., op. cit., p. 515.
635 PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 68.
636 PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento...*, op. cit., p. 69. Ver também: ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, op. cit., p., p. 533.
637 Na perspectiva traçada por Costa Andrade, a autonomia que se mostra no *acordo* confunde-se e identifica-se tendencialmente com o bem jurídico tipicamente protegido, ao passo que no *consentimento* (em sentido estrito)

acordo, que prevê a anuência do titular do bem jurídico, exclui a tipicidade do fato. E o consentimento atua como justificante da conduta típica. As razões para as duas possibilidades já foram exaustivamente apresentadas. No rol dos dualistas, se inclui autores como Jakobs[638]. A corrente monista, ao contrário, advoga que o consentimento exclui unicamente a tipicidade. Para tanto, parte da noção já descrita em outros momentos de que o consentimento põe o bem jurídico fora do raio de tutela penal, ou seja, o consenciente renuncia em condições autorizadas à proteção estatal. Nesse sentido, a competência para a disposição é um elemento constitutivo de valor do próprio bem jurídico. Ademais, argumenta-se que o consentimento, que se calca na liberdade individual, é de todo estranho às causas de justificação, pois nele não vigora o princípio da ponderação de bens que aquelas demandam[639]. No consentimento, o conflito ocorre entre a autonomia pessoal e os valores que a sociedade entendeu por entabular em normas penais incriminadoras, ou seja, não há conflito de interesses entre particulares. Por essas razões e outras tantas, o consentimento não teria lugar entre as causas de justificação.

4.4.6.2 Posição adotada à luz da vitimodogmática

A vitimodogmática, que se ocupa das questões dogmáticas alusivas ao comportamento da vítima para a ocorrência do fato, pauta-se em critérios eminentemente de imputação objetiva, conforme reiteradamente demonstrado neste trabalho. A despeito disso, momentos há em que a atitude da vítima fomenta lesões justificadas, a exemplo do homicídio praticado em legítima defesa, que envolve conflitos entre particulares, um dos pressupostos das causas de justificação. Nesse sentido, pode-se afirmar que a vitimodogmática, que nos termos do ordenamento jurídico brasileiro também influi na dosimetria da pena, tem amplo espectro, de maneira que os seus efeitos incidem sobre os três elementos que constituem o crime. Inobstante, a maior contribuição da vitimodogmática para a teoria do delito consiste em resolver problemas de tipicidade[640].

Em se tratando do consentimento, os critérios apresentados pela teoria dualista não convencem. É muito difícil definir em cada caso o que seria ou não uma lesão justificada, mormente porque o consentimento não é compatível com a atividade de ponderação. O

---

a autonomia se distingue, tanto no plano categorial como material-axiológico, do bem jurídico tipicamente protegido. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, op. cit., p. 513.

638 JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general...*, op. cit., p. 294-295.

639 Em sentido contrário, defendendo a comunicabilidade e integração entre justificação e consentimento, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, op. cit., p. 241 e ss.

640 Isso se explica porque, como bem disse Luís Greco, uma das conquistas da teoria da imputação objetiva foi redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade. Cf. GRECO, Luís. *Um panorama...*, op. cit., p. 62.

consentimento, em verdade, é um ato unilateral e voluntário do titular do bem jurídico, que autoriza a prática por terceiro de uma conduta a princípio subsumível à descrição típica, objetivando tanto a ação quanto o resultado, que conforme visto antes pode ou não se afigurar naturalisticamente lesivo. Exercido à base da liberdade de ação jurídico-constitucional, o consentimento eficaz destrói o desvalor do resultado e bem assim o desvalor da ação e o tipo delitivo[641]. A propósito, Roxin[642] levanta uma interessante hipótese, que confirma a improcedência dos argumentos daqueles que pretendem conferir a tal instituto uma dupla função: poder-se-ia dizer que o consentimento com a privação de liberdade mediante um confinamento[643] é apenas justificado, uma vez que não elimina o confinamento. *Porém, como a lei menciona o confinamento apenas como exemplo de que a vítima se "vê privada do uso de sua liberdade pessoal", deve admitir-se aqui uma exclusão do tipo produzida pelo acordo, pois o afetado não é, com seu consentimento, "privado" da liberdade*. Feitas essas considerações, outra opção não resta senão é de defender que o consentimento em todos os casos funciona como causa excludente da tipicidade, tal qual postula a corrente monista.

4.5 VITIMODOGMÁTICA E O DEVER DE GARANTE DO ARTIGO 13, § 2º, al. "c", DO CPB

O art. 13, § 2º, al. "c", do CP, diz que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, acrescentando que o dever de agir incumbe a quem *com seu comportamento anterior*, *criou o risco da ocorrência do resultado*. Em que pese seja inegável a importância da figura do garante para a dogmática penal[644], cumpre advertir que uma interpretação extensiva dos dispositivos que a delineia certamente inviabilizará, no plano sistêmico, a funcionalidade de instrumentos vitimodogmáticos como o da participação impune em uma autocolocação em risco consentida.

Com efeito, a participação imprudente em sucessos com resultados não desejados por quaisquer dos intervenientes, quando o ulterior ofendido anui à situação de risco criada ou fomentada pelo terceiro, poderá conduzir a imputação do resultado ao âmbito de responsabilidade da vítima, pelo desenvolvimento por esta de uma atividade perigosa (*ação a*

---

641 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 519.

642 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 522.

643 Conduta próxima ao crime de sequestro e cárcere privado inserto no art. art. 148 do CPB, *verbis: "Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado (...)*. No caso brasileiro, se o consentimento na conduta narrada no tipo penal transcrito exclui ou não o crime é uma questão que demandaria uma análise mais aprofundada.

644 A posição de garante por parte do autor, registra Mir Puig, "se da cuando corresponde al sujeto una *específica función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro*, en ciertas condiciones". Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, op. cit., p. 318.

próprio risco). Na Alemanha, conforme explicitado em outro momento, não se pune a participação dolosa em suicídio, sendo essa uma das razões para se consolidar o entendimento em torno da exclusão de imputação das contribuições culposas em supostos delitos de lesão ou de homicídio para os quais a vítima haja contribuido autocolocando-se em posição de risco. Lá, costuma-se dizer: se não se pune a participação dolosa em suicídio, que é um fato grave, tampouco caberia punir a participação em mera autocolocação em risco[645]. O argumento não valeria no Brasil, diante da incriminação do fato pelo art. 122 do CP. Por isso, Juarez Tavares propôs a seguinte análise: *"se a lei não incrimina a participação dolosa no autoperigo, isto é, na ação de pôr em perigo a própria vida, não poderá incriminar participação nos resultados eventualmente decorrentes dessa ação de autoperigo"*[646]. Nada obstante, a ausência de punição entre nós haverá de balizar-se na violação pela vítima do dever de autorresponsabilidade, considerada a atitude não intencional do terceiro, queira ou não a vítima retirar a própria vida.

Uma das questões que se coloca é saber, por exemplo, se o traficante que fornece droga a outra pessoa para consumo torna-se *ipso facto* garantidor da sua vida e integridade corporal, ainda que o usuário tenha plena consciência dos riscos que o consumo da substância proibida pode acarretar. Entender positivamente equivaleria a dizer, sem mais, que quem incrementa ou cria uma situação de risco desta envergadura sempre se tornará garantidor da não ocorrência do resultado lesivo, pois *com o seu comportamento anterior* criou *o risco da ocorrência do resultado* [647]. Ou seja, apesar de o fornecimento de droga ser crime autônomo, havendo previsibilidade da ocorrência do resultado morte é possível caracterizar-se homicídio culposo por parte de quem entregou a substância, vez que, ao fazê-lo, se tornou garantidor para com o usuário.

A tarefa do garantidor, porém, não consiste em evitar que a pessoa garantida se coloque em perigo, pois não compõe a sua *ratio essendi* impedir a prática de condutas conscientes e responsáveis. De se notar, assim, que a vontade livre e consciente da vítima, que caracteriza a legitimidade do exercício de sua autodeterminação, impõe-se como fator de limite à punição, ao excluir a imputação objetiva de uma considerável gama de condutas típicas, nomeadamente as culposas. Seguindo essa linha de intelecção, tem-se que a figura do garantidor prevista no art. 13, § 2º, al. "c", do CP, demanda interpretação parcimoniosa. Com efeito, se o dever de garantia puder em todos os casos desafiar o princípio da autorresponsabilidade ou

---

645 GRECO, Luís. *Um panorama...*, op. cit., p. 65.

646 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto...*, op. cit., p. 293.

647 Nessa esteira, criticando jurisprudência e autores alemães, cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 386 e ss.; GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva.* 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77 e ss.

algum valor de conteúdo jurídico-natural, qual o é a autonomia individual, o comportamento da vítima perderá relevância para a dogmática da teoria do delito, transformando-se em mero ademane, o que não faz sentido se considerarmos quão largo é o alcance jurídico-penal da vitimodogmática. É possível, destarte, que a participação em uma autocolocação em risco afaste, em determinados contextos, a incidência da figura do garante *sub examen*[648], fazendo soçobrar a tipicidade de algumas condutas.

4.6 EXCLUSÃO DE TIPICIDADE NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DOS POSTULADOS VITIMODOGMÁTICOS

A maioria das categorias vitimodogmáticas acima trabalhadas ainda não lograram previsão expressa no âmbito do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, de maneira que a solução dos problemas dogmáticos que envolvem grande parte das atitudes comportamentais da vítima para a eclosão do resultado lesivo contra ela mesma deverá ocorrer a partir dos aportes da teoria da imputação objetiva, que conduz à exclusão do elemento tipicidade, por impossibilidade de imputação ao tipo objetivo. Com efeito, essa restrição legislativa no tratamento do assunto, ao que se pode observar, talvez represente um triste reflexo da timidez com que os conceitos vitimodogmáticos são reverberados pela doutrina pátria de um modo geral ao longo dos últimos anos.

O estudo da estrutura vitimodogmática, que é o ponto de partida de todas as discussões aqui sistematizadas debaixo da sua rubrica, de há muito vem sendo desenvolvido, por exemplo, por autores alemães. Schünemann, conforme demonstrado minudentemente, constrói o seu raciocínio em torno do princípio vitimológico, ao qual confere a conotação de *máxima vitimodogmática*. Roxin, de sua vez, em que pese chegue ao conceito vitimodogmático só após escrutinar os principais elementos que a integram – um sinal de que não se esforçou por conferir sistematicidade ao figurino do instituto –, entende com inteira procedência que em se tratando de parte geral, os casos em que se limita a imputação ao tipo objetivo mediante o alcance deste (seu fim de proteção), se podem interpretar sem dificuldade vitimologicamente, pois *"tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor"*[649]. Urge, pois, que também entre nós se atente

[648] Para Juarez Tavares, o fato da vítima se haver autocolocado em perigo deverá excluir a extensão do dever especial de garantidor, raciocínio aplicado à atividade do cedente de droga a quem a ingeriu por sua própria conta, vindo à óbito em virtude dos efeitos do entorpecente. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*, op. cit., p. 373.

[649] ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 563.

para a necessidade de se construir uma dogmática da teoria do delito que trate a vítima não apenas como um sujeito hipossuficiente, um mero receptáculo da benevolência estatal, passando a valorar o seu comportamento como categoria normativa crucial à configuração de uma ação proibida como delitiva. Para tanto, exige-se a adoção de um novo estilo de reflexão sobre a real missão do direito penal nas sociedades que prezam pela dignidade humana.

4.6.1 O alcance da contribuição doutrinária

Em consequência das dificuldades acima aludidas, a vitimodogmática encara um grande entrave contra o seu definitivo reconhecimento em solo pátrio: *ausência de sistematização das categorias que a integram, de ordem a formar um todo orgânico capaz de conferir relevância jurídico-penal às ações da vítima, observados, numa perspectiva de lege lata, os princípios fundamentais que regem o instituto e as peculiaridades de cada caso*[650]. Nesse cenário, a proposição é caracterizar a contribuição da vítima como um fator dogmático que codetermina as medidas de responsabilização do agente pelo crime, culminando com a exclusão do delito nas situações extremadas. Aqui, o problema a ser enfrentado passa pela desmistificação da ideia de que a vitimodogmática é um conceito genérico, que trataria, sem método, de vagas questões ligadas à vítima, de modo que existiria separada dos elementos que, como fizemos questão de demonstrar, a constituem. Por todas essas razões, é importante reiterar que a vitimodogmática, em verdade, tem fôlego suficiente para mover elucubrações mais elaboradas no âmago da teoria do delito.

Devemos anotar que a atitude da vítima que desprestigia bens jurídicos dos quais é titular, mesmo sendo possível e exigível, nas circunstâncias concretas, agir de modo diverso, há de atrair a aplicação dos princípios de política criminal que limitam a intervenção do poder punitivo do Estado (*e.g.*: intervenção mínima e *ultima ratio*), assim contendo o alcance do tipo penal. Não se pode desconsiderar que vítima e autor desenvolvem papeis no âmbito de um processo comunicacional, em cuja base se encontra a estrutura social e as normas jurídicas que dela dimanam. A doutrina, nesse e em tantos outros temas que envolvem a teoria do delito, cumpre a irrenunciável tarefa de auxiliar a evolução jurisprudencial, bem como a missão de mover o legislador a tornar o direito positivo mais fiel ao vigente modelo de sociedade pós-moderna, em que a assunção de riscos ganha uma nova dimensão.

---

[650] Como dito por Jorge de Figueiredo Dias, na justa solução do problema posto pelo caso concreto e na sua ulterior integração no sistema há de consistir a exata função da dogmática do direito penal. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material, *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, 1982, p. 42.

4.6.2 Análise do entendimento jurisprudencial

Tal qual a doutrina, a jurisprudência brasileira não reconhece os vetores vitimodogmáticos como unidades sistêmicas que militam em favor da exclusão da tipicidade nas *ações a próprio risco* da vítima. As poucas decisões que referendaram o *comportamento vitimal* como fator influenciador da responsabilidade criminal do terceiro envolvido não se desincumbiram de aplicar corretamente as categorias da imputação objetiva (p. ex.: o risco permitido e o alcance do tipo) que lhes deram suporte[651], fundamentando-se em argumentações embaraçosas do ponto de vista da boa técnica jurídica[652].

A primeira decisão nesse sentido, que também foi um marco no reconhecimento jurisprudencial da imputação objetiva, veio do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento, em 21/03/2006, do Habeas Corpus nº 46.525-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, em que, por unanimidade, os ministros da Quinta Turma concederam a ordem impetrada para o fim de trancar a ação penal em relação a todos os denunciados, por *atipicidade da conduta*, em razão da ausência de *previsibilidade*, de *nexo de causalidade* e de criação de um *risco não permitido,* alegando-se, ainda, naquele *decisum*, a presença do *princípio da confiança*[653].

---

[651] Como assinalado por André Callegari, é no multirreferido ponto da *responsabilidade da vítima* que reside a controvérsia e falta de esclarecimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras, em que juízes e tribunais, sobretudo em delitos de trânsito, não costumam levar em consideração o papel desempenhado pela vítima, desprezando-se, dessarte, a autorresponsabilidade desta. Falta, em suma, para o autor, a introdução, em nível de imputação, do critério de competência da vítima, sobre o qual discorremos em outros momentos deste trabalho. Cf. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral...*, op. cit., p. 78.

[652] Os comentários aos pronunciamentos judiciais que serão feitos logo a seguir obedecerão a metodologia de Nitish Monebhurrun, vazada em quatro elementos fundamentais: *1)* o problema jurídico submetido aos juízes ou árbitros, *2)* o raciocínio jurídico do tribunal ao resolver o problema, *3)* as conclusões do tribunal e, de uma forma abstrata, *4)* o valor e o sentido geral da decisão. Cf. MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica:* técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

[653] Segue parte da ementa do acórdão: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. (...). 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2317948&num

Dessume-se do voto do relator que integrantes da comissão de formatura do curso de medicina da Universidade de Cuiabá (UNIC) foram denunciados pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 3º, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, ou seja, pelo crime de homicídio culposo, perpetrado em concurso de pessoas. O voto menciona que a denúncia, sem apontar quem efetivamente praticou o ato, narra que um formando fora jogado pelos seus colegas dentro da piscina do local onde se realizava uma festa de formatura, vindo a morrer afogado pela inconsciência/debilidade *decorrente da anterior ingestão de substâncias psicotrópicas*, disponibilizadas pelos organizadores da festa. Para o órgão acusador, portanto, a comissão de formatura se omitiu em proporcionar medidas de segurança aos participantes, necessárias para a realização normal da festa. A defesa do impetrante, por sua vez, alegou, dentre outras matérias, que o evento morte, nas circunstâncias em que ocorreu, era imprevisível, sustentando, destarte, falta de justa causa para a instauração da ação penal, em face da ausência do nexo de causalidade entre o resultado e alguma omissão penalmente relevante que pudesse lhe ser atribuída, haja vista a vontade livre e espontânea da vítima, e por tratar-se, a festa realizada, de um risco juridicamente permitido. O relator menciona, ainda, o "consentimento do ofendido na ingestão de substâncias psicotrópicas", que levaria à exclusão da responsabilidade, por se tratar de autocolocação em risco, concluindo que "o fato de a vítima ter vindo a óbito em razão da ingestão de substâncias psicotrópicas não tem relação direta com a conduta dos acusados, *o que afasta a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva*" (destaque nosso). O acórdão também evidencia que a denúncia não delimitou corretamente as responsabilidades dos supostos envolvidos no caso. Partindo-se da baliza assentada no julgamento, entrementes, o primeiro ponto a se destacar é que a razão legitimadora da exclusão da responsabilidade criminal de todos os acusados está, em verdade, *na aplicação da teoria da imputação objetiva*, uma vez que, se analisado pelo ângulo da doutrina finalista, que desconsidera a noção de *risco permitido/proibido*, o fato constituiria crime, seja pelo exercício de uma atividade finalisticamente orientada via dolo eventual, seja, no mínimo, pela imprudência, oriunda da violação do dever objetivo de cuidado, caracterizando-se, quanto aos membros da comissão de formatura, a omissão imprópria entabulada no art. 13 do CP.

Sem prejuízo da possível incidência do princípio do *in dubio pro reo* – o que naturalmente viria em um momento posterior, ao fim da marcha processual –, as soluções possíveis ao caso em tela dependem de alguns esclarecimentos, já que a decisão pouco informa a respeito. Tendo em mente que a aplicação dos institutos vitimodogmáticos exclui a tipicidade

_registro=200501278851&data=20060410&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 11 jun. 2019.

da conduta, vejamos, de forma didática, as variações para este caso, com o que se esclarecerá a melhor resolução do problema: *1ª) a vítima utiliza sozinha a droga disponível na festa e se joga sozinha na piscina, morrendo afogada*. Ninguém deve ser responsabilizado penalmente pelo resultado morte, pois trata-se de uma ação a próprio risco da vítima, portanto atípica; *2ª) a vítima se droga na companhia de outra(s) pessoa(s) e se atira sozinha na piscina, morrendo afogada*. No mesmo sentido, ninguém deve ser responsabilizado penalmente, em vista da ação a próprio risco da vítima, havendo uma mera autocolocação em risco quando do consumo – embora conjunto – dos entorpecentes, de modo que o fato morte igualmente é atípico[654]; *3ª) a vítima se droga na companhia de outra(s) pessoa(s), a(s) qual(is) a atira(m) na piscina com o seu consentimento, vindo ela a morrer por afogamento*. Aqui deverá ser analisada a questão da validade do consentimento da vítima. Releva perquirir, nesse contexto, se *ex ante* a vítima tinha plena consciência dos seus atos e dos riscos a que, a partir deles, estaria exposta. Em vista disso, não se poderá, de forma apriorística, assentar a ausência de responsabilização penal dos envolvidos diretos pela morte, pois a possível situação de participação em uma autocolocação em risco ou heterocolocação em risco consentida demanda uma análise, repita-se, de validade/legitimidade do consentimento do ofendido no risco; *4º) a vítima se droga sozinha, mas é atirada na piscina por outra(s) pessoa(s) com o seu consentimento, vindo ela a morrer por afogamento*. De igual sorte, há que se verificar com redobrada cautela a situação de vulnerabilidade da vítima, se *ex ante* ou *ex post* ao seu consentimento, e bem assim a validade deste[655]; *5º) a vítima, drogada ou não, não autoriza que outra(s) pessoa(s) lhe jogue(m) na piscina*. Neste caso, é indubitável que o uso do entorpecente, por si só, não permite dizer que a vítima violou o dever de autoproteção ao ponto de o resultado lesivo ser indiferentemente reconduzido ao seu âmbito de responsabilidade, com cabal isenção de punição à quem a atirou na piscina sem o seu consentimento, de modo que o fato é típico e a responsabilidade penal deverá em justa medida recair sobre o(s) autor(es). Importa ressaltar, por fim, que os membros

---

654 Supondo-se, *grosso modo*, que um terceiro entregou a droga a vítima para juntos a consumirem, ambos com plena consciência dos efeitos nocivos da substância, ter-se-ia, nessa hipótese, uma participação impune em uma autocolocação em risco.

655 Veja-se Fabio Roberto D'Avila: *"caso a consciência do risco não seja completa ou seja inexistente, deverá, por óbvio, haver a imputação do resultado danoso"*. Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71-72. Roxin, de sua vez, assevera que: "Não está suficientemente esclarecida a questão quanto a se fica excluída a imputação também no caso em que o que se autocoloca em perigo não é verdadeiramente inimputável, mas, segundo uma aplicação análoga do § 21, semi-imputável. Aqui se deve fazer uma distinção: se o que se autocoloca em perigo tem plena consciência do risco e só tem reduzida a sua capacidade de autocontrole, ficará excluída a imputação. Com efeito, aqui a vítima é senhora de suas decisões, apesar de a decisão lhe ser dificultada. Se sua capacidade de discernimento, por outro lado, está diminuída de maneira que ele não tenha mais consciência plena do risco, deve-se imputar ao autor o resultado (...)". Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* 3. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 360-361. Próximo, ver nota n. 601 *supra*.

da comissão de formatura, pelo simples fato de ostentarem esta condição, não se convolam em garantes – o que atrairia a aplicação do art. 13, § 2º, do CP –, pois via de regra os riscos oriundos de festas com essas características são absolutamente normais, presentes ainda o princípio de autorresponsabilidade e a natural confiança do conjunto dos participantes de que cada um se comportará em consonância com esse valor. Por esse raciocínio, são acertadas as conclusões a que chegou o *decisum* do STJ ora em comento, pois realmente não há razões jurídico-penais convincentes para se imputar a organizadores de eventos festivos, pelo simples fato de ostentarem essa posição, lesões de terceiros autorresponsáveis que ocorram nos limites do *risco permitido*.

Outra decisão importante, proferida em 19/02/2008, vem do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Diz o pronunciamento colegiado que não se pode falar em fraude mediante duplicata simulada, crime previsto no art. 172 do CP[656], *"se o título é emitido para ser entregue a quem sabe de sua impropriedade jurídica que não serve para o fim proposto, ou seja, caução de dívidas"*[657]. Colhe-se do voto do relator que a "empresa-vítima", por seu representante legal, recebeu os títulos sem a assinatura do sacado, em nítido descumprimento às formalidades exigidas pela Lei nº 5.474/68, sendo que, se as duplicadas somente possuem valor jurídico desde que conste a assinatura e concordância do sacado, *"aquele que aceita tal documento sem os requisitos legais, o faz sabendo da inidoneidade do título, que não tem efeito jurídico, concordando com eventual lesão ao seu patrimônio"*. Refere-se, ademais, sem contudo detalhar no que consistem, aos requisitos da imputação objetiva apontados por Roxin (criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido, realização do risco imputável no resultado lesivo e infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo), concluindo pela exclusão da imputação diante do "consentimento em uma autocolocação em perigo", mas não sem antes embaralhar considerações de heterocolocação em risco consentida com elementos constitutivos da imputação objetiva, tornando as conclusões

---

656 *"Art. 172 - Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado"*.

657 Segue ementa: "DUPLICATA SIMULADA – CONHECIMENTO DA VÍTIMA DA IMPROPRIEDADE DO TÍTULO – AUSÊNCIA DE FRAUDE – IMPUTAÇÃO OBJETIVA – AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO – IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO FATO PUNÍVEL – Não se pode falar em fraude mediante duplicata simulada se o título é emitido para ser entregue a quem sabe de sua impropriedade jurídica que não serve para o fim proposto, ou seja, caução de dívidas. A doutrina brasileira tem se inclinado para a adoção da tese de que a participação em uma autocolocação em risco, *in casu*, ao próprio patrimônio da ofendida não induz à caracterização do crime" (TJMG, 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº. 1.0223.98.018797-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, DJE 8 mar. 2008). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=11&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=autocoloca%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 11 jun. 2019.

completamente divorciadas do atabalhoado raciocínio desenvolvido ao longo da decisão. Com efeito, bastaria ao tribunal aplicar, neste caso, o *princípio vitimológico* de Schünemann, criado exatamente para resolver problemas de parte especial vinculados à crimes de natureza patrimonial, e a questão estaria corretamente resolvida pela exclusão da tipicidade, no limite da interpretação permitida do tipo, que leva à redução teleológica do alcance da norma incriminadora à luz de considerações ligadas à intervenção mínima, sempre vislumbrada a participação decisiva da vítima no evento danoso, sem a necessidade, portanto, de digressões longas e incabíveis acerca da teoria da imputação objetiva, despicienda nesta situação específica.

Essas decisões e os argumentos jurídico-penais nelas vertidos demonstram, sem mais, o mau uso da teoria da imputação objetiva pelos tribunais pátrios, o que talvez se explique diante da pouca referibilidade à sistematização do conhecimento vitimodogmático. Insta realçar que nem sempre o problema da participação da vítima se resolverá com base nos aportes da imputação objetiva, a despeito de em algum momento a ela referível, como se observa em relação ao princípio vitimológico de Schünemann, reservado para delitos específicos, ou seja, para a parte especial. Há, outrossim, uma grande dificuldade em se reconhecer *verbo ad verbum* a interferência da vítima como fator central da retirada da pecha criminosa da conduta do terceiro cooperador, malgrado o entendimento vitimodogmático milite cristalinamente nessa direção.

4.6.2.1 Concorrência e compensação de culpas no direito penal

A *concorrência de culpas stricto sensu*, vislumbrada pela doutrina, ocorre quando dois indivíduos, um ignorando a participação do outro, favorecem, com imprudência (ou culposamente), a produção de um fato punível (crime). Pode-se imaginar, *exemplificandi gratia*, *i)* a colisão de dois veículos numa rodovia, com lesões recíprocas entre os motoristas, assim como *ii)* o atropelamento de um pedestre, no qual dois condutores estejam igualmente errados, um em velocidade excessiva e o outro por atravessar o sinal vermelho[658]. Havendo concorrência de culpas, a responsabilidade penal dos concorrentes não é atenuada, respondendo os agentes, isoladamente, pelo resultado produzido em sua inteireza, vale dizer, nos casos acima listados, por lesões corporais culposas de quem for vítima, não se podendo falar, ademais, em concurso de pessoas, vez que ausente o vínculo subjetivo necessário para configurá-lo. Com efeito, a hipótese verificada, consoante observado por Cezar Bitencourt, o que fica bastante claro no

[658] Exemplos dados por Cezar Bitencourt: cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 386.

segundo exemplo, é de *autoria colateral*[659], em que não há adesão de um à conduta do outro, "ignorando os agentes que contribuem reciprocamente na produção de um mesmo resultado"[660].

Surgida para as situações que envolvem indenização no direito civil[661], em que a medida da responsabilidade de cada um dos participantes do fato deve ser aferida para se determinar quem e de que modo arcará com o prejuízo ocasionado, a *compensação de culpas* é bastante controversa no direito penal, prevalecendo o entendimento de que não é admissível neste setor do conhecimento jurídico[662], embora a doutrina e a jurisprudência majoritárias, amenizando os rigores dessa regra geral, tenham acordado em dois pontos, específicos para os crimes de trânsito: *1)* quanto maior for a culpa da vítima, menor será a responsabilidade do motorista, o que a própria corrente vitimodogmática majoritária com sobriedade já resolve de uma maneira global, à luz do art. 59, *caput*, do CPB[663]; e *2)* à semelhança do que sucede no caso fortuito ou na força maior, quando se constatar *culpa exclusiva da vítima*, não haverá responsabilidade alguma do motorista, para quem a ocorrência do evento, nessa conjuntura, não passa de autêntica *infelicitas facti*.

Sintetizando, se entende que no crime de homicídio culposo relacionado à condução de veículo automotor[664], a culpa concorrente ou o incremento pela vítima do risco provocado não exclui (ou *compensa*) o nexo de causalidade, muito menos a responsabilidade penal do agente. Isso porque, diferentemente da hipótese de culpa exclusiva da vítima, que constitui causa de exclusão da tipicidade, como será visto a seguir, em direito penal não se compensam culpas entre autor e vítima, até porque é muito difícil encontrar critérios claros que justifiquem a determinação do *quantum* de culpa de cada interveniente. Frise-se, contudo, a possibilidade de esta situação específica ser considerada na fixação da pena-base, na circunstância judicial

---

659 Nos casos de *autoria colateral*, identificado o autor que produziu o resultado, a responsabilização deste será por crime consumado, e a do outro, por crime tentado; não sendo possível, porém, esclarecer qual dos autores produziu o resultado, a responsabilidade só será cabível a título de tentativa, pois aqui a autoria é incerta. Cf. a esse respeito ponderações de Fernando Galvão: GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 598.

660 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 386. Cf. também, do mesmo autor: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral...*, op. cit., p. 214.

661 Cf., nesse sentido, art. 945 do Código Civil brasileiro: *"Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano"*.

662 Sobre a vedação à compensação de culpas em direito penal, com análise de algumas decisões da justiça uruguaia nesse tocante, cf. SCAPUSIO, Beatriz; FERNÁNDEZ, Lina. Concurrencias de culpas o concurrencias de riesgos. *Revista Ciencias Penales,* Montevideo, n. 4, 1998, p. 78-81. A compensação de culpas é vedada porque a regra é que, presentes os elementos de materialidade e autoria delitivas, demonstrado que o acusado, com imprudência, concorreu parcial ou exclusivamente para o resultado, houve o crime, que deverá ser punido. Nada disso impede, registre-se, que as peculiaridades do caso concreto sejam levadas em consideração pelo julgador.

663 Cf. precedente do STJ no sentido de que a conduta imprudente da vítima, aliada à do autor, deve ser valorada na análise das circunstâncias judiciais: REsp nº 1580438/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18/04/2016.

664 O mesmo raciocínio vale para as lesões corporais culposas.

alusiva ao comportamento da vítima.

Do ponto de vista prático, se aplicada ao direito penal, a *compensação de culpas* levaria, indiscriminadamente, a que em situações ligadas ao tráfico viário a imprudência da vítima, *per se*, compensasse a do autor, excluindo, como resultado, a sua punibilidade[665]. Sendo assim, não há que se confundir o instituto em tela com a participação em uma autocolocação em risco consentida, porque aqui a vítima atua conscientemente, de diversos modos, em parceria com um terceiro, apesar de não desejar o resultado, ao contrário do que se dá com o instituto do consentimento do ofendido. Com efeito, tantas são as variações possíveis nessa conjuntura que se tornaria incorreto dizer, apoditicamente, que os efeitos excludentes da imputação do partícipe de uma autocolocação em risco seriam inaplicáveis quando autor e vítima atuam dolosamente (dolo na ação, reitere-se), cumprindo reiterar, ademais, que esse instrumento vitimodogmático é bastante útil para além das lesões de trânsito, observadas as particularidades dos casos. São de todo tênues, portanto, os limites dogmáticos entre a compensação de culpas, a participação em uma autocolocação em risco consentida e a participação (dolosa ou culposa) em suicídio, esta como variante (punível, no Brasil) da autocolocação, em que pese diversas assomem as consequências jurídicas para cada uma dessas modalidades.

4.6.2.2 Culpa exclusiva da vítima nos delitos culposos de trânsito

Nos delitos culposos de trânsito, há três variações dignas de registro: *i)* vítima e autor agem imprudentemente; *ii)* o autor age imprudentemente e a vítima se comporta com intencionalidade a respeito do dano contra si mesma; e *iii)* a vítima desenvolve, com ou sem intenção de lesionar-se, um contributo decisivo, a ponto de neutralizar o caráter punitivo do comportamento do autor. Em relação à primeira hipótese, salientou-se que a rigor não cabe *compensação de culpas*, de modo que o agente responderá penalmente, a título de imprudência, pelo resultado lesivo. Quanto à segunda, é possível cogitar-se de uma participação impune em uma autocolocação em risco, uma vez que à violação pela vítima do dever de autopreservação ata-se a conduta não intencional do agente. Diferentemente dos anteriores, em que não se mostra

[665] Imagine-se a seguinte hipótese: *O condutor "A" imprudentemente avança o sinal vermelho, atropela e mata "B", que atravessava a avenida descuidadamente, fora da faixa de pedestres*. A princípio o fato é punível na qualidade de homicídio culposo, pois veda-se a "compensação de culpas" no direito penal, vale dizer, a imprudência do condutor (excesso de velocidade) não se anula pelo descuido do pedestre (atravessar a avenida fora da faixa de pedestre). Esse raciocínio será quebrado unicamente se houver segurança no fato de que, mesmo sendo observadas as normas de trânsito (comportamento alternativo conforme ao direito), ainda assim teria ocorrido o acidente, o que torna certa a não imputação pela não realização do risco não permitido no resultado danoso. Cf., dentre outros, D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo...*, op. cit., 59.

retirada do autor a margem mínima de contenção do desencadeamento das lesões (bastaria a ele agir com uma maior atenção), o terceiro caso revela um contexto em que a atividade da vítima é de tal monta que mina as possibilidades concretas de o agente ativar mecanismos de evitação da lesão, o que torna a vítima exclusivamente culpada ou responsável pelo evento.

Nesse cenário, surgiu no ambiente doutrinário a noção de *culpa exclusiva da vítima*, que se caracteriza quando esta age de inopino, infringindo o princípio da confiança, de modo a impossibilitar uma reação eficiente do condutor do veículo. Com efeito, como o risco permitido faz parte da normal circulação de veículos e pedestres, a responsabilização criminal pelos danos de trânsito exige a comprovação da culpa – nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia – do sujeito, a menos que o fato tenha sido intencional ou previsível (doloso), o que levará a discussão a outro patamar. Destarte, quando presente a culpa exclusiva da vítima, serão afastadas quaisquer perquirições acerca da imprudência do autor (culpa *stricto sensu*), cuja responsabilidade penal será totalmente elidida[666].

Para determinado setor da doutrina, refratário ao conceito de culpa exclusiva da vítima, cuja conotação dogmática questiona, esse problema se resolveria pela imputação objetiva, declarando-se a atipicidade do resultado, seja pelo comportamento do autor, que teria agido corretamente, sem violar o dever objetivo de cuidado, seja porque sua conduta estava nos moldes do risco permitido ou, ainda, porque podia esperar um agir correto dos outros que interagem na sociedade (princípio da confiança)[667]. A discussão, porém, é infrutífera, não passando de um desprazer pela nomenclatura utilizada, uma vez que, como visto, a exclusão da tipicidade também se dá na culpa exclusiva da vítima, que exige para ser consubstanciada o aparato normativo da imputação objetiva[668]. Diante disso, o importante é entender que o autor

---

666 Exemplo: *"A" conduzia o seu automóvel dentro das regras de trânsito. Em determinado momento, "B" inesperadamente atira-se contra o veículo, vindo a falecer de imediato em decorrência do acidente que ocasionou*. Ausente a imprudência de "A", bem como o elemento subjetivo (dolo), tem-se por caracterizada a *culpa exclusiva da vítima*, da qual resulta a impunidade do motorista.

667 Para uma análise crítica do conceito de *culpa exclusiva da vítima*, cf. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral...*, op. cit., p. 69.

668 Há na jurisprudência decisões reconhecendo, em casos assim, a incidência da autocolocação em risco, consoante se infere deste precedente do TJMG: "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CRIME DE CIRCULAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. TIPICIDADE OBJETIVA. DÚVIDA. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO PELA VÍTIMA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. INABILITAÇÃO DO RÉU. IRRELEVÂNCIA. RISCO NÃO PERMITIDO CRIADO NÃO REALIZADO NO RESULTADO DANOSO. 1. Pela teoria da imputação objetiva, afasta-se a tipicidade objetiva da conduta em casos de autocolocação em risco pela vítima, tais como a hipótese em que o motorista, na condução de seu veículo, é surpreendido pela vítima que, de inopino, se lança com sua bicicleta à frente do automóvel, militando em favor do acusado, neste caso, ainda, o princípio da confiança. 2. Não se pode reconhecer a tipicidade da conduta pelo fato de o motorista não ser habilitado ou estar em velocidade acima da permitida se, no caso concreto, esse risco não permitido por ele criado não tiver se realizado no resultado danoso, o qual teria se dado independentemente dessa circunstância, pelo que, pela própria teoria da "conditio sine qua non", tais fatores não podem ser tidos como causa do crime" (TJMG, 7ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº.

deve guiar-se pelo dever objetivo de cuidado a todos imposto e que a conduta por ele desenvolvida perderá relevância penal, no sentido de excluir a tipicidade, se a vítima tiver culpa dominante.

Ressalte-se, à guisa de conclusão, em linha com Scapusio e Fernández, que os efeitos do princípio da confiança são amenizados ante a previsibilidade objetiva da conduta negligente de terceiro, devendo o autor precatar-se das diligências necessárias para neutralizar o risco criado pela eventual vítima, sob pena de ser responsabilizado pelo evento lesivo[669], exceto se, quedando-se inerte quanto a esse dever, ficar provado que mesmo agindo contrariamente, quer dizer, diante de uma conduta prudente, não se teria evitado o dano, hipótese em que o resultado não aparece como a concreção da lesão do dever de cuidado, mas como produto da conduta imprudente da vítima, tanto que ocorreria com ou sem a prudência do autor[670].

4.6.3 Aspecto legal e a imperiosa necessidade de mudança de paradigma

A legislação penal brasileira deixa a desejar no que concerne ao tratamento conferido à vitimodogmática, mormente quando se tem presente a importância dos seus instrumentais para a resolução de inúmeros problemas atinentes à teoria de delito, com reflexos imediatos no direito de liberdade ambulatória do cidadão, constitucionalmente assegurado como cláusula pétrea e passível de restrição apenas em raras hipóteses[671]. Não à toa, fala-se que utilizar a vitimodogmática sem suporte normativo seria um procedimento *contra legem*, um claro menoscabo ao tipo penal, teleologicamente reduzido em detrimento do preceito da

---

1.0474.12.002076-0/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, DJE 15 fev. 2019). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=11&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=autocoloca%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 14 jun. 2019.

669 SCAPUSIO, Beatriz; FERNÁNDEZ, Lina. Concurrencias de culpas…, op. cit., p. 89-90.

670 Ou seja: quando o comportamento alternativo conforme ao direito leva, com certeza, ao mesmo resultado. Veja-se o exemplo de Roxin, retirado de uma famosa decisão do BGH: "O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (...)". Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação...*, op. cit., p. 338.

671 Basicamente: prisão cautelar, para efeitos extradicionais (Lei nº 13.445/2017, art. 84); prisão processual (temporária, Lei nº 7.960/89; e preventiva, art. 312 do CPP); e prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF/88, e art. 283 do CPP). Para uma análise mais criteriosa das modalidades de prisão no Brasil, incluindo comentários acerca do julgamento pelo STF, em 2016, do HC 126.292-SP, que relativizou a garantia constitucional fundamental da presunção de inocência, cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 26, vol. 142, abr./ 2018, p. 152 e ss.

legalidade[672], não se contentando, ainda, esse setor crítico, com a ideia de "merecimento de proteção", que ganha ressonância nos princípios vitimológico e de autorresponsabilidade, cujos efeitos se fazem sentir em todo o sistema jurídico-penal.

Julgando por essa incompletude da legislação penal pátria, nomeadamente da parte geral do Código penal, que não dispõe de regras explícitas para tratar de tão sofisticadas construções jurídicas, como as produzidas pela vitimodogmática, outra saída não resta ao legislador senão a de atentar para a necessária mudança do paradigma reinante. Com efeito, a *revolução científica* anelada deve fiar-se fundamentalmente nas considerações dogmáticas que as nuances do comportamento da vítima no bojo do acontecimento lesivo vêm assinalando às bases da teoria do delito.

Defendemos, para a fiel consecução desta empreitada, a adoção, *mutatis mutandis*, do modelo de Thomas Khun[673], constante de sua clássica obra *As Estruturas das Revoluções Científicas*, do qual emerge a imposição de rompimentos, considerando-se que as crises assomam reais e estão à descoberto. Aplicado ao objeto de estudo do presente trabalho, o pensamento de Khun autoriza, numa espécie de *reviravolta paradigmática*, a utilização pelo legislador – mas não unicamente por ele – de novos instrumentos científicos para se colmatar as deficiências dos métodos de exclusão da tipicidade comumente difundidos no direito penal, como se infere deste elucidativo excerto do autor:

> Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência — a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos[674].

---

672 Cf. Capítulo 5, no qual é feito um paralelo entre o princípio da legalidade e o reconhecimento da vitimodogmática, mesmo sem expressa previsão no domínio positivo.

673 Kuhn salienta que o conhecimento científico se desenvolve segundo determinadas fases: *o estabelecimento de um paradigma*, que é um marco ou perspectiva que se aceita de forma geral por toda a comunidade científica; *a ciência normal*, que é o período durante o qual se desenvolve uma atividade científica baseada num paradigma; *a crise*, que se instala quando em determinadas ocasiões o paradigma não é capaz de resolver todos os problemas, sendo posto em cheque; *a ciência extraordinária*, que é o tempo em que se criam novos paradigmas que competem entre si tentando impor-se como o enfoque mais adequado; *a revolução científica*, que é produzida quando um dos novos paradigmas substitui o paradigma tradicional; por fim, e como consequência, se estabelece um *novo paradigma*, pois a cada revolução o ciclo inicia de novo e o paradigma que foi instaurado dá origem a um novo processo de ciência normal. Cf. visão geral do fenômeno em: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. Nesse sentido, o *novo paradigma* abraçado por esta tese diz com *a transfiguração do comportamento da vítima em estrutura dogmática a ser incorporada à teoria do delito para o fim de excluir a tipicidade, portanto a imputação ao tipo objetivo*.

674 KUHN, Thomas S. *A estrutura...*, op. cit., p. 105. Em linha oposta, anotando ser deveras problemática a transposição das ideias de Kuhn às ciências sociais, sobretudo porque nelas os paradigmas ordinariamente convivem, cf. AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta.

Assim, dizer que o modelo (paradigma) finalista, sob o qual está estruturado o direito penal brasileiro[675], impediria o uso das engrenagens da teoria da imputação objetiva, cujos critérios são considerados elementos normativos implícitos do tipo objetivo, não convence, porquanto as exigências da sociedade pós-moderna, de risco, vão em caminho diametralmente oposto. Não há dúvidas que a alteração legislativa é importante, até porque produz a desejada segurança jurídica, mas também não se nega que mesmo sem o aperfeiçoamento produzido pelo legislador o sistema jurídico-penal se permite alimentar dos constructos vitimodogmáticos, que em última análise transformam a conduta levada a efeito pela *vítima* em elemento de valoração da responsabilidade criminal do agente, paradigma este a ser incorporado às esferas jurisdicional e legislativa.

4.7 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS ENDEREÇADAS À *MÁXIMA VITIMODOGMÁTICA*

Como todo e qualquer movimento científico de aprimoramento ou, quiçá, ruptura, a vitimodogmática não passou incólume às críticas, muitas delas assimiladas com naturalidade pelos principais artífices desse diferenciado modelo de limitação da responsabilidade criminal, que, nos termos reiteradamente explanados, tem no contributo da vítima para o fato um elemento dogmático decisivo.

As primeiras objeções tratadas nesta pesquisa são da professora Elena Larrauri, ardorosa defensora da *nova vitimologia*, que retira dos ombros da vítima o enfoque "negativo", vale dizer, a *culpabilização pelo evento danoso*, dando, noutro vértice, atenção prioritária aos seus interesses, em busca de suavizar as pesadas consequências dos processos de vitimização. Recordemos, por impactantes, alguns pontos nodais: *1)* a vitimodogmática, colocando em lados opostos os direitos da vítima e os do delinquente, termina por culpabilizar aquela; *2)* a vitimodogmática opõe-se ao protagonismo da vítima, o que faz porque o aumento de poder do ofendido implica em prejuízos ao delinquente, a exemplo da ampliação das penas[676].

Em posicionamento cético ao princípio *vitimodogmático* esculturado por Schünemann como máxima de interpretação do tipo penal, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend impugnam as tentativas de viabilização da exclusão dos tipos penais pela via

---

In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando. (Ed.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 45 e ss.

675 Exemplo na parte geral do CPB: *"Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido"*. E na sua parte especial: *"Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função"*.

676 LARRAURI, Elena. Victimologia: Quiénes son las víctimas? Cuáles son sus derechos? Cuáles sus necesidades? *Victimología:* presente e futuro. Bogotá: Temis, 1993, p. 24.

interpretativa quando a vítima deveria, por si mesma, proteger-se das agressões sofridas (*v.g.*, estelionato e furto), pois esse proceder, frisam os autores, redundaria em danos à segurança pública, prejudicando, entre os destinatários das normas, a certeza de que a proteção penal reforça a confiança recíproca e afasta a vida social do temor que os delitos ocasiona[677]. No geral, as críticas trazem um denominador comum: não há garantias de que o tratamento do desprezo da vítima para com o seu bem jurídico na condição de fator de redução teleológica do tipo corresponda efetivamente à vontade do legislador quando da tipificação das condutas que se encaixam nesse escopo, de maneira que, a pretexto de interpretar a lei penal, estaria o aplicador, isto sim, em autêntico processo de criação legislativa, malferindo o princípio da separação de poderes e até mesmo a legalidade estrita.

Consoante demonstrado antes, inobstante tenha desenvolvido as categorias da participação em uma autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida, que tornam o fato impune quando a vítima consente no risco e apresenta responsabilidade e domínio do resultado final equivalentes ao terceiro/autor, em seu *Tratado de direito penal* Claus Roxin não poupou a vitimodogmática de alguns reproches pontuais, o que corrobora a nossa posição no sentido de que a questão da vítima é vislumbrada pelos estudiosos de forma um tanto quanto dispersa, com desprezo da necessidade de unificação do seu vasto e fundamental conteúdo epistemológico. Em síntese, Roxin põe sob suspeição os métodos que fazem repercutir a corresponsabilidade da vítima pelo sucedido na estrutura dogmática do injusto, partindo de supostos erros advenientes da interpretação extensiva do princípio vitimológico de Schünemann, eis que não haveria dados a apoiarem a hipótese de que o legislador deseja depender o merecimento ou a necessidade de pena da adoção pela vítima das medidas de autoproteção exigíveis por esse *topoi*. Como exemplo, menciona o crime de estelionato praticado contra uma vítima ambiciosa e descuidada ou crédula. Nessa toada, Roxin alerta que o princípio vitimodogmático não pode ser deduzido diretamente da ideia de subsidiariedade, como anota Schünemann, pois embora seja certo que o direito penal é a *ultima ratio* da política social, essa afirmação significa exclusivamente a vedação da imposição de pena quando o Estado tenha ao seu dispor outros meios menos gravosos para solucionar os conflitos sociais[678]. Assim, Roxin veda o manuseio da subsidiariedade como instrumento de renúncia da

---

[677] JESCHECK, Hans-Heinrich et al. *Tratado...*, op. cit., p. 271-272. Ideia de prevenção geral positiva como justificação para a imposição da pena.

[678] São suas palavras: *"Extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de las tareas de protección: Donde "vigila el ojo de la ley", el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad"*. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 564-565.

intervenção penal quando o cidadão pode proteger-se por si mesmo e não o faz. E conquanto reconheça o mérito da construção vitimodogmática, qual seja o de ter demonstrado que a necessidade de proteção da vítima realmente influi na tipicidade material das condutas e que deve ter-se em conta na interpretação dentro do contexto das circunstâncias que decidem o âmbito da proteção penal, Roxin reforça que não se pode conferir caráter geral e absoluto ao enfoque vitimodogmático, sendo tarefa da dogmática penal precisar, vale dizer, delimitar a amplitude do princípio *vitimológico* em todas as constelações de casos que surgirem[679].

A consideração da vítima na dogmática penal imposta pelo princípio da intervenção mínima realmente tem como consequência a retração do protagonismo do poder penal em mais uma vertente, na medida em que multiplica – agora, repita-se, sob a perspectiva da vítima – as situações que, numa análise *ex post*, se haverá de negar a tipicidade. Seguindo esse raciocínio, que faz par com o programa normativo do constitucionalismo moderno, de índole eminentemente garantista, merecem algumas objeções as restrições sustentadas por Roxin, pois a mínima ingerência estatal não deve descansar apenas na ideia de *inexistência de outro meio de política social menos danoso*, eis que transborda rumo a outras direções, como já davam prova os princípios da insignificância e da adequação social e, agora, o princípio vitimológico, todos eles como desdobramentos palpáveis da ideia de *ultima ratio* do direito penal. Em suma, afigura-se inadmissível uma reação penal socialmente desproporcionada, a qual a vitimodogmática, ao trazer a figura da vítima para a dogmática da teoria do delito, busca em várias frentes impedir.

Para Schünemann[680], os ataques da doutrina contra as teses vitimodogmáticas provêm basicamente de quatro vertentes: *1)* na esteira de Roxin, conforme referido acima, limita – desde o ponto de partida – a ideia de subsidiariedade a que o próprio Estado tenha a sua disposição meios menos rigorosos para a proteção dos bens jurídicos. Essa oposição, no entanto, é improcedente, pois uma vez que o princípio de subsidiariedade tem as suas raízes no contrato social, o Estado deixa de exercer função onde os indivíduos dotados de autonomia podem, por eles mesmos, realizar melhor as tarefas que em caráter prioritário lhes correspondem[681]; *2)* aspecto político-criminal da inaceitável concepção de que a sociedade teria

---

679 ROXIN, Claus. *Derecho penal…*, op. cit., p. 562-567.

680 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal..., op. cit., p. 97-101.

681 *"Primeramente, el ciudadano debe conservar por sí mesmo la disposición sobre sus bienes jurídicos, y sólo necessita del Estado allí donde sus fuerzas no alcanzan sin inconvenientes"*. Assim, anota Schünemann, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal se estabelece em dois pilares independentes: *a)* como *ultima ratio* frente a meios estatais de proteção mais leves e *b)* como *ultima ratio* frente a uma autoproteção do titular do bem jurídico que seja possível e exigível sem inconvenientes. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito..., op. cit., p. 98.

que se colocar em uma posição extremamente defensiva, já que conduz a um espaço "livre para o Direito", no qual rege o direito do mais forte. Schünemann, todavia, combate tal argumento sob o pálio de que a restrição vitimodogmática do tipo *não atinge os delitos de violência*, ante uma clara utilização de força, com a qual não compactua; *3)* polêmica de "Eser e Lenckner no comentário de Schönke/Schröder", que denega todo o significado fora da interpretação teleológica ou que se processa de acordo com o fim da lei. Conforme sistematicamente demonstrado, porém, a vitimodogmática representa exatamente uma regra de interpretação permitida do tipo penal, significando que o resultado dessa atividade hermenêutica também pode conduzir – como frequentemente conduz – a que, mesmo da perspectiva da vítima, não se manifeste nenhum motivo para se limitar o campo de proteção jurídico-penal (vinculação entre a vitimodogmática e o princípio de proteção do bem jurídico); *4)* a vitimodogmática não se encontra arraigada no sistema dogmático-penal, nomeadamente na sua parte especial, e por isso careceria de fundamentação material-normativa, principalmente nas situações que envolvem crimes sexuais, onde não se compreende uma "organização conjunta" de vítima e autor[682].

Nesse rol ainda incluem-se a perspectiva restritivista daqueles que, partindo da constatação de base vitimológica segundo a qual existem momentos em que tanto o autor como a vítima contribuem para o fato, discordam de que isso deva conduzir somente à atenuação ou exclusão da pena para o autor, propondo, com certa ousadia, que o princípio vitimodogmático seja utilizado no caminho inverso, quer dizer, para o fim de incrementar as penas nos casos em que o autor se aproveita de uma determinada reação para obter a colaboração da vítima[683]. É comum também se afirmar que o merecimento e a necessidade de proteção da vítima não passam de mero critério valorativo que permitiria uma grande indefinição na resolução de casos concretos, dando a entender que a dogmática da vítima traz mais problemas do que soluções. Ocorre, entrementes, que o direito não pode prescindir *dos meios interpretativos – muitos deles fomentados por normas principiológicas – para a resolução dos casos concretos*, de modo que não passa de uma tautologia esse argumento crítico.

Para dirimir alguma dúvida remanescente, é oportuno realçar, de último, que não se lançará mão dos conceitos vitimodogmáticos quando a vítima apresentar algum tipo de vulnerabilidade, especialmente se for criança. Sob o prisma do tipo subjetivo, o que se tem, em casos dessa ordem, é que o dolo do agente (real intenção de perpetrar o ilícito) será mais

---

682 Quanto a este último ponto, cf. Capítulo 6, seção *6.3.5*.

683 Ideia de H. L. Günther (In: *Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz staat Entkriminalisierung*. Geburtstag, München, 1998), *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

facilmente constatável se comparado à culpa consciente. Isto porque quem cria um risco – ainda que de baixa intensidade – para uma vítima completamente indefesa, firma um compromisso cognitivo com a realização do perigo e por tal ato deve ser responsabilizado, a princípio, a título de dolo[684].

4.8 SÍNTESE DO QUARTO CAPÍTULO

Não há como negar a relevância da vitimodogmática para a evolução epistemológica da teoria do delito, ressaltando-se que a versão mais *forte* desse instrumento dogmático enfoca as condições de possibilidade de exclusão da responsabilidade penal do agente nos casos em que se verifica um decisivo comportamento (ativo ou omissivo) da vítima para a ocorrência de lesão ao seu bem jurídico. É importante atentar que nem sempre a solução do caso criminal advirá de leis escritas, ocorrendo de a resposta ser encontrada em princípios jurídicos não expressamente positivados, a exemplo da *autonomia*.

De um modo geral, a vitimodogmática batalha no sentido de distribuir adequadamente a imputação (responsabilização criminal) entre os intervenientes no fato delitivo, impingindo relevância à figura da vítima. Isso significa que a intervenção do sujeito ofendido tem o condão de expungir a imputação a quem contribuiu para causar-lhe um dano relevante do ponto de vista penal.

O grau de culpabilidade do agente, a ser aferido quando da determinação da pena, máxime no que concerne à fase de fixação da pena-base, será estabelecido, qual se depreende dos fundamentos da corrente vitimodogmática majoritária, em consonância com a dirigibilidade do comportamento da vítima para a ocorrência do delito. A participação da vítima, outrossim, poderá diminuir ou até mesmo excluir a exigibilidade de conduta diversa, componente da culpabilidade, neste caso visualizada como elemento constitutivo do injusto típico.

O princípio *vitimológico* cumpre invariavelmente um papel fundamental no marco da interpretação dos tipos penais, concretizando a ideia de *ultima ratio* que norteia todo o direito penal. Já a autorresponsabilidade exsurge como uma obrigação derivada do dever de autopreservação, inerente à intimidade de cada indivíduo. O princípio de autorresponsabilidade tem no modelo de Estado de Direito a sua decorrência imediata, sendo norma de cariz constitucional. A imputação à vítima, de outra banda, configura uma instituição dogmática própria, incluída no primeiro nível da imputação objetiva, que é a imputação da conduta.

Dá-se a participação em uma autocolocação em risco quando alguém incita ou

---

[684] VIANA, Eduardo. *Dolo...*, op. cit., p. 323.

coopera em ações arriscadas de outro (vítima). Em linhas gerais, na autocolocação em risco é a vítima quem incrementa o dano, sendo o terceiro interveniente um mero auxiliar deste proceder a um tempo voluntário e arriscado. De sua vez, a heterocolocação em risco ocorre quando a vítima decide provocar a ação do agente, que se aproveita da liberdade lhe conferida para incrementar o risco previamente assumido, interferindo diretamente na esfera jurídica da vítima, que ao menos *a priori* não demonstra anuência à lesão.

Em geral, o consentimento do ofendido nada mais é que a clássica participação e poder de disposição da vítima na dogmática penal. Se obedecidos os parâmetros normativos, o exercício desta faculdade anula ou evita a contrariedade da ação do sujeito ativo com o ordenamento jurídico. Segundo a teoria monista, contudo, o consentimento válido e eficaz se define como acordo e funciona unicamente como meio de exclusão da tipicidade.

O art. 13, § 2º, al. "c", do CP, diz que *o dever de agir incumbe a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*. Em que pese seja inegável a importância da figura do garante para a dogmática penal, uma interpretação extensiva dos dispositivos que a delineia pode inviabilizar a vigor normativo de instrumentos vitimodogmáticos como o da participação impune em uma autocolocação em risco consentida.

A vitimodogmática encara uma grande dificuldade contra o seu reconhecimento, a saber: *ausência de sistematização das categorias que a integram, o que em existindo permitiria conferir a devida relevância jurídico-penal às ações arriscadas da vítima*. Tal qual a doutrina, a jurisprudência brasileira não entende os vetores vitimodogmáticos como unidades sistêmicas. As poucas decisões que referendaram o *comportamento vitimal* como fator influenciador da responsabilidade criminal não se desincumbiram de aplicar corretamente as categorias da imputação objetiva que lhes deram suporte.

Como todo e qualquer movimento científico de aprimoramento, a vitimodogmática não passou incólume às críticas. As primeiras objeções tiveram como objetivo central retirar dos ombros da vítima a *culpabilização pelo evento danoso*, dando atenção prioritária aos seus interesses, em busca de suavizar as pesadas consequências dos processos de vitimização. A grande questão, porém, que se antepõe contra a vitimodogmática, é aceitar a abertura de espaços de liberdade, uma vez que o Estado não poderia renunciar a obrigação de proteger o cidadão, mesmo que este demonstre, direta ou indiretamente, assim não querer.

Em suma, a carência de positivação dos institutos resultantes da *corrente vitimodogmática minoritária* (p. ex.: princípio vitimológico e heterocolocação em risco consentida), embora não seja um cenário de todo ideal pela segurança jurídica que carreia, não constitui óbice ao seu reconhecimento como vetor de exclusão da tipicidade.

5 VITIMODOGMÁTICA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Viu-se, no capítulo anterior, que a ausência de positivação em lei expressa dos institutos que compõem a *corrente vitimodogmática minoritária*[685], a exemplo do princípio vitimológico e da heterocolocação em risco consentida, embora não seja um cenário de todo ideal, pela segurança jurídica potencialmente assegurada, não constitui óbice ao reconhecimento da força normativa da vitimodogmática como vetor que, a partir de ponderações voltadas ao escrutínio do comportamento perigoso do sujeito lesionado (vítima *ab initio*), impõe barreiras ao exercício da potestade punitiva do Estado neste tocante. Incabível, pois, o argumento que rechaça uma pretensa atuação *contra legem*, sobretudo quando, preservando-se a harmonia sistêmica, a interpretação do ordenamento jurídico ocorre de modo a beneficiar o imputado, sujeito mais fraco na relação jurídico-penal.

Com esse supedâneo, assentamos o alinhamento da vitimodogmática à postura *iusnaturalista*[686], mormente se considerado o direito à liberdade ao qual busca dar cobro como inerente à condição humana, portanto anterior a toda forma de reconhecimento estatal por meio do instrumento legal[687]. O outro aspecto diz com o respeito a autonomia da vítima, que pode ser senhora do seu próprio destino em situações específicas[688], de maneira que desmerece atenção do direito penal atos praticados por terceiro quando o sujeito lesionado que os autorizou está em plena fruição desse inalienável direito, que em última instância impõe-se contra a verve paternalista do poder público.

O fundamento teórico, incorporado nessa análise específica da aplicação do direito penal, que se afigura, diríamos, *in bonam partem*, repousa em Robert Alexy, que, partindo da fórmula de Gustav Radbruch[689], defende a tese da conexão necessária entre direito e moral, a

---

685 Sobre essa corrente, cf. Capítulo 3, *seção 3.2.2*.

686 Cf. detalhadamente a *seção 4.2* do Capítulo 4. É importante reiterar que esse alinhamento se torna ainda mais premente em havendo vácuo legislativo no Código Penal e leis especiais, o que não significa desprezo quanto à importância de se fundamentar a robustez e validade das premissas vitimodogmáticas no direito positivo. Ao revés, mostra a necessidade de comunicação dessas duas esferas da normatividade jurídica.

687 Na *teoria da justiça* de John Rawls, um dos princípios de justiça escolhidos por trás de um "véu de ignorância", isto é, através de um acordo entre indivíduos que por suposição se encontrem "numa posição original", é exatamente o de que *"cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas"*. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73

688 Por exemplo, no consentimento válido e eficaz.

689 A qual reza: *"O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto 'direito injusto', tem que ceder à justiça"*. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Trad. de Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.

última na qualidade de princípio de justiça que funciona como corretivo do direito positivo. Nas precisas palavras de Alexy:

> A tese da dupla natureza estabelece a afirmação de que o direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica. Na definição de direito, a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento de correção moral. A legalidade autoritativa e a eficácia social são fatos sociais. Se alguém alega que fatos sociais sozinhos podem determinar aquilo que é e aquilo que não é exigido pelo direito, isso significa o endosso de um conceito de direito positivista. Uma vez adicionada a correção moral como um terceiro elemento necessário, o quadro se modifica fundamentalmente; emerge um conceito de direito não-positivista. Portanto, a tese da dupla natureza implica o não-positivismo[690].

Nesse sentido, pode-se seguramente afirmar que o reconhecimento e a efetiva aplicação da vitimodogmática, em sua expressão *forte*, porquanto conducente à exclusão da tipicidade com base em considerações dogmáticas atreladas ao comportamento (omissivo ou ativo) da vítima, a despeito de não figurar de maneira clara no Código, não viola o princípio da legalidade, verdadeira pedra angular do Estado democrático de direito. Os contornos deste princípio, que ganhou ênfase máxima no modelo clássico de Estado liberal[691], serão traçados na seção seguinte.

5.2 CARACTERIZANDO A LEGALIDADE PENAL

Surgido com caracteres de ordem eminentemente política para concretizar a teoria do contrato social como esteio de garantia da realização e conservação da liberdade do indivíduo e de seus bens, do que dão provas as pautas abraçadas pelas Revoluções Liberais, destacadamente a Francesa de 1789[692], das quais afluiu como premissa fundamental, o princípio

---

250.

690 ALEXY, Robert. *Teoria discursiva...*, op. cit., p. 301.

691 Assim como a técnica ou o princípio da separação de poderes, que em suas origens tinha como objetivo primacial servir de escudo aos direitos da liberdade contra o absolutismo monárquico. Para uma análise completa, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63 e ss.

692 Ver art. 8º da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*: "Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada" (Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07 de set. 2019). Segundo opina Aníbal Bruno, esse princípio tem raízes remotas na *Magna Carta*, da Inglaterra (1215), e nas *Petitions of rights*, norte-americanas. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 206-207. Ainda, para um apanhado geral acerca das origens históricas do princípio, cf. MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro:* o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2012, p. 19-27.

da legalidade ou da reserva legal incorpora, em linhas gerais, sob a perspectiva jurídico-penal, a missão precípua de garantir ao indivíduo que a intervenção repressiva só tem autorização nos estreitos limites da lei[693], de modo que converte-se em uma inabdicável exigência de segurança jurídica e de garantia individual contra o arbítrio do Estado.

Assim, a *legalidade estrita* deve ser observada tanto na definição dos crimes quanto na cominação (e aplicação) das respectivas penas, eis que *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Essa fórmula de cariz garantista, que remonta ao século XIX e tem por base teórica as lições de Anselm von Feuerbach[694], encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, mais exatamente na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXXIX[695]) e no Código Penal (art. 1º, *caput*[696])[697], bem como em documentos internacionais[698]. Há quatro limitações ao poder punitivo decorrentes do princípio da legalidade[699]: *1)* proibição da retroatividade da lei penal incriminadora (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); *2)* proibição da criação de crimes ou penas pelos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); *c)* proibição de utilizar a analogia para instituir crimes, fundamentar ou agravar penas e impedir a extinção da punibilidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); e *4)* proibição de estabelecer incriminações vagas e imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

Segundo Ferrajoli, enquanto o princípio de *mera legalidade*, que trata da simples reserva de lei, prescreve apenas a sujeição do juiz à lei, o princípio de *estrita legalidade*, na medida em que faz da lei uma reserva absoluta, permite configurar a sujeição do juiz à lei como sujeição somente à lei[700]. Isso significa, em outros termos, que o princípio de estrita legalidade

---

693 GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 140.

694 O princípio em si, todavia, origina-se no ideário da Ilustração (Montesquieu e Rousseau), em especial na obra *Dei delitti e dele pene* (1764), de Beccaria. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79. Para uma análise do direito penal no *Espírito das leis* de Montesquieu, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *O direito penal liberal em Montesquieu.* Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 35 e ss. Sobre a legalidade penal em Feuerbach, cf. GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 95, 2012, p. 44-48.

695 *"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*.

696 *"Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*".

697 No sentido material, a garantia constitucional da *reserva legal* tem por conteúdo a participação popular na elaboração da norma punitiva. Como corolários: *a)* cabe exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre Direito Penal (art. 22, inc. I, CF/88); *b)* não é possível que o Poder Executivo estabeleça crimes e penas por medida provisória (art. 62, § 1º, inc. I, al. "b", CF/88); *c)* a Constituição veda a previsão de crimes ou penas por meio de lei delegada (art. 68, § 1º, CF/88). Cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 141.

698 P. ex.: Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948), Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969.

699 GALVÃO, Fernando. *Direito penal...*, op. cit., p. 141-144. Assim também, BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 58-68; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal...,* op. cit., p. 80-83; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22-25.

700 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 348.

condiciona "a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações", ou seja, a lei penal está obrigada a vincular a si mesma as formas e os conteúdos dos atos que a elas se aplicam[701]. Na síntese de Ferrajoli:

> O princípio de mera legalidade (...), que se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo, constitui o pressuposto elementar somente do princípio de retribuição, que não se completa na falta daquele; o princípio de estrita legalidade (...), que exige, ademais, uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e as processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa –, na falta das quais não se perfaz[702].

O princípio da legalidade é o alicerce sobre o qual se erguem os elementos constitutivos do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Ademais, em sua relação com a finalidade de prevenção geral da pena, protege os direitos fundamentais dos demais integrantes da sociedade. Nesse sentido, constitui o valor fundante da dogmática penal no Estado de Direito, dele decorrendo todos os demais princípios penais fundamentais. Dizer que, ao proporcionar segurança e ordem entre os cidadãos, a legalidade visa impedir o arbítrio[703], não implica sustentar, de roldão, que o direito penal se resume às previsões escritas, entabuladas em Códigos e leis extravagantes, pois ao princípio também pode ser conferida uma *dimensão negativa*, no sentido de não impor embaraços à que o julgador reconheça circunstâncias extralegais de exclusão da responsabilidade criminal, o que equivale dizer benéficas ao acusado e não dissonantes do espírito democrático que anima a ordem constitucional.

Ancorada nessa possibilidade, a vitimodogmática penetra legitimamente no sistema jurídico-penal, com aplicação *de lege lata*, portanto sem provocar qualquer forma de arranho ao dogma da legalidade. Isso ocorre, devemos salientar, mormente por se tratar de instituto que traz em seu cerne o apanágio da liberdade, seja ela a do imputado, ao garantir-lhe um devido processo, seja ela a da própria vítima, ao assegurar-lhe um razoável nível de autonomia sobre seus bens jurídicos.

---

[701] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, op. cit., p. 349.

[702] E completa sobre a diferente função que atribuem à lei: *"condicionante em razão do princípio de mera legalidade (nulla poena nullum crimen sine lege), que é uma norma dirigida aos juízes acerca das leis vigentes às quais estão sujeitos; condicionada em razão do princípio de estrita legalidade (nulla lex poenalis sine damno, sine actione..., sine defensione), que é, ao contrário, uma norma dirigida ao legislador concernentemente à formação válida das leis penais"*. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, op. cit., p. 349-350.

[703] Ressalte-se que o princípio da legalidade não só protege o indivíduo de intromissões arbitrárias do Estado, como afasta-o de qualquer castigo por uma conduta que não tenha sido claramente declarada punível pelo direito anteriormente (função de garantia).

5.3 SITUAÇÕES DE VULNERAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL E O CONTRAPONTO VITIMODOGMÁTICO

Demonstrado que a exclusão da tipicidade através da aplicação dos institutos que integram a vitimodogmática[704] – apesar de inexistir na Lei penal previsão clara no sentido de que o contributo decisivo da vítima para o fato autorize tal iniciativa – não representa uma violação ao princípio constitucional da legalidade penal, convém, para efeitos didáticos, e a fim de se delimitar as situações opostas, por si mesmas inaceitáveis, trazer à colação uma análise crítica de dois pronunciamentos recentemente emanados do Supremo Tribunal Federal, os quais, sem sombra de dúvidas, devem receber o reproche da legalidade[705].

O primeiro diz respeito ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin. Na decisão, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. Em suma, por maioria a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, aceitando o enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. O erro da decisão, todavia, está em, ao estender a adequação típica, admitir a criminalização de uma conduta não tipificada em lei como criminosa, o que equivale, do ponto de vista prático, à elaboração de um novo tipo penal, atividade terminantemente vedada ao Judiciário pelo princípio da reserva legal[706], que exige, para tanto, em caráter de exclusividade, o pronunciamento do Poder Legislativo[707]. Há como que uma tendência as vezes insuprimível dos tribunais em interpretarem – debaixo da ótica teleológica – extensivamente os tipos penais, no afã de "melhor proteger os bens jurídicos", abdicando, destarte, da interpretação literal, *in casu* a mais profícua, e esse problema, além de antigo, não ocorre apenas no Brasil. Diante disso, Roxin alertou com inteira procedência que o princípio do *nullum crimen* ensina

---

[704] Observados, acrescente-se, os critérios delimitativos minudentemente explicitados neste trabalho.

[705] Os casos, que serão brevemente retratados, embora não tenham relação direta com o tema versado nessa pesquisa, servem apenas para confrontar os resultados advenientes da atividade interpretativa da lei.

[706] Como bem disse o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto dissidente, a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta contra o princípio da reserva legal, *"que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos"*. Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

[707] Assim, a decisão também viola o princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da CF/88, que diz: *"São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*.

precisamente o contrário, *"es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su 'naturaleza fragmentaria' y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico"*[708].

O segundo ataque a legalidade a ser escalpelizado consiste no mau vezo do STF em adotar, fora das restritas hipóteses estabelecidas no CPP (arts. 318 e 318-A[709]), portanto *extra* ou até *contra legem*, prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, medida essa que não se confunde com a cautelar alternativa do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, prevista no art. 319, inc. V[710], do mesmo diploma processual. Como precedente, cite-se o HC 127186-PR, em cujo acórdão consta a substituição da prisão preventiva do paciente pela "medida cautelar" de *"recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga"*, dentre outras[711]. Com efeito, a prisão domiciliar tem natureza humanitária, de modo que fora desse contexto, em não sendo o caso de se decretar ou manter a prisão preventiva, o acusado ou réu deverá ser beneficiado com a liberdade plena, ressalvando-se, no máximo, a aplicação da cautelar do art. 319, inc. V, que como já mencionado não é modalidade de prisão e como tal não se confunde com o recolhimento domiciliar integral[712]. Sob o prisma genérico, não há dúvida de que essa decisão do STF resultou maléfica ao imputado, que doravante continuaria a

---

[708] ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73. De se destacar, por oportuno, que a *vitimodogmática* milita no mesmo diapasão de Roxin, qual seja o de sempre que possível restringir o alcance do tipo penal (cf. nesse sentido Capítulo 3, seção *3.4.2*).

[709] *"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo"*; *"Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente"*.

[710] *"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...); V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos"*.

[711] Acórdão disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307323699&ext=.pdf>. Acesso em: 15 de ago. 2019. A decisão foi tomada em 28 de abril de 2015.

[712] Sobre a diferença entre um e outro institutos processuais, Guilherme Nucci aduz: "A prisão prevista pelo artigo 318 é fruto de cumprimento da preventiva, destinando-se a réus em situações excepcionais. Ademais, a prisão domiciliar abrange as 24 horas do dia, somente podendo o sujeito deixar a casa com autorização expressa e prévia do magistrado. O recolhimento domiciliar noturno envolve apenas o período noturno e os dias de folga, voltando-se ao acusado que tenha residência e trabalho fixos. Quem é inserido em prisão domiciliar tem a preventiva decretada; quem se encontra em recolhimento domiciliar tem medida cautelar diversa da prisão imposta. O não cumprimento da prisão domiciliar importa em mera transferência do réu para o cárcere fechado; o não seguimento do recolhimento domiciliar implica, como última solução, a decretação da preventiva". Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 16. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 832. No mesmo diapasão, cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 665-666 e 671-672; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar:* dramas, princípios e alternativas. 3. ed., rev., atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 197-200.

amargar total restrição à sua liberdade ambulatória, embora de tal feita no seio da sua residência, em ambiente de maior conforto se comparado ao cárcere. Despiciendo reiterar que o postulado da legalidade aplicado às questões que refletem diretamente na liberdade do cidadão calca-se no escopo de evitar toda e qualquer medida de ocasião ampliadora da força punitiva do Estado, sobreposse quando promanada do Poder Judiciário em pleno exercício atípico – e indevido – de função legislativa[713].

Numa palavra, tal postura reflete a crise atravessada pela legalidade e a expansão do espaço de discricionariedade e de poder da jurisdição constitucional. Para Ferrajoli[714], que analisa o caso italiano – em muitos pontos assemelhado ao brasileiro –, essa expansão deve-se a múltiplos fatores, destacando quatro, dos quais não se deve discordar: *1)* responsabilidade da política, consistente na incapacidade do legislador de cumprir a sua missão, que se manifesta na instabilidade da produção legislativa, na disfunção da linguagem legal (obscura, vaga, etc.) e na crise da forma geral e abstrata da norma legal; *2)* a estrutura multinível do ordenamento, que dentre outras consequências permite ao juiz a censura direta ou indireta da legitimidade constitucional da lei; *3)* o desenvolvimento, no séc. XIX, do estado social e da esfera pública, com a correlativa função pública de garantia do direito, com expansão do aparato burocrático e o aumento da intervenção estatal na vida econômica e social; *4)* a tendência do poder judiciário a dilatar indevidamente o próprio papel e a dar vida a um direito de criação jurisprudencial. Em matéria penal, ainda registra Ferrajoli, se manifesta uma incontrolável fantasia incriminadora que exorbita os limites da legalidade, isto é:

> Proprio il dissesto della legalità favorisce infatti un costume di arbitrio che si esprime nell'estensione di fattispecie penali, ad opera dell'argomentazione interpretativa, a fenomeni vagamente analoghi e, più in generale, nello sviluppo di un cosiddetto "diritto penale giurisprudenziale": espressione ambivalente con cui si allude e si offre di solito legittimità non solo e non tanto, banalmente, al momento vivente del diritto penale vigente, cioè alla sua interpretazione giurisprudenziale – in questo senso tutto il diritto vivente, ripeto, è "giurisprudenziale" –, quanto piuttosto al ruolo "creativo" della giurisdizione consistente nell'"introduzione di nuove figure di reato[715].

---

[713] Decisões desse jaez resultam da indevida ponderação de princípios e até de regras constitucionais, as vezes com princípios morais inventados ad hoc, o que é bastante peculiar ao assim chamado "neoconstitucionalismo". Cf. críticas a tal postura em: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56; STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94. Sublinhe-se, contudo, que o *constitucionalismo juspositivista* aqui defendido, o qual veda interpretações das normas de repercussão jurídico-penal que sejam detrimentosas ao réu, não elimina a normatividade do que Ferrajoli identifica como *constitucionalismo jusnaturalista*, se o objetivo da interpretação nele balizada for assegurar direitos ao acusado, em consonância com a ordem jurídica.

[714] FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza creativa. *Questione Giustizia,* n. 4, 2016, p. 13-16.

[715] FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza, op. cit., p. 15.

Conforme assinalado por J. J. Gomes Canotilho[716], em relação à reserva de lei ao parlamento, que representa o conjunto de matérias ou âmbitos materiais que devem ser objeto de regulação através de ato legislativo, convergem as dimensões inerentes ao princípio do Estado de direito e ao princípio democrático, os quais, acrescentamos, se imbricam mutuamente no constitucionalismo moderno, assegurando-se, consoante o autor, por um lado a observância de princípios como os da segurança jurídica, proporcionalidade e igualdade, e, por outro, resguardando-se para um órgão com especial legitimação política o estabelecimento das bases de todo o regime jurídico. Há que se vedar enfaticamente, pois, ao Judiciário, sobretudo em matéria penal, interpretações que, por violarem os fundamentos da legalidade, representem danos aos direitos fundamentais do indivíduo. Montesquieu já apregoava que no governo republicano é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei[717], o que se acentua quando em jogo bem jurídico tão caro como o é a liberdade ambulatória. Não se está, todavia, a exigir uma simples subsunção lógico-formal do fato ao figurino legal, pois é inegável que a apreensão de sentido da lei e do fato concreto por vezes permitirá um certo arbítrio do juiz, que estará em consonância com a legalidade sempre que se tiverem em vista os direitos fundamentais[718].

5.4 SÍNTESE DO QUINTO CAPÍTULO

A não positivação na lei penal de institutos vitimodogmáticos como o princípio vitimológico e a heterocolocação em risco consentida, embora não seja um cenário de todo ideal pela segurança jurídica potencialmente assegurada, não constitui óbice ao reconhecimento da exclusão da tipicidade quando a conduta do terceiro interveniente se subsuma às hipóteses previstas nesses vetores normativos.

O princípio da legalidade ou da reserva legal incorpora, em linhas gerais, sob a perspectiva jurídico-penal, a missão precípua de garantir ao indivíduo que a intervenção repressiva só tem autorização nos estreitos limites da lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Por garantir a liberdade do imputado, a solução vitimodogmática que autoriza a exclusão da tipicidade em face do contributo decisivo da vítima para o fato não representa uma violação ao princípio constitucional em apreço.

---

716 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 726-727.

717 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 87.

718 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal.* São Paulo: Sugestões Literarias, 1994, p. 50-51.

6 OS EFEITOS DA VITIMODOGMÁTICA SOBRE ALGUNS TIPOS PENAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

6.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Registro, à guisa de esclarecimento preliminar, que a sistemática adotada neste capítulo se deve ao reconhecimento da inviabilidade da compreensão dos temas da parte geral sem que se recorra à parte especial do código penal, ponto de partida da conceituação da primeira[719]. Saliente-se, por oportuno, que a elaboração dogmática da parte especial, deixada de lado pelos alemães, recebeu da doutrina italiana a denominação de "parte geral da parte especial" ou "teoria geral da parte especial", que nada mais é do que uma exposição unitária e ordenada de toda a matéria contida na parte especial[720], em perfeita integração com as normas da parte geral, que impõem limites à incidência dos tipos penais, nomeadamente os que serão analisados doravante[721]. Nesse sentido, optou-se por testar a operatividade da vitimodogmática a partir da sua incidência sobre a parte especial, escolhendo-se, para tanto, os tipos penais que mais se coadunam aos seus pressupostos.

Ao tratar da aplicação da pena, o art. 59 do CPB, conforme já estudado, determina que o juiz, ao fixar a pena-base, atenderá, dentre outros requisitos, ao *comportamento da vítima* para a deflagração do fato. Esse é o ponto de partida para se entender de que modo a vitimodogmática influencia, *de lega lata*, a atividade do órgão jurisdicional. Ocorre, porém, que há por trás da configuração do tipo penal um difícil trabalho legislativo, voltado às escolhas das condutas criminalizadas e dos respectivos limites (mínimo e máximo) de pena a ser abstratamente cominada, e neste momento também se mostra fundamental entender a relevância dos fatores de ordem vitimológica. Assim, esse influxo se faz presente em dois cenários: o legislativo, que é prévio, e o judicial, destacando-se, aqui, dois aspectos, quais sejam, a dosimetria da pena em todas as três fases *(1)* e a possibilidade de exclusão do crime, pela identificação da inexistência de algum dos seus elementos constitutivos *(2)*.

Isso mostra, num primeiro instante, que é vedado lançar mão da circunstância

---

719 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 93-94. Ressaltando que a parte especial do direito penal, mais ampla, compreende a legislação incriminadora especial ou extravagante.

720 SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos...*, op. cit., p. 94-95.

721 Ainda sobre a importância da parte especial, diz-nos Sheila Jorge Selim de Sales: "(...) nela se encontram efetivados os princípios constitucionais que orientam (ou deveriam orientar) os sistemas penais direcionados a garantir o livre exercício e gozo dos bens jurídicos fundamentais para o ser humano e a sociedade civil, impondo limites para a intervenção penal nos Estados sociais e democráticos". Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos...*, op. cit., p. 101.

judicial do comportamento da vítima para prejudicar o agente[722], bem como que o seu uso não distingue o tipo de crime praticado. Numa palavra, o magistrado deverá sempre analisar se em concreto o pressuposto do *negativo* proceder da vítima foi preenchido para finalizar em prol do apenado a dosagem da reprimenda nesta fase inaugural[723].

A outra questão que se coloca é saber em que situações a contribuição da vítima para o evento levará à inteira exclusão da responsabilidade penal do agente, por ausência de crime, e como se realizará essa averiguação de acordo com a dogmática da teoria do delito. Entra, assim, em apreciação, de um lado a forma como a vítima se portou e, do outro, a modalidade de crime cometido, para só então se chegar ao resultado definitivo dentre os possíveis, que são: *a)* não imputação penal ao autor ou *b)* apenas a diminuição da sua pena.

Por isso, é extremamente relevante entender até onde vai o alcance das premissas vitimodogmáticas – todas, diga-se, com uma base comum, que é a relevante participação da vítima para o evento sobrevindo –, estabelecendo-se, no contexto *sub examen*, os limites de atuação deste instituto que carece de previsão legal e cujo desenvolvimento doutrinário, como assinalado em outros momentos, lamentavelmente ainda se apresenta bastante deficitário na ciência penal brasileira[724].

A lente vitimodogmática, defendida como um esteio democrático da teoria do delito, faculta ao intérprete, no bojo da chamada fundamentação pela *competência por organização*, distinguir se a responsabilidade pelo acontecimento incumbe à vítima, com exclusão da responsabilidade do autor; se incumbe a este, com exclusão de qualquer averiguação sobre a da vítima; ou, por último, se corresponde compartidamente a ambos; redundando, de cada uma dessas hipóteses, se porventura aceitas como legítimas, consequências jurídico-penais diversas.

Nesse sentido, importa atentar para a força normativa do princípio constitucional da autorresponsabilidade[725], segundo o qual quem se põe em perigo ou aceita que outrem o

---

[722] A propósito, acorde com a jurisprudências do STJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) aprovou, no ano de 2018, a Súmula de nº 64, com a seguinte redação: *"A circunstância judicial referente ao comportamento da vítima não pode ser considerada desfavoravelmente ao réu na dosimetria da pena"*.

[723] Exemplificando: poderá o julgador considerar em favor do réu a circunstância de a vítima de um assalto a mão armada, por puro descuido ou desprezo na condução de bem material de sua titularidade, *ter facilitado* a investida criminosa? A resposta, embora se afigure impactante, a princípio é positiva, uma vez que o art. 59 do CP, norma geral e abstrata que é, não traz nenhuma vedação nesse sentido. Diferente seria afirmar que a imprudência da vítima na condução do seu bem levaria à atipicidade do fato, pois a violência inerente ao roubo é fator determinante contra esta solução.

[724] Cf., a respeito, Capítulo 4, *seção 4.6.1*.

[725] Dentre outros fundamentos, como já assinalado anteriormente, o *status* constitucional do princípio decorre da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito. Ver, nessa linha, MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013, p. 46-47.

submeta a um risco, poderá ser o único responsável pelas consequências lesivas (p. ex., morte ou lesões) derivadas desse comportamento realizado prioritariamente ou em uma organização conjunta com o autor (*parelha criminal*). Não sem razão, diz-se que tanto na auto como na heterocolocação em perigo consentida, o único sujeito cuja competência é intangível seria a própria vítima, isentando-se de responsabilidade penal o terceiro interveniente[726], embora se exija que a atuação do vitimado seja livre e consciente, com assunção do risco que corre.

Com efeito, se as principais proposições vitimodogmáticas – vale dizer, as que advogam a exclusão da tipicidade – ainda carecem de previsão legal que lhes confira robustez contra as investidas da verve estatal acusatória, duas saídas se apresentam a fim de que este valoroso instrumento de liberdade mantenha força suficiente para penetrar com profundidade nas entranhas da normatividade concreta: *i)* modificações legislativas urgentes, no sentido da positivação (*lege ferenda*), e *ii)* enquanto não alcançado o objetivo anterior, ter-se uma aplicação equilibrada do instituto, em consonância com o ordenamento jurídico vigente (*lege lata*).

Quando a vitimologia, após longos anos de estudo no rumo da consolidação dos elementos que hoje a integram, finalmente encaminhou-se como ciência nova, cosmopolita e integradora, os pesquisadores deste marcante fenômeno trabalharam diversas classificações das vítimas, tema esse imprescindível para se aferir dentro de parâmetros mais racionais a imputação criminal, uma vez que não raro o próprio sujeito vitimizado contribui para a *materialização do fato contra si mesmo*, o que decididamente não pode ser desprezado pela dogmática penal[727].

Dentre as muitas classificações existentes, chama atenção, pelo rigor do método, a desenhada por Antonio Beristain Ipiña – estudioso da matéria, certamente influenciado por Mendelsohn e Hentig –, que categoriza a vítima como passível de ser: *a)* completamente inocente ou ideal, isto é, sem participação ativa no fato; *b)* parcialmente culpável, subdividindo esta classe em vítima: por ignorância (*b.1)*, com escassa culpabilidade (*b.2)* ou voluntária (*b.3)*, ambas podendo ter maior ou menor contribuição para o evento criminoso; e *c)* completamente culpável, também subdividida em: vítima provocadora ou com contribuição exclusiva ao fato vitimizante, que destarte não será punível (*c.1)*, precipitadora do delito ou com contribuição predominante ao fato, que destarte será punível (*c.2)* e falsa, quando simula, por denúncia

---

[726] Nestes casos, se alcança intuitivamente a solução de que a responsabilidade pelo resultado imprudente é dirigida à vítima, com isenção da do *partícipe* (autocolocação) ou da do *autor* (heterocolocação).

[727] Daí que há, sem dúvidas, influxos da vitimologia sobre a dogmática penal.

inverídica, o delito (*c.3)*[728].

Tendo por norte os conceitos acima alinhavados, que transcendem a dogmática penal, o presente capítulo se ocupará, inicialmente, em analisar, à luz da compreensão vitimodogmática, os elementos que compõem o tipo subjetivo, os quais influenciam a dirigibilidade anímica do autor e da vítima[729], bem como, em tal tocante, o contexto da necessidade de ativação, por parte desta, de mecanismos de autopreservação como esteio para se estabelecer os limites entre o dolo e a culpa *stricto sensu* do autor. Em seguida, desenvolverá os efeitos da vitimodogmática sobre alguns tipos penais previstos na legislação brasileira, com destaque para os crimes contra a vida, o patrimônio e a dignidade sexual, sem embargo da análise de outros delitos aos quais igualmente urge seja aplicada. Por fim, tratará das consequências extrapenais de uma decisão absolutória proferida no juízo criminal com base no comportamento ativo e voluntário da vítima.

6.2 A VITIMODOGMÁTICA EM FACE DO TIPO SUBJETIVO (INTENCIONALIDADE DO AGENTE)

As análises empreendidas até aqui cifraram-se basicamente sobre as configurações dos componentes do tipo objetivo, *lócus* onde se afere em caráter inaugural o nexo normativo de imputação penal. Pouco se viu, portanto, acerca das condições em que se manifesta a intencionalidade – e variações – do autor e da vítima, como elementar do tipo subjetivo, necessária à plena constituição da tipicidade da ação (imputação objetiva + imputação subjetiva). Nesse sentido, interessará à vitimodogmática, uma vez configurada a tipicidade objetiva, esquadrinhar os aspectos interiores (propósito) não apenas do sujeito que se apresenta como vítima, mas também os do pretenso autor, para só então operar os resultados concretos que ainda lhe restam, que incluem, por exemplo, a definição da conduta como dolosa ou culposa em vista da incorporação da figura da vítima ao nível da imputação subjetiva.

Ora, se é crucial para a imputação objetiva conferir se a vítima desenvolveu com consciência algum comportamento imprudente ou mesmo intencional a partir do qual é teoricamente possível afirmar que ela é corresponsável ou responsável única pela realização do tipo (imputação à vítima, ao invés do autor), de igual sorte é fundamental para a delimitação da

---

[728] BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz. *Vniversitas,* Bogotá (Colombia), n. 110, jul./dic. 2005, p. 469-470.

[729] Esses elementos não se resumem aos que integram o fato típico (dolo e culpa), explicados por diversas teorias, envolvendo, outrossim, a consciência sobre o exercício de atitudes (circunstanciais) amparadas/justificadas ou não pelo ordenamento jurídico, pois vale o princípio latino da *nemo auditur proprium turpitudinem allegans* (a parte não pode beneficiar-se da própria torpeza), corolário do postulado da lealdade processual e da boa-fé objetiva.

fronteira entre o dolo (que pode ser eventual) e a culpa (que pode ser consciente) avaliar o cabedal de possibilidades de a vítima se livrar do dano por suas próprias forças. O argumento, aqui, gira em torno das condições de autossalvação – não aplicadas às vítimas vulneráveis, como idosos, crianças e enfermos mentais –, que fazem com que o autor confie na não ocorrência do resultado, retirando do seu proceder o elemento doloso, do que resulta a calibração de uma responsabilidade penal menor pela criação do risco ao fim realizado no resultado. Tal solução, contudo, é objetada a partir do contra-argumento de que o traslado do comportamento da vítima para o âmbito da imputação subjetiva com o fim de retirar o dolo da conduta do autor, fruto do dever de autoproteção da vítima, não raro criticado, deve alojar-se em uma eventual análise do alcance do tipo e não no âmbito da imputação subjetiva[730]. Em outras palavras, sustenta-se que a transição do comportamento da vítima para a imputação subjetiva não pode acontecer com apoio em um hipotético dever de autossalvação, pois mais que a contribuição da própria vítima para a redução do perigo criado pelo autor, convém considerar, à luz da vulnerabilidade concreta do sujeito lesionado, a intensidade deste perigo, uma vez que a vítima nem sempre tem a dominabilidade daquilo que está prestes a acontecer[731].

De um modo geral, o tipo penal possui elementos objetivos e subjetivos. Conforme lições de Assis Toledo, os elementos objetivos são todas as circunstâncias da ação típica que não pertencem ao psiquismo, de maneira que são independentes do sujeito agente e possuem validade externa, aferível por outras pessoas[732]. Dividem-se em descritivos e normativos. Os descritivos são aqueles que não necessitam de um juízo de valor, eis que diretamente apreensível pelo sentido humano, como por exemplo *matar*, *roubar*, etc. Já os assim denominados normativos são os que, para a sua exata compreensão, reclamam um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais (exemplo: *coisa alheia*, *mulher* etc.), ou mesmo advindo do próprio intérprete, a quem incumbirá atribuir o devido sentido ao termo sob análise (*v.g.*, *dignidade, decoro etc.*)[733]. Os elementos subjetivos, ao contrário, são aqueles que dizem respeito ao psiquismo do agente, à sua intensão, sem a qual não dá para determinar a tipicidade do fato. Cita-se, como exemplo, no crime de associação criminosa do art. 288 do CP, o *fim especifico de cometer crimes*.

Destarte, o tipo de injusto pessoal decompõe-se em tipo (de injusto) de ação e de omissão, que podem ser dolosos e culposos. O tipo de injusto de ação doloso, por sua vez,

---

730 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 145.
731 VIANA, Eduardo. *Dolo...,* op. cit., p. 266-268.
732 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 153.
733 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...*, op. cit., p. 154.

desdobra-se em tipo objetivo, formado pelo conjunto de caracteres objetivos ou materiais do tipo legal (aspecto objetivo)[734] e tipo subjetivo, composto do conjunto de caracteres subjetivos ou anímicos do tipo legal (aspecto subjetivo)[735]. O tipo subjetivo comporta o elemento subjetivo geral (dolo) e eventualmente o chamado elemento subjetivo do injusto[736].

Segundo dicção do artigo 18 do Código Penal brasileiro, o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, e culposo quando deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. E acrescenta que *"salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente"* (§ único), vale dizer, para que se admita a modalidade culposa, o próprio tipo penal deve trazer previsão expressa a respeito, pois o dolo é a regra e a culpa *stricto sensu* a exceção[737].

Em sentido técnico penal, dolo significa a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, de maneira que é formado pela *consciência* (elemento intelectual) e o *querer* realizar o crime (elemento volitivo)[738]. Como dito por Welzel, "dolo es conocimiento y

---

[734] Nas palavras de Hans Welzel, o tipo objetivo é o núcleo real-objetivo de todo delito, que, por sua vez, não é somente uma má vontade, mas a má vontade que se concretiza em um fato. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal.* Parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 71.

[735] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 220-221.

[736] Segundo Regis Prado, o desvalor da ação não se esgota no dolo, exigindo-se, em certo número de delitos, elementos subjetivos especiais para a realização do tipo, como "ânimos, tendências, fins dotados de especificidade própria constantes do tipo legal de delito, que, se ausentes, tornam a conduta atípica". Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso...*, op. cit., p. 230.

[737] Exemplo: o peculato culposo, disposto no § 2º do art. 312 do CP: *"Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano"*.

[738] Ultimamente, as teorias que estudam o dolo com base na vontade psicológica têm recebido inúmeras críticas, fundadas nos flancos que abrem para atos de escolhas (ou de crenças) do julgador, quando da aferição da constituição da vontade do sujeito que pratica o fato. Contra isso, defende-se a adoção do dolo como vontade *normativa*, em que se define a intenção do agente à luz da atribuição de um valor, com a análise de elementos externos (cognitivos). Mais exatamente, afirma Enéias Xavier, "o elemento volitivo é alcançado por parâmetros normativos, com base em dados e critérios da racionalidade humana, das circunstâncias fáticas", de modo que "o elemento volitivo passa a ser analisado com base em valorações sociais e não em presunções intangíveis de realidades psicológicas". Cf. GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica:* perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 116. Ingeborg Puppe, de seu turno, averba: "Para a teoria normativa da vontade, que defendo, interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo, perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima. Se o autor tem conhecimento de um tal perigo, não poderá depois eximir-se, alegando que não estava de modo algum de acordo com a morte da vítima, mas que ignorou esta possibilidade, ou que esperava que apenas desta vez tudo acabasse bem". Cf. PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciência Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 118. Roxin, no entanto, não se contenta com a criação de um dolo fundamentado em elementos meramente cognitivos, mas continua acreditando que o dolo requer um elemento volitivo interno, pois é vontade (intensão) de realização, correspondente ao uso geral da linguagem e à valoração legal. Cf. nesse tocante, ROXIN, Claus. *Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicídio.* Conferência apresentada na Escola Alemã de Ciências Criminais 2018. Universidade de Göttingen, 1º de outubro de 2018, *passim*.

querer de la concreción del tipo"[739]. A doutrina – nacional e alienígena – costuma dividir o dolo em direto[740] e eventual. A primeira espécie configura-se na hipótese em que o agente quer o resultado descrito em lei como delitivo, tanto que atua com vontade consciente (intensão). O dolo eventual (*dolus eventualis*), de sua vez, perfaz-se quando o agente prevê que o resultado possa ocorrer. Aqui, o agente não deseja o resultado lesivo, mas assume o risco de produzi-lo[741].

Do lado oposto, na culpa em sentido estrito não aparecem os elementos: *a)* previsão do resultado (ilícito) e *b)* vontade de sua produção. Quem age com culpa, possui a intenção de atingir uma finalidade lícita, em que pese o resultado produzido – não previsto, repita-se, pelo agente – seja juridicamente vedado. Para Enrique Bacigalupo, o autor ignora negligentemente que realiza o tipo, sendo que o fundamento da punibilidade, aqui, é o desprezo que *"demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos, sea que no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna"*[742]. Por isso, a culpa nada mais é que a ausência de atenção para se evitar a lesão à bem jurídico alheio, vale dizer, a inobservância do dever de diligência ou cuidado objetivo exigível nas relações sociais.

São duas as espécies de culpa: a consciente e a inconsciente. A consciente, sobre a qual o Código Penal brasileiro não dispõe, ocorre quando o agente não quer o resultado, não o deseja e muito menos o aceita, mas o prevê[743]. Em suma, o resultado é previsto pelo autor, que acredita sinceramente que não irá, a despeito da sua ação, produzi-lo, de modo que não há a assunção do risco proibido. Noutro giro, na culpa inconsciente, cujas modalidades estão, consoante já verificado, mencionadas no art. 18, inc. II, do CP, o agente sequer prevê (ou antevê) o resultado, embora este seja previsível pelo homem médio[744].

---

[739] WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, op. cit., p. 74.

[740] O dolo direto, de sua vez, é dividido em dolo direto de *primeiro grau* e dolo direto de *segundo grau*. No primeiro, predomina o elemento volitivo, em que o autor persegue a realização do delito, daí que essa classe de dolo é também designada como *intenção*. Já o segundo apresenta a predominância do elemento *intelectual* (conhecimento), quando o autor sabe que sua atuação dará lugar ao delito. Cf. nesse diapasão: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General. Reimp. de la 3. ed. Barcelona: Promociones e Publicaciones Universitarias, 1995, p. 260-261.

[741] Pela fórmula de Reinhard Frank, haverá dolo eventual quando o agente, em face do resultado, disser a si mesmo: *"Seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, de todos os modos eu agirei"*. Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108. Conforme já demonstrado, porém, as questões que envolvem a existência do dolo eventual – e a sua distinção da culpa consciente – afiguram-se bem mais complexas, sendo certo, como bem acentuado por Puppe, que um Direito Penal liberal e alinhado ao Estado de Direito *"deve proteger o acusado de ter sua pessoa, considerada de modo integral, como objeto de valoração jurídica"*. Para uma análise profunda do tema, à luz da jurisprudência alemã, cf. PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Coord. Beatriz C. Camargo et al. Trad. de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2019, *passim*.

[742] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal:* Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 338.

[743] Cf., nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito:* uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 208-209.

[744] Seria o homem prudente, que age dentro dos critérios da razoabilidade. Trata-se, em suma, de um padrão jurídico-comportamental abstrato, que guia a aferição dos correspondentes níveis de responsabilidades tanto

Nesse cenário, também se exige do intérprete um especial cuidado sobre o conhecimento e a vontade da vítima (intencionalidade), mesmo porque o agredido pode vir a tornar-se agressor. *Ad exempli*, embora não tenha recebido tratamento específico no Código Penal, o elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude deve obrigatoriamente ser avaliado, pois se alguém age em legítima defesa e mata outrem, é imprescindível que tal pessoa saiba que está atuando com a autorização desta excludente de ilicitude (o mesmo serve para todas as outras), uma vez que não existe conduta sem finalidade, como bem ensinado pela teoria finalista da ação. Dito de outro modo, como é vedado ao direito compactuar com a má-fé, o indivíduo deve ter ciência de que, naquelas circunstâncias específicas, está agindo no gozo dos seus direitos para a eles fazer *jus*.

Por outro lado, conforme já debatido no início, situações há em que a vítima opera com imprudência ou mesmo dolo em face dos seus próprios interesses (bens jurídicos), merecendo atenção as soluções jurídico-penais aplicadas para esses casos, nos quais entra em cena institutos vitimodogmáticos tais como os da auto e heterocolocação em risco, além do consentimento do ofendido, categoria autônoma das outras duas. Em suma, ao passo que na esfera da imputação objetiva o contributo da vítima pode, teoricamente, excluir a responsabilidade penal do agente, tenha ou não este agido com dolo ou culpa quanto ao risco[745], apesar de o resultado não ser querido ou dominável, no âmbito da imputação subjetiva é averiguado até que ponto a vítima poderia desenvolver algum mecanismo de defesa necessário para que o autor confiasse na não produção da lesão, o que poderá transmutar a conduta dolosa (dolo eventual) em culposa (culpa consciente).

6.3 APLICAÇÃO DA VITIMODOGMÁTICA AOS CRIMES EM ESPÉCIE

Um relevante questionamento a respeito da corrente vitimodogmática minoritária diz com as condições de possibilidade de sua aplicação aos crimes violentos, a ampliar, destarte, o espectro de sua incidência para além das situações já analisadas no presente trabalho. Sob o prisma da *imputação subjetiva*, por exemplo, indaga-se: *em crimes que atentem contra a vida, as vítimas estariam obrigadas por algum dever de autoproteção sob pena de interferência na configuração do dolo que seria atribuído ao causador do dano (agente)?* E no terreno da imputação objetiva, o questionamento poderia ser o seguinte: *em um crime de estupro facilitado*

---

do autor quanto da vítima. Para uma análise crítica dessa criação jurídica, cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo...*, op. cit., p. 92-98.

[745] À exceção do consentimento, que se dirige ao resultado lesivo e não apenas ao risco (cf. Capítulo 4, *seção 4.4.6*).

por algum comportamento produzido pela vítima, é possível diminuir a pena do autor ou inclusive excluir inteiramente a sua responsabilidade criminal pelo fato?

Feitas essas colocações proemiais, torna-se oportuno salientar que o estudo da aplicação das consequências vitimodogmáticas aos crimes em espécie (objetivo deste capítulo), será realizado dentro de alguns limites. O principal deles estabelece que, via de regra, a facilitação, pela vítima, do dano contra si mesma, através de um proceder voluntário e consciente (provocação[746], descuido etc.), não terá o condão de excluir a tipicidade se a conduta do agente for cometida mediante *violência física* ou *grave ameaça*[747].

6.3.1 Crimes contra a vida e lesões corporais

Inseridos no Título I da Parte Especial do Código Penal brasileiro, que cuida dos crimes contra a pessoa, os crimes contra a vida abarcam os arts. 121 ao 128, sendo eles: homicídio (art. 121); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art.122); infanticídio (art. 123); e aborto (arts. 124-126). Já as lesões corporais, que encontram-se discriminadas ao longo do extenso art. 129 do mesmo *Códex*, podem ser: lesão (dolosa) leve ou simples (*caput* do artigo), lesão (dolosa) qualificada pelo resultado (§§ 1º, 2º e 3º), lesão (dolosa) privilegiada (§§ 4º e 5º), lesão culposa (§ 6º), lesão culposa ou dolosa com aumento de pena (§ 7º), lesão (dolosa) leve ou simples qualificada pela violência doméstica (§ 9º) e lesão (dolosa) grave, gravíssima ou seguida de morte com aumento de pena pela violência doméstica (§ 10º)[748].

Quanto ao delito de homicídio, deve-se partir da premissa segundo a qual a vida é um bem jurídico indisponível. Isso não implica dizer, entretanto, que se trata de direito absoluto, insuscetível de ponderação. Nesse sentido, o sujeito que age dolosamente contra a vida de outrem, ainda que debaixo do consentimento do afetado, estará cometendo o crime de homicídio, a menos que o faça amparado pelo instituto da legítima defesa, própria ou de terceiro, preenchidos os requisitos do art. 25 do CP[749]. Seguindo esse trilhar de proteção forte

---

[746] Atente-se, no entanto, para a legítima defesa que se justifica mesmo sendo desenvolvida mediante violência contra o injusto agressor. Nesse caso, exclui a ilicitude da conduta.

[747] Isso não significa, a *contrario sensu*, que toda conduta praticada sem violência ou grave ameaça, as vezes diante de um simples descuido da vítima ("contribuição" passiva), terá necessariamente a tipicidade excluída, pois situações há em que a confiança da vítima merece, sim, reconhecimento e proteção do direito penal. Nesse diapasão, não é demais recordar alguns requisitos da imputação preferente ao âmbito de responsabilidade da vítima: *a)* organização conjunta com o autor; *b)* a conduta da vítima não pode ter sido instrumentalizada pelo autor (exige-se o controle efetivo da situação por parte do lesionado); *c)* o autor não pode ter qualquer dever de proteção com relação ao bem jurídico da vítima atacado.

[748] DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado.* 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 466.

[749] *"Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem"*. Os requisitos da legítima defesa, portanto, são: *i)* agressão injusta, atual (presente) ou iminente (prestes a acontecer); *b)* preservação de direito, próprio ou de

ao bem jurídico *vida* – o que também demonstra um excessivo paternalismo –, o ordenamento jurídico pátrio veda a eutanásia[750], que se caracteriza quando o sujeito ordinariamente não possui condições materiais de retirar a própria vida, necessitando do auxílio de terceiro para fazê-lo. Sem embargo, em vista do escopo humanitário de que se reveste, tal situação é vislumbrada como homicídio privilegiado, a teor do § 1º do art. 121 do CP[751]. Nas hipóteses de auto e heterocolocação em risco consentidas, o resultado morte ou a lesão corporal que advenha de imprudência (ato não intencional) da vítima, com o auxílio do partícipe (ou do autor), não terá relevância para efeito de responsabilidade criminal, eis que se excluirá a tipicidade (material), conforme razões vitimodogmáticas amplamente debatidas em outras partes deste texto[752].

Com efeito, se de um lado a doutrina penalista discute acerca da consequência jurídico-penal para o *homicídio eutanásico*, isto é, se deve ser apenas a diminuição da pena de quem pratica o ato, diante do privilégio já previsto em lei, ou, em se tratando de *ortotonásia*, se há que se reconhecer a causa *supralegal* de exclusão da ilicitude desta conduta, tem-se que o mesmo não sucede quando o homicídio é praticado "*sob o domínio de violenta emoção, logo*

---

outrem; *c)* utilização moderada de meios necessários. Durante algum tempo debateu-se, nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de se invocar a chamada legítima defesa da honra conjugal, que seria "ferida" tão-somente pela "mulher traidora", em clara postura machista. Representando a visão crítica da doutrina a respeito do tema, Jiménez de Asúa com muita propriedade assinalou: "En primer término, no es posible aceptar que constituya un ataque al honor del marido la conducta de la mujer y del que yace con ella. El honor está en nosotros y no en los actos ajenos. Será ella quien se deshonre, pero a nosotros no nos deshonrará". Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal.* La ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997, p. 292. Há precedente do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) admitindo no plenário do júri o debate acerca da legítima defesa da honra: *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO – TESE DEFENSIVA REJEITADA PELO JÚRI – DECISÃO ARRIMADA EM VERSÃO EXISTENTE NO PROCESSO – AUSÊNCIA DE AFRONTA À PROVA DOS AUTOS – APELO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME – Não colide com a prova dos autos, decisão dos jurados, agasalhada em versão verossímil, do fato criminoso, contida no processo. A legítima defesa da honra, por sua natureza subjetiva, constitui matéria a ser livremente apreciada pelos juízes de fato*" (TJPE – ACr. 78112-8 – Rel. Des. Ozael Veloso – DJPE 28.09.2002). Anote-se, outrossim, que alguns julgados aceitaram como *legítima defesa da honra* agressões físicas desferidas em revide à ataques de injúria, etc. Cf. escólio em: DELMANTO, Celso et al. *Código penal...*, op. cit., p. 153.

750 A ortotonásia ou homicídio piedoso omissivo, em que o médico deixa de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável e já desenganada pela medicina, é prevista como excludente de ilicitude no § 2º do art. 122 do texto inicial do PLS nº 236/2012, que institui o Novo Código Penal, com a seguinte redação: *"Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão"*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1560373292895&disposition=inline>. Acesso em: 30 jun. 2019. Poder-se-ia argumentar, nesta hipótese, independentemente da modificação legislativa pretendida, o consentimento do ofendido como causa *supralegal* de exclusão da ilicitude. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 7.ª ed., rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 544.

751 *"§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral (...), o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"*.

752 Cf. Capítulo 4, especialmente seções *4.4.4* e *4.4.5*.

em seguida a injusta provocação da vítima" (2ª parte do § 1º do art. 121, do CP), em que a exclusão – legal ou *supralegal* – de algum elemento do crime sequer é cogitada, sendo a redução da pena a única benesse a que nessas circunstâncias o agente fará *jus*. Resumindo, são de todo estreitas as possibilidades de se conferir ao *homicídio doloso* consequência de cariz vitimodogmático no sentido da completa exclusão da imputação penal[753].

Por razões de política criminal, o *suicídio* é impunível, embora não seja indiferente para o direito penal, que legitima, excepcionalmente, a coação exercida para impedir esta ação[754] que a rigor é *ilícita*, na acepção ampla do termo. Ocorre, todavia, que diferentemente da legislação de outros países, a exemplo da Alemanha, no Brasil pune-se o *"induzimento, instigação ou auxílio a suicídio"*, isto é, a participação (moral ou material) em suicídio, sendo a pena considerável, de dois a seis anos de reclusão (art. 122, do CP). Assim, se o sujeito, imbuído de dolo, *induz*, *instiga* ou *auxilia*[755] a que outrem cometa suicídio, estará praticando uma conduta típica e como tal não poderá socorrer-se, *verbi gratia*, do instituto da participação impune em uma autocolocação em risco, pois nesse caso a vitimodogmática estaria operando *contra legem*, o que é vedado. A despeito de abraçar uma visão restritivista da impunidade da participação nas colocações (auto e hetero) em risco, em sendo imprudente a participação em suicídio, que como tal exige dolo por parte da vítima, Gimbernat Ordeig afirma:

> Expresándolo todo ello con una frase: si, como debería estar fuera de discusión, la participación imprudente en un suicidio – que, para ser tal suicidio, tiene que ser siempre doloso – es impune, con mayor motivo tiene que serlo la participación imprudente en un suicidio «imprudente», esto es: en una autopuesta en peligro que desemboca en la muerte de la víctima[756].

---

[753] Inobstante as considerações que colocam o bem vida em condição de superioridade frente aos demais, restringindo, destarte, o alcance das soluções vitimodogmáticas mais arrojadas, há que se estudar e produzir respostas diferentes das usuais para as situações de real interação entre autor e vítima nos crimes de homicídio doloso. São os casos – analisados por Marvin Wolfgang em trabalho publicado no distante ano de 1957, que a rigor não se confundem com a legítima defesa, embora possam vir a desencadeá-la – em que a própria vítima provoca o ataque homicida contra ela (*vítima precipitadora*) através de palavras, gestos e/ou ações físicas contundentes dirigidas ao agressor potencial, além de discussões banais a respeito de sexo, cor, idade etc. Em seu estudo, Marvin Wolfgang lembra do caso do marido que acusou a esposa de dar dinheiro a outro homem e, enquanto ela tomava o café da manhã, a atacou com uma garrafa de leite, um tijolo e, finalmente, um pedaço de bloco de concreto; a vítima, tendo uma faca de açougueiro na mão, o esfaqueou durante a luta. Cf. WOLFGANG, Marvin. Victim preciptated criminal homicide. *Journal of criminal law and criminology,* Criminology and Police, New York, 1957, vol. 48, p. 1-11.

[754] *Ex vi* do art. 146, § 3º, inc. II, do CP, segundo o qual não constitui o crime de constrangimento ilegal a coação exercida para impedir suicídio.

[755] "*Induzir* significa suscitar o surgimento de uma ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém uma ideia até então inexistente (...). *Instigar*, por sua vez, significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente (...). *Prestar auxílio* representa, ao contrário das duas modalidades anteriores, uma "participação" ou contribuição material do sujeito ativo, que pode ser exteriorizada mediante um comportamento, um auxílio material (...)". Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 2, 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

[756] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), p.

Destarte, o ato imprudente ou doloso da vítima comumente exclui a imputação objetiva do resultado a quem, imprudentemente, deu azo ou contribuiu para que o lesado voluntariamente se submetesse a uma situação arriscada. Todavia, se o terceiro detém prévio conhecimento, por exemplo, de que ao lhe solicitar uma seringa com sobredose de morfina a real intenção do sujeito era a de utilizá-la para causar a própria morte (suicídio), e ainda assim lhe entrega o objeto solicitado, aplicando o usuário, instantes após, em si mesmo a seringa com a droga, resultando na sua morte, o interveniente há de responder a título de cooperação em suicídio. De outra banda, se foi o próprio terceiro que com o consentimento da vítima, que sabidamente queria morrer, aplicou-lhe a droga, estará cometendo homicídio (consentido) punível. Inconfundíveis, pois, se afiguram a cooperação em suicídio e o homicídio consentido, ambos punidos se praticados dolosamente, não exercendo, a vitimodogmática, neste aspecto, o papel de exclusão da imputação.

Em relação ao crime de infanticídio (art. 123, do CP), inserido no rol dos crimes contra a vida, tendo em conta que o bem jurídico tutelado é a vida do nascente ou do recém-nascido, portanto de *vulnerável*, não há que se excogitar a aplicação de qualquer instrumento vitimodogmático no momento da aferição da imputação penal, seja ela objetiva e/ou subjetiva, respondendo o sujeito ativo (a mãe) inteiramente pelo fato, que por exigência do tipo deve ter sido praticado durante ou logo após o parto[757].

A legislação penal brasileira pune o aborto provocado pela gestante (art. 124, do CP) e o provocado por terceiro, sem ou com o seu consentimento (arts. 125-126, do CP). Noutro giro, não se pune o aborto necessário praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, e o aborto praticado por este mesmo profissional no caso de gravidez resultante de estupro, desde que precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (art. 128, incs. I e II, do CP). O plenário do STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, rel. min. Marco Aurélio, DJ 30/04/2013, declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de *feto anencéfalo* é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incs. I e II, todos do CP[758], autorizando, com isso, uma nova modalidade de aborto, que se

87.

[757] Sobre a imputação objetiva nesse tipo de crime, considerada a relevância jurídica que legitima a pretensão de validade da norma jurídica incriminadora, expressada por meio do significado de inadequação social da conduta criminosa, que leva à exclusão da tipicidade quando há grave situação de risco para a vida da mãe e em se tratando de recém-nascido anencéfalo, cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte especial, crimes contra a pessoa. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 118 e ss.

[758] Segue ementa do acórdão: "ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE –

adiciona às hipóteses legalmente previstas.

Em 2016, quando do julgamento do HC nº 124.306-RJ, rel. min. Marco Aurélio, DJe 13/03/2017, a 1ª Turma do STF, seguindo por maioria o voto-vista do min. Roberto Barroso, entendeu pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, tratando-se de decisão tomada no âmbito do controle difuso, portanto restrita às partes envolvidas, isto é, não vinculante. O tribunal, em síntese, decidiu conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu campo de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, vez que a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, sem contar que é inadmitida na maioria dos países democráticos e desenvolvidos do mundo[759]. Animado por este emblemático precedente, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou no ano de 2017 com a ADPF nº 442-DF, rel. min. Rosa Weber, na qual sustenta que os arts. 124 e 126 do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou

---

AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal". Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em 1º de jul. 2019.

759 Pela relevância, convém conferir alguns trechos da extensa ementa do acórdão: "DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5 A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália (...)". Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em 1º de jul. 2019.

o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos, pretendendo que o STF exclua do âmbito de incidência dos dois mencionados dispositivos a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas[760]. Paralelamente a essa aparente guinada jurisprudencial do Supremo, avança no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 181/15, na qual foi incluído dispositivo que defende *"a dignidade da pessoa humana desde a sua concepção"*[761], o que na prática poderá inviabilizar toda e qualquer forma de aborto, diante da supremacia da Constituição frente às demais leis[762].

A análise das modalidades de crimes de aborto demonstra o quanto o consentimento da gestante influencia não apenas na configuração do crime, mas também na natureza (detenção ou reclusão) e dosagem (*quantum*) da pena de prisão. A partir dos entendimentos firmados pelo STF, acima destacados, o consentimento válido servirá, ao nosso ver, como causa excludente da tipicidade da conduta do profissional (médico) que vier a praticá-lo, exercendo a função vitimodogmática unificadora que dele se espera.

O crime de lesão corporal encontra-se disposto no art. 129 do CP, que estabelece todas as modalidades em que poderá ser cometido, bem como a causa de diminuição de pena de um sexto a um terço *"se o agente comete o crime (...) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima"* (§ 4º). Com efeito, como a autolesão não é crime, quem auxilia neste ato não será punido. Mas, se o sujeito pratica dolosamente as lesões consentidas, responderá penalmente por tal conduta. Aquele que realiza tatuagens no corpo de terceiros, porém, não estará cometendo o crime de lesão corporal, se presente o consentimento de quem recebe o desenho. O mesmo ocorre diante de lesões sofridas em decorrência da prática de esportes violentos (MMA, Boxe, Jiu-jitsu etc.). Para parte da doutrina, o consentimento do ofendido, nestes casos, funciona como causa *supralegal* de exclusão da ilicitude[763]. Malgrado

---

[760] E acrescenta: "*de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento"*. Íntegra da petição inicial disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em 1º de jul. 2019. A ação ainda não teve o mérito julgado, mas o pedido cautelar de urgência que visava a suspensão de prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseadas na aplicação dos artigos 124 e 126 do CP a casos de aborto voluntário realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez, foi indeferido em decisão monocrática datada de 24/11/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313395139&ext=.pdf>. Acesso em: 1º de jul. 2019.

[761] Cf. parecer do relator na Câmara dos Deputados, Dep. Jorge Tadeu Mudalen, em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-16-08-2017>. Acesso em: 1º de jul. 2019.

[762] A doutrina da força normativa da Constituição, defendida enfaticamente por Konrad Hesse, confere à Carta Magna poder derrogatório da legislação *infra* com ela incompatível. Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, *passim*.

[763] Nesse diapasão, Aníbal Bruno, por entender que se trata do exercício regular de uma atividade socialmente útil

a força do argumento, sustentamos, com o apanágio da vitimodogmática, que se exclui, em verdade, o elemento *tipicidade*, por ausência de *tipicidade conglobante*, já que o esporte é regulamentado e estimulado por normas jurídicas estatais outras que preveem o risco de lesão ou morte como possível[764]. Mais que isso, cuida-se de um risco permitido, o que é suficiente para descaracterizar a imputação objetiva. Se assim não fosse, seria muito difícil punir a título de dolo quem age dentro das regras do jogo contra um adversário as vezes tão ou até mais qualificado, física e/ou tecnicamente.

Insta salientar, de último, que já se decidiu que na eventualidade de agressões recíprocas, inclusive as praticadas no contexto doméstico ou familiar, não estando bem esclarecido quem deu causa ao início da discussão e havendo indicativos da inexistência de intenção de lesionar a vítima, torna-se inviável a condenação do(a) acusado(a) por lesões corporais, sendo de rigor a absolvição com base no princípio da presunção de inocência[765], o mesmo valendo quando ambos saem do entrevero lesionados.

6.3.2 Crimes de periclitação da vida e da saúde

Dentro do catálogo dos crimes contra a pessoa, os crimes de periclitação da vida e da saúde abrangem as seguintes modalidades: perigo de contágio venéreo (art. 130), perigo de contágio de moléstia grave (art. 131), perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132), abandono de incapaz (art. 133), exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), omissão de socorro (art. 135), condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial (art. 135-A) e maus-tratos (art. 136). De saída, pode-se asseverar que os fundamentos vitimodogmáticos não interessarão à análise objetiva e subjetiva da configuração dos crimes dos arts. 133, 134, 135, 135-A e 136, por serem as vítimas de tais delitos vulneráveis (criança, recém-nascido, incapaz, ferido etc.)[766], de modo que em todos esses casos o agente responderá

---

e autorizada pelo Estado. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 15.

764 Cf., no mesmo conspecto, mas sem qualquer menção à vitimodogmática, PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 171. O consentimento aqui é válido porque, em que pese sejam a vida e a integridade corporal bens indisponíveis, há normas estatais autorizando a prática desses esportes arriscados.

765 Cf. precedente do STJ: AREsp 1304104-MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Data da Publicação 13/12/2018.

766 No crime de maus-tratos (*"Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"*), porém, já se decidiu que se o comportamento da vítima (menor de idade) contribui para a deflagração da ação criminosa, impende seja a pena reduzida, conforme o artigo 59 do Código Penal. Nessa toada, cf. precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT): "PENAL. CRIME DE MAUS TRATOS. TIO QUE SURRA A SOBRINHA MENOR COM O CINTURÃO, À GUISA DE LHE EXIGIR BOM COMPORTAMENTO. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRÍTICA DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DO MAU COMPORTAMENTO DA

integralmente pelo ato cometido[767].

Sobram os delitos de perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem, para a ocorrência dos quais, muitas vezes, pode haver descuido, consentimento ou uma auto/heterocolocação em risco, atividades essas desempenhadas pela própria vítima. Nesse sentido, o intérprete deverá atentar para que não incorra em excessiva ou errônea punição do participante, tendo presente o princípio constitucional da autorresponsabilidade e observado o contexto da organização conjunta autor-vítima (compartilhamento de culpa pelo sucesso).

Os tribunais alemães já tiveram diversas oportunidades de se manifestarem acerca da responsabilidade criminal por fatos advenientes de condutas simultâneas de vítima e autor, quando presentes situações de auto e heterocolocações em risco consentidas, além do consentimento do ofendido com o resultado. Nesse bojo incluem-se casos de contágio do vírus HIV, dos quais dois merecem destaque: *1)* o acusado sabia que estava infectado pelo vírus HIV e dos altos riscos de contágio da doença, sendo advertido pelo médico da necessidade de utilizar preservativos em suas relações sexuais. Inobstante, manteve vários contatos sexuais sem preservativos e sem informar aos seus parceiros que estava infectado. Não ficou provado, em nenhum dos casos, a transmissão do vírus. Ainda assim, o tribunal de instância o condenou pelo delito de tentativa de lesões corporais e o BGH manteve a sentença, argumentando que, apesar do *descuido da vítima em não exigir medidas de proteção*, na referida situação o autor possuía um conhecimento superior; *2)* o acusado, que mantinha relação amorosa com uma jovem de dezesseis anos, estava infectado pelo vírus HIV. A jovem, que conhecia a infecção do acusado, insistiu para que mantivessem relações sexuais. Embora negando inicialmente, acedeu aos desejos da jovem e durante prolongado tempo mantiveram relações sem preservativo. Não houve contaminação. O indivíduo foi absolvido do delito de tentativa de lesões em todas as instâncias, que qualificaram os fatos como mera participação impune em uma autocolocação em perigo consentida[768].

VÍTIMA. REGIME SEMIABERTO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 Réu condenado por infringir o artigo 136 do Código Penal, por ter abusados dos meios de correção e disciplina, expondo a perigo a saúde da sobrinha surrando-a com o cinturão devido ao fato de ela desobedecê-lo, indo à rua se encontrar com amigos de má conduta para juntos fumarem narguilé e deixando a irmã menor sozinha em casa, mesmo estando febril. 2 Se o comportamento da vítima contribui para a deflagração da ação criminosa, há que se reduzir a pena, conforme o artigo 59 do Código Penal. 3 Apelação parcialmente provida" (Acórdão n. 881110, 20120510022988APR, Rel. George Lopes, 1ª TURMA CRIMINAL, DJE: 20/07/2015, p. 57). Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 08 de jul. 2019.

767 Nem mesmo a circunstância judicial do art. 59, *caput*, *in fine*, ou a atenuante genérica do art. 65, inc. III, al. "c", ambos do CP, terá lugar.

768 Cf. análise dos casos em: MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal:* estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arraigadas. Tesis doctoral

Discordamos da decisão aplicada ao primeiro caso, sobretudo se comparada ao ordenamento jurídico brasileiro, que traz os crimes autônomos de perigo de contágio venéreo e de perigo de contágio de moléstia grave, vergastados, respectivamente, nos arts. 130 e 131[769], ambos do CP, de modo que o fato, a princípio, não é abarcado pela tentativa de homicídio ou de lesão corporal, aplicado o princípio da especialidade e já que não se tem uma atitude direta e intencional, da parte do agente, contra o indisponível bem vida, sem contar que a ausência de violência ou grave ameaça no cometimento do ilícito deve ser considerada[770]. Some-se a isso que o conhecimento privilegiado do autor frente à vítima por si só não retira desta o dever de autoproteger-se, mormente quando diante dos elevados riscos provenientes de contatos sexuais desprevenidos. Inclino-me, pois, a entender que esta situação traduz em relação ao terceiro uma participação consentida em uma autocolocação em risco[771], que como tal produzirá a exclusão da tipicidade[772]. Quanto ao segundo exemplo, vale o entendimento de Roxin, segundo o qual se alguém infecta seu parceiro com Aids, tendo-o esclarecido previamente a respeito da doença,

---

inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1997, p. 34-35. André Callegari imagina uma situação parecida com o primeiro exemplo, pugnando que, mesmo sendo casual o contato sexual, *"lidar com os riscos de contágio implícitos em tal contato sexual é assunto de cada qual"*. Cf. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77. A questão, ao nosso sentir, máxime no segundo caso, leva à adoção do critério de autorresponsabilidade da vítima.

769 A rigor, pela gravidade que ainda representa, não se pode considerar a AIDS uma moléstia venérea, mas sim uma *moléstia grave*. De conseguinte, quando o agente contaminado, sabendo da sua contaminação, age com o especial fim de transmitir a doença, estará em tese praticando o delito de art. 131 do CP.

770 O STF e o STJ já foram confrontados com a questão referente à transmissão do vírus HIV, sendo que nessas oportunidades a discussão ficou adstrita à imputação objetiva, discutindo-se a configuração jurídico-penal do fato quando o parceiro ignorava a condição sorológica do agente: se crime de perigo de contágio de moléstia grave ou de lesão corporal grave, uma vez firmada a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS *não configura crime doloso contra a vida*. O STF enfrentou o tema no HC 98.712/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJe 17/12/2010, afastando a possibilidade de que a transmissão do vírus configurasse um crime doloso contra a vida, entendendo, por maioria, tratar-se do crime de perigo de contágio de moléstia grave, previsto no art. 131, do CP (Cf. ementa do acórdão: "MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO – HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações". Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2671205>. Acesso em: 25 de jul. 2019). De sua vez, o STJ cuidou da problemática quando do exame do HC 160.982/DF, rel. min. Laurita Vaz, DJe 28/05/2012, firmando orientação no sentido de que a capitulação adequada seria de lesões corporais de natureza grave ou gravíssima (art. 129, § 2º, inc. II, do CP), já que a doença é, para além de grave, *incurável* (ementa do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10775490&num_registro=201000169273&data=20120528&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 de jul. 2019). Conferir, outrossim, análise do tema em: VIANA, Eduardo. *Dolo...*, op. cit., p. 336.

771 Para Roxin, a hipótese é de heterocolocação. Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* 3. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 371 e ss.

772 Aqui, o contexto social de alto risco voluntariamente assumido pela vítima (observa-se que a solução articulada não admite coação no ato sexual), aliado ao dever de autorresponsabilidade, afastarão a incidência do princípio da confiança e a regra da equivalência de conhecimento objetivo entre vítima e terceiro de todas as circunstâncias que permeiam o fato. Ver em sentido contrário Roxin, para quem as consequências devem ser imputadas ao aidético: *1)* se ele ocultar sua infecção ao ter contatos sexuais desprevenidos e *2)* se ele pressionar o parceiro, que opõe resistência, a que se entregue à arriscada aventura. Cf. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação...*, op. cit., p. 372-373. Não há, em relação ao segundo ponto, discordâncias da nossa parte.

esse acontecimento não é imputado, uma vez que a autonomia da vítima a isto se opõe[773].

6.3.3 Crimes contra a honra

Os crimes contra a honra previstos no CPB compreendem a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140). Malgrado seja possível, teoricamente, em todos eles, haver um ato provocativo da vítima, que precipite uma manifestação verbal indevida do agente, as vezes descambando para as vias de fato (o art. 140, § 2º, ventila tal hipótese), o legislador se preocupou com essa realidade apenas no que concerne à injúria simples, ao estabelecer que *o juiz pode deixar de aplicar a pena quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria* (art. 140, § 1º, inc. I), uma previsão de *perdão judicial*[774], portanto aquém da pretendida exclusão de tipicidade, da qual a postura vitimodogmática que defendemos para essas modalidades de delitos se ocupa.

Nesse diapasão, uma das tormentosas dificuldades que a vitimodogmática enfrenta desde a sua origem gira em torno da construção de mecanismos que auxiliem a dogmática do direito penal a resolver adequadamente as situações concretas em que a própria vítima provoca – ou até precipita e programa – o crime. Esses conceitos, apesar de comumente discutidos em crimes que envolvem violência física (ex.: homicídio, lesões corporais, roubo, estupro, etc.)[775], também servem para os delitos contra a honra, tanto que o próprio Código prevê a chamada *retorsão imediata*, consistente em outra injúria, como mais uma hipótese autorizadora de perdão judicial (art. 140, § 1º, inc. II). Portanto, releva atentar tanto para as situações em que a vítima provoca, quanto para as que se torna autora prévia de um crime contra a honra, *in casu*, a injúria.

Sempre que o intérprete se deparar com um delito contra a honra, deverá verificar se houve – e em que medida – a contribuição da vítima, que se materializa de diversas formas, sendo a provocação a mais notável e relevante. Defendemos, para todos estes casos[776], a exclusão da tipicidade, ao invés do mero perdão judicial – o qual, como apontado, restringe-se

---

[773] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 137.

[774] Para que o ofensor faça jus ao perdão judicial, deverão ser concomitantemente satisfeitas as seguintes condições: que o ofendido tenha provocado a injúria, que a provocação seja direta e que a provocação seja reprovável. Nesse sentido, cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte especial..., op. cit., 342.

[775] Ver passagem de Andrew Karmen: "Victim facilitation is a possibility in burglaries, motor vehicle thefts, and other larcenies. Charges of precipitation and provocation are herled at victims of murder, robbery, assault, and rape. The accusation embedded in the term precipitation is that the individual who gets hurt contributed significantly to the outbreak of violence. Provocation is stronger than precipitation; is means the loser is more responsible than the victor for the fight that ensued. The injured party instigated an attack that would not have taken place otherside. Someone accused of provocation goaded, challenged, or incited a generally law-abiding person into taking defensive measures in reaction to forceful initiatives (...)". Cf. KARMEN, Andrew. *Crime victims:* an introduction to Victimology. 7 ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2010, p. 114.

[776] Excluem-se, *a priori*, as situações de violência ou de vias de fato consideradas aviltantes (art. 140, § 2º, CP).

ao crime de injúria –, por entendermos que em tais situações a vítima consente tacitamente às ulteriores agressões verbais[777]. Adicione-se, nesse contexto, o argumento da ação a próprio risco da vítima, que com esse proceder estará violando o dever de autoproteção, assim desmerecendo o amparo do Estado, plasmado na tutela penal.

6.3.4 Crimes contra o patrimônio

O CPB se ocupa dos crimes contra o patrimônio no Título II da sua Parte Especial, que compreende os arts. 155 ao 183. Em face da relevância vitimodogmática – e vitimológica de um modo genérico –, nos debruçaremos, por ora, sobre os crimes de furto (art. 155), roubo (art. 157), extorsão (art. 158), extorsão mediante sequestro (art. 159), extorsão indireta (art. 160), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168), estelionato (art. 171), duplicata simulada (art. 172), abuso de incapazes (art. 173) e induzimento à especulação (art. 174).

Por tudo o que já foi estudado acerca dos princípios vitimológico e de autorresponsabilidade, entendemos que a tipicidade do crime de furto, que não envolve violência ou grave ameaça, poderá em determinados casos ser excluída se houver uma atividade de menoscabo ou desprezo da vítima para com o seu bem jurídico, objeto da ação *a priori* delitiva. É bom recordar que o princípio vitimológico, elaborado por Schünemann, nasceu para ser aplicado majoritariamente aos crimes de natureza patrimonial. Nas palavras de Cancio Meliá, e esse é o pressuposto metodológico do qual partimos, não cabe incriminar, no plano concreto, aquelas condutas frente às quais a vítima pode proteger-se por si mesma[778].

Ainda de acordo com as observações de Meliá[779], o âmbito de aplicação do princípio *vitimológico* como instrumento dogmático da Parte Especial do Direito Penal – de onde se originou, *a posteriori*, o princípio de autorresponsabilidade voltado à Parte Geral –, se centralizou nas figuras delitivas da revelação de segredos privados, da "estafa" (estelionato) e da apropriação indébita, aplicando-se aos assim chamados *delitos de relação*, que pressupõem a participação da vítima no comportamento danoso, no sentido de que se o lesionado deixa de tomar as medidas de autoproteção normais, desaparece, por consequência, a necessidade de proteção estatal. Com a expansão da vitimodogmática para abranger situações de consentimento do ofendido, autocolocação e heterocolocação em perigo consentida, dentre

---

[777] Para Pierangelli, é válido o consentimento tácito quando: *a)* seja perceptível pela outra parte; *b)* o titular do bem jurídico disponível tenha voluntariamente renunciado à sua tutela pela norma penal; *c)* o agente motive-se no consentimento para a realização do fato. Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento*..., op. cit., p. 144-145.

[778] MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima*..., op. cit., p. 374.

[779] MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima*..., op. cit., p. 374-380.

outros aspectos dogmáticos, pode-se destacar, conforme dito por Meliá[780], os seguintes elementos definitórios, ambos já mencionados em outras partes deste texto: *a)* a necessidade de valorar a intervenção da vítima na imputação penal é deduzida dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade; *b)* a concreção dogmática da vitimodogmática deve lograr-se mediante uma interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais.

Os teóricos da vitimodogmática sempre impuseram resistências à aplicação do princípio vitimológico para se excluir a tipicidade dos fatos perpetrados mediante o uso da violência. Assim, é vedado se imputar ao âmbito de responsabilidade da vítima – com total exclusão da responsabilidade penal do autor, sob o pálio de que houve alguma violação do dever de autopreservação a todos imposto – um crime de roubo, uma vez que o tipo penal exige, para a sua consubstanciação fenomênica, o componente da violência ou grave ameaça contra a pessoa. Embora situações haja em que do descuido da vítima na proteção de um bem material do qual é titular resulte o fatídico crime de roubo, descabe imaginar ou mesmo defender que em hipóteses que tais houve uma anuência à agressão, por exemplo, com arma de fogo, em que a vítima estaria colocando voluntariamente a sua integridade física e psicológica em apuros, ao preço da sua propriedade, bem de menor densidade. Idêntico raciocínio se aplica para os crimes de extorsão (art. 158) e extorsão mediante sequestro (art. 159). Em relação ao crime do art. 159, tendo por base o conceito de justiça penal restaurativa[781], um dos pilares da *nova vitimologia*, divisa-se no horizonte a possibilidade – *de lege lata ou ferenda* – de composição no âmbito do processo penal entre autor e vítima[782], sempre mirando os interesses desta, violados em decorrência do ato criminoso[783]. Atente-se, no entanto, que neste processo comunicativo de recíproca colaboração o agente será beneficiado com uma maior redução de pena ou, quiçá, com o perdão judicial, sem embargo de outros benefícios que a lei – ou a jurisprudência – venha

---

780 MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima…*, op. cit., p. 381.

781 Como novo modelo de justiça criminal, que questiona os pressupostos do sistema penal tradicional, resumido nos conceitos de culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção. Propõe, nesse sentido, a substituição desse vetusto e ineficiente paradigma pelos conceitos de responsabilidade, encontro, diálogo, reparação do dano e coesão social. Diante do cariz democrático e conciliador que carreia, os seus princípios podem ser aplicados em qualquer ordenamento jurídico que respeite os valores humanos. A esse respeito, cf. Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

782 No mesmo diapasão, pode-se incluir o crime de sequestro e cárcere privado, previsto no art. 148 do CP. A razão está em que nesses tipos de delitos, por vezes somente após um contato/conversa com o seu algoz, a vítima consegue perder o trauma decorrente da ação violenta e então viver normalmente.

783 Contrariamente, entendendo que a vítima não tem – e nem deve ter – interesse penal, já que os seus direitos foram devidamente expropriados pelo Estado, cf. CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 148-152.

estabelecer, pois o sentido *retributivista* da pena perde espaço[784]. É claro que essa perspectiva conciliatória ou restauradora pode ser tranquilamente estendida para outras modalidades de delitos, graves ou não, mas também é importante frisar que os benefícios eventualmente auferidos pelo agente não possuem conotação vitimodogmática (no sentido da responsabilização ou "culpabilização", por mínima que seja, do ofendido pelo fato), senão que promanam de um viés vitimológico mais preocupado com os direitos da vítima.

Conforme mencionado linhas atrás, fora das hipóteses em que o dissenso da vítima constitui requisito da figura típica (exemplo: art. 213 do CP), de modo que o consenso exclui a tipicidade[785], parte considerável da doutrina entende que o consentimento do ofendido é causa *supralegal* de exclusão da ilicitude, se praticado em situação justificante. Nesse sentido, aquele que inutiliza coisa de terceiro, ainda que a pedido deste, praticaria a conduta típica de dano (art. 163 do CP), que se torna lícita quando presente o consentimento válido da vítima. Nada obstante, nos posicionamos reiteradamente pela exclusão da tipicidade mesmo nesse tocante.

No contexto brasileiro, é perfeitamente possível aplicar-se o princípio vitimológico ao crime de apropriação indébita (art. 168), com exclusão da tipicidade, lembrando-se que o postulado vitimodogmático aludido nasceu para esse e outros tipos de delitos de natureza patrimonial, exigindo-se, para sua funcionalidade, que a vítima demonstre desprezo ou negligência na vigilância do bem ilegitimamente apropriado.

Não raro, a cobiça do indivíduo, a ânsia pelo ganho fácil, pode torná-lo vítima do crime de estelionato, que no direito brasileiro exige a obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, quando o agente induz ou mantém alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. É o caso de a vítima gananciosa deixar-se enganar por vãs promessas, autocolocando-se, destarte, em risco[786]. Ilustrando, o

---

[784] Deve-se dizer, a propósito, que a *razão legitimadora* da existência da pena nos Estados sociais democráticos consiste na *prevenção geral* de delitos por meio da ameaça sancionatória expressa na lei penal, a qual, por sua vez, é apenas mínima ou instrumental, vez que a ela se liga o imperativo da proporcionalidade, deduzido da estrita observância dos princípios da culpabilidade e da legalidade. Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 114-115.

[785] Mais propriamente, *torna o fato atípico*.

[786] Semelhante postura pode ser verificada no crime de duplicata simulada (art. 172, do CP), da seguinte dicção: *"172 - Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado"*. O entendimento, esposado no capítulo anterior, é o de que não há fraude se a vítima conhece a impropriedade do título, tratando-se de uma autocolocação em risco que inviabiliza a imputação do fato punível. Por razões óbvias, fartamente declinadas neste trabalho, não cabe postular nenhuma consequência vitimodogmática para o crime de *abuso de incapazes* (menor de idade, débil mental etc.), previsto no art. 173, que diz: *"Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro"*. Semelhante constatação apodítica não se faz em relação ao crime de *induzimento à especulação* (art. 174: *"Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta,*

crime de fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, § 2 º, inc. VI, do CP), diz que: "*§ 2º Nas mesmas penas incorre quem: (...) VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento"*. Com efeito, se a vítima conhecia a situação de insuficiência de fundos do cheque, permitindo-se enganar por cupidez, perderá a legitimidade para posteriormente exigir do emissor do cheque o pagamento do valor correspondente. Poderá, ainda, em tese, incorrer no crime de *extorsão indireta* (art. 160 CP), cuja redação é a seguinte: *"Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro"*. Em autêntica inversão de papeis – com a *criminalização da atitude posterior da então vítima* e a *vitimização de quem pela conduta inicialmente perpetrada teria cometido um injusto penal* –, se porventura o sujeito "prejudicado" vier a comunicar o ocorrido a alguma autoridade investigativa, poderá cometer o crime de denunciação caluniosa (art. 339, do CP[787]) ou o de comunicação falsa de crime (art. 340, do CP[788]), dependendo da forma como os fatos transcorram. Numa situação normal, ao contrário, é vedado ao indivíduo que repassou o cheque alegar ter sido vítima de extorsão.

Considerando o caráter subsidiário do direito penal, ao qual se conectam os princípios vitimológico e de autorresponsabilidade, pode-se constatar que o nível de proteção da vítima em crimes contra o patrimônio encontra no comportamento do próprio sujeito vitimizado – a quem compete, em caráter prioritário, a proteção destes bens jurídicos – uma variável importante. Por exemplo, a despeito de alguns posicionamentos contrários, a interpretação restritiva do alcance dogmático do *engano* que induz a vítima – crédula ou negligente dos seus interesses – a erro no crime de estelionato – no qual haja uma contribuição do lesionado para a realização do tipo na forma de um ato de disposição patrimonial prejudicial –, milita nessa direção[789]. Aplicada ao caso, a teoria da imputação objetiva levará à conclusão de que induções simples e grosseiras a erro, inaptas a enganar um homem medianamente

---

ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruinosa"), pois nem sempre a inexperiência, simplicidade ou inferioridade mental da vítima indicará, no plano fático, uma real vulnerabilidade, que é o bastante para manter, sob tal aspecto, intacta a imputação – objetiva e subjetiva (por dolo direto) – penal do autor.

787 *"Art. 339 – Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando lhe crime de que o sabe inocente"*

788 *"Art. 340 – Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado"*.

789 Para uma profícua análise crítica da normatização do delito de estelionato no nível de proteção da vítima, ancorada na imputação objetiva (da ação e do resultado), dentre outros conceitos relevantes, que fortalecem a posição da vítima desta espécie de crime, em parte contrapondo-se ao que defendemos, cf. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista chilena de derecho,* Vol. 37, Nº. 1, 2010, p. 9-41.

inteligente, estariam, desde uma perspectiva *ex ante*, dentro do risco permitido no sentido do tipo[790]. Com esse supedâneo, diz-se que a posterior realização pela vítima de um ato de disposição que a prejudique não pode modificar tal situação de atipicidade. Todavia, aduz Silva Sánchez[791], se se trata de um engano bastante *ex ante* para produzir o logro do chamado *homem médio*, mas a posterior intervenção da vítima rompe toda conexão entre esse engano e o resultado final, será a tipicidade da tentativa e não a do delito consumado a que será afirmada.

Seguindo este ambiente de intelecção, tem-se que em matéria patrimonial a preferência pela autoproteção em comparação à tutela penal se justifica porque neste âmbito existem especiais meios de autodefesa que fazem com que a proteção se mostre mais fácil e eficaz ao particular do que para o Estado. O primado da autorresponsabilidade de cada indivíduo, consoante reiteradamente pontuado neste trabalho, é parte integrante da ideia de autonomia, sendo defeso ao Estado nela imiscuir-se com a finalidade de anular ou depreciar esse valor fundamental. Ademais, não se pode fazer tábula rasa de princípios penais como os da subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade (proibição de excesso). É na direção dos mencionados propósitos, dessarte, que a vitimodogmática alinha as suas principais premissas.

6.3.5 Crimes contra a dignidade sexual

O estudo dos crimes contra a dignidade sexual previstos no Código Penal brasileiro[792], ora encetado, levará em consideração alguns aspectos existentes antes do advento da Lei nº 12.015/2009, que trouxe significativas modificações a tais delitos. Com efeito, o Título VI da Parte Especial do Código atualmente cuida dos "crimes contra a dignidade sexual"[793] (arts. 213 ao 234-B), antes rubricados sob o *nomen juris* de "crimes contra os

---

[790] É o que também acontece com os crimes de falsidade documental (*v.g.*: arts. 297, 298 e 304, ambos do CP), em que se exige a potencialidade lesiva do documento falsificado, alterado ou portado, "pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim" (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal...*, op. cit., p. 963), exceto se o terceiro ludibriado for agente de segurança pública, o que também se colige de diversos precedentes do STJ: Rcl. 13738-SP, HC 206758-SP, HC 417383-SP, HC 119054-SP, REsp 838344-RS.

[791] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993, p. 13.

[792] Sobre essas espécies de crimes, duas questões iniciais se levantam: *1ª) Pode* ou *deve* o julgador reconhecer valor probatório significativo à palavra da vítima? *2ª)* O comportamento indutor da vítima *pode* ou *deve* influenciar na responsabilização penal do agente (ex.: dosimetria da pena, exclusão do crime etc.)?

[793] Quando o legislador tratou, em título próprio do CP, dos crimes contra a dignidade sexual, não visou proteger um único bem jurídico, mas bens jurídicos múltiplos, que se inter-relacionam. Nesse sentido, Alessandra Orcesi e João Rassi observam que: "Não é de nenhuma utilidade, assim, promover a redução radical de todos os bens jurídicos a um único bem, como por exemplo, a liberdade sexual. Por isso, a opção terminológica utilizada pela Lei nº 12.015/2009 foi louvável porque, seu conteúdo semântico abrangente permite que dele se extraia o significado de outros bens jurídicos como, p. ex., liberdade, a intimidade sexual etc.". Cf. GRECO, Alessandra

costumes"[794]. São dezessete os tipos penais previstos, afigurando-se o estupro de todos o mais conhecido.

O capítulo I trata dos crimes contra a liberdade sexual, sendo eles: estupro (art.213), violação sexual mediante fraude (art. 215)[795], importunação sexual (art. 215-A) e assédio sexual (art. 216-A). O novel capítulo I-A, ao cuidar da exposição da intimidade sexual, traz o crime de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B). E o capítulo II, por seu turno, versa sobre os crimes sexuais contra vulnerável, que são: estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A), favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B) e o recentemente incluído crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C)[796]. O Capítulo V trata do *lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*, prevendo os crimes de: mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228), casa de prostituição (art. 229), rufianismo (art. 230) e promoção de migração ilegal (art. 232-A)[797].

Encerrando o título, o Capítulo VI prevê as práticas de *ultraje público ao pudor*, caracterizadas pelos seguintes crimes: ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234). Com efeito, todas as alterações legislativas promovidas em torno desses crimes

---

Orcesi Pedro et al. *Crimes contra a dignidade sexual.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 63.

[794] A incorreção da antiga nomenclatura recebeu críticas, dentre outros, de Cézar Roberto Bitencourt: "A impropriedade do Título "Dos crimes contra os costumes" já era reconhecida nos idos de 1940, pois não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos". Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4:* parte especial. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

[795] Verdadeiro estelionato sexual, o tipo penal diz: *"Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima"*. Todavia, merecem destaque as advertências de Guilherme Nucci: "Valendo-se do postulado do *direito penal mínimo*, há de se considerar completamente defasado o tipo penal do art. 215, mesmo modificado pela Lei 12.015/2009. Pelas hipóteses descritas acima, nota-se, com clareza, ser de difícil concretização tal delito, demonstrando andar na contramão de um Direito Penal ideal, que preveja como figuras típicas incriminadoras somente situações realmente graves. Se porventura ocorrer a violação sexual mediante fraude, deveria ser resolvida a questão na esfera cível, com o debate acerca de uma indenização por danos morais". Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual.* 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 98.

[796] No que diz respeito à natureza da ação penal, a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou a redação do art. 225 do CP, *verbis*: *"Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada"*.

[797] A respeito de alguns desses crimes, veja-se o que disse Heleno Cláudio Fragoso: "São atividades que entram no conceito clássico de lenocínio, que, em sentido amplo, compreende toda ação que visa a facilitar ou promover a prática de atos de libidinagem ou a prostituição de outras pessoas, ou dela tirar proveito. Gravita, assim, o lenocínio em torno da prostituição, que é uma chaga social inextirpável". Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal.* 3º Vol. 2. ed. São Paulo: Jose Bushatsky Editor, 1965, p. 631.

demonstram a mudança de antigos paradigmas, que refletiam sobre o desenho jurídico das infrações sexuais punidas na respectiva época histórica[798]. A Lei nº 12.015/2009 também modificou, na linha de endurecimento do direito penal, dispositivos do Estatuo da Criança e do Adolescente (ECA), bem como a Lei dos Crimes Hediondos, a fim de punir com maior severidade os que cometem crimes desse jaez contra criança ou adolescente, em vista da proteção integral que os sujeitos vulneráveis merecem.

Antes da lei 12.015/2009, considerava-se crime de estupro o ato de *"constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça"*. Com o seu advento, o crime passou a ser o ato de *"constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso"*. Percebe-se, pois, que hoje não mais se exige à conjunção carnal (cópula vagínica) para a configuração do crime de estupro, que se perfaz com a prática de qualquer ato libidinoso, seja ou não a conjunção carnal, sem distinção quanto ao gênero da vítima, que poderá ser homem ou mulher. Aboliu-se, assim, o crime de atentado violento ao pudor (art. 214), cujas elementares passaram a integrar o art. 213.

No lugar da figura da vítima de "estupro praticado mediante violência presumida", introduziu-se o tipo de "estupro de vulnerável", que ocorre quando da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso contra menores de 14 (catorze) anos, incorrendo na mesma pena quem pratica as ações descritas acima contra alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (art. 217-A). As duas modalidades de estupro, seguindo a lógica da gravidade das condutas, são qualificadas pela legislação como crimes hediondos (art. 1º, incs. V e VI, da Lei nº 8.072/1990)[799]. A corrupção de menores, prevista no artigo 218 do CP, foi remodelada pela nova lei, e agora ocorre somente quando a vítima for menor de catorze anos[800]. Criou-se, ainda, o delito de "satisfação de lascívia mediante presença de criança ou

---

798 Por exemplo, em seu tempo E. Magalhães Noronha usava palavras duras para defender a existência do crime de sedução, previsto no antigo art. 217 do CP e revogado em 2005 pela Lei nº 11.106: "ao Estado incumbe assegurar as condições de vida da coletividade social, e, pois, a efetivação da observância dos bons costumes, preservando-a da corrupção, vírus profundamente nocivo que a enfraquece, debilita e desagrega. Daí a função da lei, forçando o indivíduo a pautar sua conduta consoante determinados princípios e ditames condizentes com a moralidade humana". Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 3º Vol. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1964, p. 184.

799 OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal e teoria da vitimologia.* 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76.

800 A anterior redação do dispositivo penal dizia: *"Art. 218 - Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos"*. Hoje, diz que: *"Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos"*.

adolescente", que será cometido por quem praticar, na presença de menor de catorze anos, ou o induzir a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, desde que seja para satisfazer a lascívia própria ou de outrem (art. 218-A). A nova legislação descreveu expressamente como atividade delituosa a "exploração da prostituição de vulnerável", para tanto tipificando o crime de "favorecimento à prostituição de vulnerável", que será perpetrado por aquele que o pratica contra menor de dezoito e maior de catorze anos (art. 218-B).

Em que pese seja uma prática comum Brasil afora, a "casa de prostituição" ainda é considerada crime pela legislação brasileira (art. 229, CP)[801]. Mas com a mudança, o novo artigo faz, em tom diverso do anterior, menção expressa à exploração sexual[802], a demonstrar que a atividade sexual remunerada – e consentida – ainda é um tabu na nossa sociedade. Recentemente, ao julgar o AgRg no Resp. nº 1.424.233-SP, a 6ª Turma do STJ consignou que, em se tratando de fato ocorrido antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, só fica configurado o crime de casa de prostituição quando o local é voltado exclusivamente para a prática de atos libidinosos mediante pagamento[803]. No caso de crime de rufianismo, além da fraude, também é causa de aumento de pena o fato do agente ser ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima.

Ao revogar os crimes de "tráfico internacional de pessoa para fim de exploração

---

801 Criminalização essa censurada pela doutrina, pois nos mesmos moldes da punição de quem "induz ou atrai alguém à prostituição" (art. 228, *caput*), percebe-se um indevido interesse estatal em tutelar os *bons costumes sexuais*, confundindo o necessário fim ético-social do direito penal com um nítido fim moralizante. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra...*, op. cit., p. 32. Assim, a pretexto de se tutelar a moral e os bons costumes, tolhe-se a autonomia e a liberdade sexual do indivíduo.

802 Redação antes da Lei nº 12.015/2009: *"Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente"*. Redação atual: *"Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente"*.

803 Segue ementa do acórdão: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO E CASA DE PROSTITUIÇÃO. FATOS ANTERIORES À LEI N. 12.015/2009. TIPICIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Em relação ao delito previsto no art. 229 do Código Penal, com a redação vigente à data dos fatos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a figura típica somente se configura quando demonstrado que o estabelecimento é voltado exclusivamente para a prática de atos libidinosos mediante pagamento. 2. Deve ser mantida a conclusão firmada na decisão agravada, pois o que se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal a quo é que o local não estava destinado exclusivamente à prostituição. 3. (...). 4. A moldura fática delineada no acórdão proferido pela Corte estadual não descreve a conduta supostamente praticada pelo acusado, a demonstrar de que forma ele facilitava o exercício da prostituição pelas pessoas que trabalhavam no local – por exemplo, evidenciando quais os recursos materiais por ele disponibilizados para desempenho da atividade –, além de não detalhar a conduta que teria sido praticada pelo réu, não indicou que ele haja auferido algum tipo de vantagem (financeira ou não) ao permitir que tais encontros se realizassem em seu estabelecimento comercial. 5. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1.424.233/SP, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75086094&num_registro=201304023764&data=20170810&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 jul. 2019.

sexual" (art. 231) e de "tráfico interno de pessoas" (art. 231-A), a Lei nº 13.344/2016, em sintonia com os postulados da *nova vitimologia* dispôs sobre uma série de medidas de atenção às vítimas[804], acrescentando, ademais, ao Código Penal, o art. 149-A, que trata genericamente do "tráfico de pessoas"[805]. Houve a inclusão do artigo 244-B no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que criminaliza a conduta daquele que "corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la". Ademais, preceitua o § 1º do dispositivo que também comete o crime quem pratica tais atos "por meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da *internet*", hábitos da era da tecnologia.

Uma análise cuidadosa da Lei nº 12.015/2009 revela que não há dispositivos específicos sobre a contribuição da vítima nesses tipos de crimes, o que melhor delimitaria as soluções jurídico-penais possíveis ao agente em se tratando de vítima provocadora ou que tenha colocado a si mesma em situação de risco, violando o encargo de autotutela. Assim, deve-se investigar as possibilidades de aplicação dos axiomas da vitimodogmática aos crimes contra a dignidade sexual previstos no Código Penal com a devida parcimônia, mas também de modo a não se cometer injustiças contra um ou outro dos sujeitos envolvidos no fato, observando-se se houve interação (crime de relação, na classificação de Schultz)[806] e respeitando-se a autonomia

---

[804] São medidas legais de proteção e assistência às vítimas: "Art. 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem: I - assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde; II - acolhimento e abrigo provisório; III - atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status; IV - preservação da intimidade e da identidade; V - prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais; VI - atendimento humanizado; VII - informação sobre procedimentos administrativos e judiciais. § 1º A atenção às vítimas dar-se-á com a interrupção da situação de exploração ou violência, a sua reinserção social, a garantia de facilitação do acesso à educação, à cultura, à formação profissional e ao trabalho e, no caso de crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária. § 2º No exterior, a assistência imediata a vítimas brasileiras estará a cargo da rede consular brasileira e será prestada independentemente de sua situação migratória, ocupação ou outro status. § 3º A assistência à saúde prevista no inciso I deste artigo deve compreender os aspectos de recuperação física e psicológica da vítima".

[805] O crime consiste em: "agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual". A pena é ampliada de um terço até a metade se: "I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional" (§ 1º do art. 149-A, do CP).

[806] Nesse sentido, Lélio Calhau assevera: "Não se pode perder de vista, o fato esclarecido por Alberto Silva Franco de que uma posição maniqueísta que coloque em linha de colisão o delinquente culpável e a vítima inocente não é mais admissível. Não há dúvida de que é inafastável, para um decreto condenatório, a ideia de que o delinquente atuou culpavelmente. Mas não se pode afirmar, com o mesmo nível de certeza, que a vítima é inocente. Ao contrário, em inúmeros fatos delituosos, a vítima, com sua conduta, contribui, eficientemente, para o comportamento criminoso". Cf. CALHAU, Lélio Braga. *Vítima e direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte:

do indivíduo cuja vulnerabilidade seja objetivamente afastada**.** Caberá ao julgador, pois, em juízo de prudência, aferir, em cada situação, o peso probatório do depoimento da vítima[807], bem como averiguar a consistência da provocação do fato e/ou da inobservância do dever prioritário de autoproteção.

Em conhecido trabalho sobre a *vitimologia clássica*, Edgard de Moura Bitencourt advertiu para a necessidade de se analisar o comportamento da vítima nos crimes sexuais, *"pois a participação da vítima no constrangimento, induzimento ou sedução, revelada em profundidade de análise, poderá definir-se contra as aparências que dão origem a grandes injustiças"*[808]. Merece atenção, em todo esse contexto, a modificação imprimida pela Lei nº 12.015/2009, que ao abolir o crime de atentado violento ao pudor, trouxe uma nova roupagem para a questão do comportamento da vítima, espancando, destarte, argumentos machistas, na linha da discriminação do gênero feminino, pois o homem tornou-se sujeito passivo do crime de estupro, de maneira a também ter o seu comportamento para o incremento do evento delitivo considerado no caso concreto[809].

Sobre o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP), há uma presunção *juris et de jure* de violência[810]. Nesse propósito, o STJ em diversas oportunidades se pronunciou

---

Mandamentos, 2003, p. 34-35. A exposição de motivos da reforma da parte geral do CP, ocorrida em 1984, faz referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa: "Uma forma de estímulo seria *o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes*".

807 Já decidiu o STJ que "nos crimes sexuais, a palavra da vítima ganha especial relevo, tendo em vista sobretudo o *modus operandi* empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas. Precedentes". Cf. HC 206.730/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Data de publicação: 17/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 03 jul. 2019.

808 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1970, p. 184.

809 Em interessante estudo sobre a temática dos crimes sexuais, o penalista cearense Beni Carvalho já criticava o delito de atentado violento ao pudor, ampliando o sentido e o alcance do crime de estupro ao gênero masculino. Cf. CARVALHO, Beni. *Sexualidade anômala no direito criminal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 96-97.

810 Humberto Ávila, ao analisar o chamado "modo final de aplicação" das regras jurídicas, lembra do antigo art. 224 do CP, que estabelecia, nos crimes de estupro, uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a catorze anos (atual crime de estupro de vulnerável), mas que o Supremo, "ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes". Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49-50. Trata-se do HC nº 73.662-9-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJU 20.9.1996, cuja ementa transcrevemos: "COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...). ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal". Disponível em:

sobre a existência do crime de estupro de vulnerável quando a vítima menor de catorze anos e mentalmente hígida consente à prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso[811], sendo três os pontos que sempre ensejaram grande polêmica sobre o afastamento ou não deste crime: *a)* o consentimento da vítima; *b)* a sua experiência sexual anterior; *c)* a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. Julgando o Resp. 1.480.881-PI, a 3ª Seção do STJ entendeu que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, de modo que o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime[812].

Vale ressaltar que se contrapondo ao entendimento atual do STJ, em decisão recente a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) confirmou o trancamento de ação penal por crime de estupro de vulnerável, argumentando que, a despeito de a vítima contar com quase treze anos de idade na data do fato, demonstrou que tinha plena consciência dos seus atos e a conjunção carnal deu-se com o seu consentimento e com a ciência de seus familiares[813].

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1633483>. Acesso em: 03 jul. 2019.

811 Embora com alguns julgados mais antigos, é bem verdade, em sentido contrário, relativizando a presunção de violência quando, a despeito de a vítima ser menor de catorze anos, consente com a prática do ato e já teve prévia experiência sexual. Ver os seguintes precedentes: AgRg no REsp nº. 1.303.083/MG, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 19/04/2012; e AgRg no REsp nº 1214407/SC, Sexta Turma, STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13.09.2011.

812 A aclamada aceitação do relacionamento por parte da comunidade em que vivem os envolvidos fora rechaçada pelo tribunal sob o fundamento de que desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227, da CF/88) e no Estatuo da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, arts. 3º e 4º). Firmou-se, por fim, nos termos da sugestão do relator (min. Rogerio Schietti Cruz), a seguinte tese: *"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime"*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 03 jul. 2019. Logo em seguida, para solidificar o entendimento e dirimir qualquer dúvida neste particular, a 3ª Seção do STJ aprovou a Súmula nº 593: *"o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente"*. A presunção de violência, portanto, é absoluta (*jure et de jure*), mas se aplica apenas na hipótese de estupro de menor de 14 anos (art. 217-A, *caput*), dela excluídos os casos de estupro contra quem tenha enfermidade ou deficiência mental ou que não possa oferecer resistência (art. 217-A, § 1º), cuja vulnerabilidade concreta deverá ser provada. Cf. comentários nesse sentido em: OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal...*, op. cit., p. 88-89.

813 O acórdão consignou: *"Não se trata exatamente de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena aos denunciados, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo, as meninas despertem para essa realidade. Nesse passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso e consentimento da menor nas práticas sexuais, com a tolerância familiar, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida"* (julgamento ocorrido em 20 de abril de 2017; como o caso corre em segredo de justiça, não tivemos acesso aos autos). Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/acordao-modificado-6a-camara-criminal.pdf. Acesso em: 03 jul. 2019.

O entendimento esposado pela corte gaúcha, em defesa do consentimento do ofendido como elemento de exclusão da tipicidade, vai ao encontro dos postulados da vitimodogmática, oportunizando, a partir do caso concreto, a contenção do poder punitivo estatal (restrição teleológica do tipo), numa decisão que expressa correto apego ao princípio penal da intervenção mínima[814].

Há inúmeras possibilidades de a vítima contribuir decisivamente para a ocorrência de grande parte dos crimes em estudo, não se podendo olvidar os influxos desses aspectos sobre a punição do infrator. Isso não retira, por evidente, o firme propósito de se reprimir com a correspondente severidade tão graves delitos[815], mormente quando praticados contra menores de idade, pouco importando se homens ou mulheres as suas vítimas.

6.3.6 Outras modalidades de delitos

Tal qual sucede na Alemanha[816] e Espanha[817], o ordenamento jurídico brasileiro, precisamente o Código Penal, trata dos crimes contra a *inviolabilidade dos segredos*, sendo eles: divulgação de segredo (art. 153)[818], violação do segredo profissional (art. 154) e invasão de dispositivo informático (art. 154-A). Pela natureza marcadamente privatística destes delitos, que diz basicamente com as intimidades dos envolvidos, sem embargo de algum interesse de ordem pública subjacente (ex.: art. 153, § 2º), a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido[819]. Diante das peculiaridades que apresenta, dentre elas o bem

---

814 Contra essa conclusão, porém, ergue-se, de *lex lata*, a norma do § 5º do art. 217-A do CP, recentemente introduzido pela Lei nº 13.7*18/18, que reza: "§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime"*.

815 Nesse diapasão, não se pode, em sã consciência, defender, por exemplo, que a mulher que sai da sua casa com "uma vestimenta provocante" esteja *ipso facto* se autocolocando numa situação de risco a ponto de se imputar ao seu âmbito de responsabilidade um eventual estupro (ou outro crime sexual) de que venha a ser vítima em virtude do traje escolhido, o que absurdamente isentaria o agente da correspondente e necessária responsabilidade criminal, a menos que fatores exculpatórios legítimos se façam presentes.

816 São palavras de Schünemann: "El *principio victimodogmático* ha sido creado de un modo bastante simultáneo por Amelung para el concepto de error en el tipo penal de la estafa y por mí para la delimitación de la calificación de autor en la revelación de secretos del § 203 StGB". Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 95.

817 Cf. Código Penal espanhol: *"Artículo 197: 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (...)"*. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

818 *"Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem"*.

819 Exceções: *"Art. 153. (...); § 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será*

jurídico protegido, que é a disponível liberdade individual, a divulgação de segredo é um bom exemplo para entendermos a utilidade do princípio *vitimológico* na Parte Especial do Código[820], uma vez que neste caso o sujeito, na medida em que compartilha com outrem um documento particular, uma correspondência confidencial ou um segredo oral – seja por excesso de confiança, seja por puro desdém quanto ao resultado prático dessa atitude voluntária –, de algum modo está assumindo a responsabilidade pela indevida (sem justa causa) divulgação de que venha a posteriormente se tornar vítima. Entrementes, apenas a situação concreta informará o nível de participação/contribuição da vítima, que no limite redundará na exclusão da tipicidade, em obediência à *máxima vitimodogmática* ora ventilada. Insta salientar, por fim, que não se exclui a tipicidade da conduta de *hackers* que, aproveitando-se de algum descuido, invadam dispositivos informáticos (computadores), celulares ou similares alheios, com as ilícitas finalidades preceituadas no art. 154-A do CP[821], independentemente de serem ou não, tais dados ou informações, divulgados a terceiros. De toda forma, a conduta imprudente da vítima que eventualmente tenha contribuído para o delito, deverá ser avaliada em benefício do agente para a devida calibração da pena-base (art. 59, *caput*, do CP).

Na legislação penal extravagante, tem-se o exemplo do art. 7º, inc. IX, da Lei nº 8.137/90, que define os *crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo*, com a seguinte redação: *"Art. 7º. (...); IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições*

---

incondicionada"; e "Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos".

820 Ver ponderações de Cancio Meliá: "Hasta el momento, la mayoría de los análisis monográficos y de las aportaciones victimodogmáticas en general se han centrado en algunas figuras delictivas, como la revelación de secretos privados (...)". Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, 1999, p. 40.

821 *"Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal".*

impróprias ao consumo. Pena- detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa". Não restam dúvidas de que a imputação ao tipo subjetivo requererá a presença de dolo, caracterizado quando o agente conhece a debilidade do objeto material ou pelo menos atua com previsão do dano à saúde das vítimas, concordando com tal evento. Antes, porém, há que se aferir com a devida parcimônia a imputação ao tipo objetivo, e neste momento é crucial perquirir se a conduta praticada encontra-se ou não no âmbito do risco proibido, pois as vezes o contexto demonstra uma organização conjunta entre o autor e a vítima, esta conscientemente autocolocando-se em uma situação de risco, realizado no resultado danoso[822].

Os delitos culposos, estejam ou não atrelados ao trânsito, em geral admitem a avaliação do comportamento da vítima como condição de exclusão do elemento tipicidade, com fundamento nas já estudadas categorias vitimodogmáticas da participação em uma autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida. Na linha do que se vem defendendo e demonstrando – a par de substanciosos fundamentos jurídico-penais – ao longo desta pesquisa, no próximo capítulo se ratificará que a auto e a heterocolocação, ao contrário do que se queira desavisadamente incutir, via de regra por desconhecimento da função que ordinariamente desempenham, não são meios de mera exclusão do dolo para que o sujeito receba a punição a título de culpa, mas sim verdadeiros fatores de exclusão do crime, a incidir na análise do tipo objetivo.

6.4 AS CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIS DA DECISÃO QUE RECONHECE A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE COM BASE NA VITIMODOGMÁTICA

Embora as esferas das ilicitudes civil e penal sejam diferentes, situações existem em que uma mesma ação ou omissão produz efeitos nos dois campos[823]. Ao tratar da ação civil *ex delicto*[824], o art. 65 do Código de Processo Penal (CPP) diz que: "Faz coisa julgada no cível

---

[822] Nessa linha de intelecção, cf. ementa de importante precedente do TJMG: "APELAÇÃO - CRIME CONTRA O CONSUMIDOR - DOAÇÃO DE CARNE IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - AUSÊNCIA - TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA - CONSENTIMENTO DO OFENDIDO EM UMA SITUAÇÃO DE RISCO - AUSÊNCIA DE DESAPROVAÇÃO JURÍDICA - ABSOLVIÇÃO. Não comprovado que o acusado conhecia a imprestabilidade da carne por ele doada para seus empregados a consumirem, a absolvição se impõe por ausência de elemento subjetivo do injusto. Quem participa numa autocolocação em risco não configura objetivamente o tipo incriminador por ausência de desaprovação jurídica" (TJMG, Apelação Criminal 1.0441.05.001741-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, DJe 19/02/2008). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=9&totalLinhas=11&palavras=autocoloca%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 07 de jul. 2019. Sem embargo, diga-se de passagem, de se admitir a figura do *consentimento do ofendido*, que também tem o condão de excluir a tipicidade.

[823] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 241.

[824] Medida processual ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização em face do dano causado

a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". Já o art. 66 do mesmo Código prescreve que "não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato". E o art. 67 afirma que *"não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime"*[825]. Tais dispositivos se coadunam com o art. 245 da CF/88, aludido no início desta pesquisa, segundo o qual "a lei disporá sobre as 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*". Assim, numa primeira mirada, extrai-se que a consequência extrapenal de um fato atípico ou cuja tipicidade tenha sido excluída invariavelmente aponta no sentido do dever de indenizar civilmente a quem de direito (ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros) por parte do autor[826].

Com efeito, é bem verdade que o nosso sistema jurídico privilegia, dentro da coerência e da lógica, a separação da jurisdição, como sói concluir do art. 935 do Código Civil: *"A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal"*. Ocorre, porém, que é inviável se fazer tábula rasa daquelas situações em que a vítima contribui para o fato que destarte teve a sua tipicidade excluída com espeque em algum instrumento vitimodogmático, nomeadamente o acordo, que se enquadra no largo conceito de consentimento do ofendido. Não tem sentido, portanto, imaginar consequências

---

pelo crime, quando existente. Para Nucci, o dano pode ser material ou moral e a indenização cumulativa. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 16. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 197.

825 Ver o art. 386 do mesmo diploma legal: "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação". Outrossim, merece destaque o art. 397, que dispõe acerca da absolvição sumária do réu, *verbis*: "Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente".

826 Pela dicção legal, não produzem coisa julgada no cível, possibilitando a ação indenizatória de conhecimento para apurar culpa, as hipóteses dos arts. 386, incs. II, III, V, VI, e VII e 67, incs. I e II, todos do CPP. De outro lado, faz coisa julgada no cível, não permitindo mais a discussão sobre o caso, as situações descritas no art. 386, incs. I e IV.

cíveis em favor daquele que gerou ou anuiu ao dano contra si próprio[827]. Para afastar tão gritante incoerência, propomos a criação de um parágrafo único ao art. 65 do CPP, com a seguinte redação: *"impedirá igualmente a propositura da ação civil o fato cuja tipicidade tenha sido excluída pela anuência válida da vítima com o resultado danoso"*.

6.5 SÍNTESE DO SEXTO CAPÍTULO

Subjacente à configuração do tipo penal há um difícil trabalho legislativo, voltado às escolhas das condutas criminalizadas e dos respectivos limites (mínimo e máximo) de pena a ser abstratamente cominada, e neste momento também se mostra fundamental entender a relevância dos fatores de ordem vitimológica. Deste modo, a lente vitimodogmática faculta ao intérprete, no bojo da chamada fundamentação pela *competência por organização*, distinguir se a responsabilidade pelo acontecimento realmente incumbe à vítima, com exclusão da responsabilidade penal do autor.

Interessa à vitimodogmática esquadrinhar os aspectos interiores (propósito) não apenas do sujeito que se apresenta como vítima, mas também os do pretenso autor, para só então operar resultados concretos, que incluem, por exemplo, a definição da conduta como dolosa ou culposa (culpa consciente) em vista da incorporação da figura da vítima no nível da imputação subjetiva. Daí a importância de se estudar alguns aspectos do tipo subjetivo.

O estudo dos crimes em espécie obedece ao sentimento de valorização do que se convenciona chamar de "teoria geral da parte especial do Código", ou seja, a interação, em última análise, de todas as normas penais do ordenamento jurídico-penal, enfocando-se aquelas que limitam a intervenção do poder punitivo. Nesse sentido, a aplicação dos vetores vitimodogmáticos aos crimes em espécie (p. ex.: contra a vida) se processa diante de alguns limites previamente definidos. O principal deles impõe que a tipicidade do fato via de regra se manterá, observada a forma como a vítima portou-se, quando a conduta do agente for cometida mediante *violência física* ou *grave ameaça*.

---

[827] Nesse contexto, torna-se mais ainda importante delimitar no que consiste a expressão "vítima", pois em termos jurídicos não há que se falar em "vítima" sem que se tenha provado no processo a existência de um fato antijurídico e culpável, uma vez que até então o que há, no máximo, é uma *vítima presumida*. Como bem assentado por Silva Sánchez, *"não se é vítima (no sentido jurídico-penal) pelo fato de ter sofrido um dano, mas somente por ter sofrido uma lesão antijurídica, o que se pode determinar unicamente no processo"*. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena*? Sobre as doutrinas penais de "luta contra a impunidade" e do "direito da vítima a punição do autor". Trad. de Lucas Minorelli. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS,* Porto Alegre, v. 2, n. 2, jul./dez. 2014, p. 89. A *fortiori*, se o sujeito que renuncia ao dever objetivo de cuidado (autoproteção) ou até ao próprio bem jurídico do qual é titular e sob o qual tenha disponibilidade não é, no rigor do termo, considerado vítima para efeitos penais, também não poderá sê-lo para auferir, no campo cível, a benesse indenizatória.

7 ANÁLISE E RESOLUÇÃO DE CASOS A PARTIR DE PONDERAÇÕES VITIMODOGMÁTICAS

7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A despeito dos inúmeros casos concretos e exemplos já trazidos à baila ao longo deste texto para reforçar as posturas defendidas e infirmar argumentações erguidas em sentido contrário, reservamos para o presente capítulo a especificidade da análise de alguns acontecimentos emblemáticos, recentes e mais antigos, de extremo interesse à dogmática da teoria do delito[828]. De antemão, insta assinalar que para a resolução adequada de todos eles há que se recorrer aos instrumentos de salvaguarda da vitimodogmática. O objetivo, portanto, é demonstrar, estreme de dúvidas, o ganho dogmático promanado da perspectiva trabalhada, vale dizer, a real contribuição da pesquisa para o evolver da ciência do direito penal na contemporaneidade, evitando-se que doravante possíveis erros na operacionalização deste ramo do Direito ocorram ou se repitam.

Com efeito, a preocupação do direito penal material de regular o grau de pena a impor em relação ao comportamento do autor não elide a necessidade de também voltar-se, na conformação deste mister, para o comportamento da vítima, uma vez que o papel desempenhando por este sujeito é imprescindível para o tipo penal. Portanto, se a pena só se legitima em função da proteção de bens jurídicos e na medida em que seja um meio idôneo, necessário e proporcional, torna-se impossível valorar com correção as condições da sua aplicação desprezando-se as nuances da conjuntura em que se deu a configuração da atitude da vítima para a ocorrência do fato.

Nesse sentido, dignas de registro se afiguram as observações de Winfried Hassemer a seguir:

> Si pese a la existencia de tal posibilidad ésta no se ejerce, deben disminuir también las propias posibilidades del Derecho penal. Los bienes jurídicos que la propia víctima, pudiendo hacerlo en forma razonable, no protege, no es que pasen a formar parte subsidiariamente de la obligación de protección del Derecho penal, sino que, precisamente por esa razón de pasividad de la víctima, perderán también la posibilidad de protección estatal. El principio de subsidiariedad de la protección jurídico-penal del bien jurídico adquiere de este modo su exacta dimensión. Y, puesto que este principio no sólo se limita a posibilidades de protección estatales alternativas, sino que también permite posibilidades privadas de protección y justicia, la exclusión de cometidos tradicionales del Derecho penal, cada vez que se den las posibilidades privadas de protección y justicia, cada vez que se den las posibilidades para que sea

[828] Justifica-se, assim, a não criação, no início do trabalho, de um capítulo para apresentação de casos, com resolução apenas ao final. A opção metodológica adotada, portanto, foi a de apresentar e buscar solucionar os casos (reais e hipotéticos) ao longo de todo o texto, confirmando-se permanentemente as hipóteses e culminando com este capítulo dedicado especificamente a tal fim.

> la víctima quien lleve a cabo la protección, en vez de eliminar un cometido estatal en el caso de que la víctima se autoproteja, cosa que estaría de acuerdo com el principio de subsidiariedad, lo que hace es que este principio tenga como consecuencia la efectiva desprotección del bien jurídico atacado o lesionado, en la medida en la que las posibilidades de autoprotección de la víctima no se actúen[829].

Com essas considerações, vê-se que a vítima, sujeito cuja autonomia deve ser preservada em inúmeras situações, se converte em uma indeclinável instância de proteção do bem jurídico que se unirá a outras pré-existentes. Em suma, a doutrina vitimológica move o direito estatal numa novel direção, a partir da qual se passa a exigir da vítima a disposição de defender ou proteger os seus bens jurídicos ou, para usar uma vez mais as palavras de Hassemer, não se imporá contra o violador da norma o que a lei penal ordena e proíbe[830].

7.2 O CASO *DOCA STREET*: HOMICÍDIO PASSIONAL (1976)

O famoso "caso doca street", narrado em minúcias por Evandro Lins e Silva[831] no livro *A defesa tem a palavra*, revela que a vitimodogmática tem utilidade real para a escorreita solução de crimes contra a pessoa, no caso o homicídio passional. Com efeito, infere-se do art. 28, inc. I, do CP, que a imputabilidade penal não será excluída nas hipóteses de emoção ou paixão, de modo que esses impulsos psíquicos, por mais incontroláveis que se mostrem, não são tratados pelo direito brasileiro como um problema apto a livrar completamente o agente da correspondente responsabilidade criminal, exceto se de fundo patológico[832]. Isso não impede, todavia, mormente em se tratando de crimes sujeitos a julgamento pelo tribunal popular do júri, considerada a *plenitude de defesa* assegurada na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXXVIII, al. "a"), que a defesa do réu em plenário se baseie em vetores de repercussão vitimodogmática, a exemplo da contribuição indevida da vítima no desenvolvimento em outrem de uma paixão arrebatadora não correspondida a contento[833], a qual venha a posteriormente

---

829 HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Trad. de Rocío Cantarero Bandrés. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Madrid: Centro de Publicaciones, 1990, v. 43, p. 248.

830 HASSEMER, Winfried. Consideraciones..., op. cit., p. 251.

831 Nascido em Parnaíba, Estado do Piauí, foi um renomado jurista, além de jornalista e político. Exerceu os cargos públicos de procurador-geral da República, ministro-chefe da Casa Civil, ministro das relações exteriores e ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi membro da Academia Brasileira de Letras (quinto ocupante da cadeira nº 1, eleito em 1998). Por muitos anos advogou na área criminal, tendo lecionado direito penal na Universidade do Estado da Guanabara. Morreu no Rio de Janeiro no ano de 2002. Informações disponíveis em: <http://www.academia.org.br/academicos/evandro-lins-e-silva/biografia>. Acesso em: 13 jan. 2019.

832 BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 161-162. Ressalvando-se, ainda, a possibilidade de absolvição genérica pela íntima convicção do jurado (CPP, art. 483, inc. III).

833 Embora reconhecesse que os passionais pertencem à "legião dos delinquentes", Enrico Ferri defendia que o delito deve receber uma sanção jurídico-social respaldada nas características e peculiaridades do sujeito e do ambiente no qual o fato se deu, mais exatamente de acordo com dois critérios fundamentais: *1)* a qualidade dos motivos e *2)* a personalidade do autor. Assim, a pena criminal poderá ser validamente diminuída. Cf. FERRI, Enrico. *O delicto passional na civilização contemporânea.* Trad. de Roberto Lyra. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 53 e ss.

contra ela se voltar, por reflexos anímicos, psicologicamente orientados, como diz a doutrina. Demais disso, o agente pode agir em legítima defesa da sua honra contra o sujeito (homem ou mulher, filho ou cônjuge, etc.) que a tenha injustamente ferido, no seio doméstico, através de ações provocadoras.

Pois bem, vamos ao "caso Doca Street". Com efeito, para sustentar a defesa de Raul Fernando do Amaral Street (v. "Doca Street"), acusado de praticar crime de homicídio qualificado contra Ângela Maria Fernandes Diniz, sua companheira, Evandro Lins e Silva, calcado nas lições da *vitimologia tradicional*, utilizou a estratégia de apresentá-lo aos jurados da comarca de Cabo Frio-RJ como "acusado-vítima", e vítima de todo um contexto afetivo por ele não querido ou provocado.

Sintetizando o caso, consta na denúncia-crime que a vítima, cansada dos arroubos de ciúmes e explorações financeiras constantemente realizados pelo acusado, resolveu terminar o relacionamento, ordenando, de forma definitiva e irrevogável, que ele se retirasse imediatamente da sua residência, onde há alguns anos conviviam, fato ocorrido em 30.12.1976. Inconformado com a situação, o acusado desferiu vários tiros de "Bereta" contra o crânio e a face da sua então companheira, matando-a, agindo de modo a não lhe permitir qualquer oportunidade de defesa ou de fuga[834]. Colhe-se do álibi defensivo, sustentado em sedes de defesa prévia, razões finais, recursos contra a decisão de pronúncia e contrariedade ao libelo, contudo, os seguintes pontos[835]: *1)* A vítima ostentava maus antecedentes criminais, sendo ré em três processos, a denotar sua "sina irresistível para a tragédia"; *2)* Histórico de ofensas à dignidade e honra do acusado por parte da vítima, bem como de agressões físicas por ela cometidas, inclusive no momento do fatídico episódio; *3)* Personalidade neurótica da vítima, "com perturbações comportamentais especialmente traduzidas por excesso de agressividade"; *4)* Em suma, a ambiência do casal era instável, propícia à deflagração do tipo de tragédia dificilmente controlável pelo ser humano.

É interessante atentar para o fato de que nos memoriais apresentados aos jurados, documento que serviu de norte para a defesa oral em plenário, Evandro Lins e Silva acentua a participação da vítima na eclosão do fato, esclarecendo que nos julgamentos dos dramas passionais é impossível dissociar a conduta da vítima da conduta do acusado, o que a doutrina chama de "parelha-penal"[836], evidenciando-se clara a presença da vítima como fator

---

834 SILVA, Evandro Lins e. *A defesa tem a palavra.* 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991, p. 87-88.

835 SILVA, Evandro Lins e. *A defesa...*, op. cit., p. 165-195.

836 Ver desenvolvimento do tema, não referenciado, diga-se de passagem, por Lins e Silva na obra entelada, em: OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal:* o crime precipitado ou programado pela vítima. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56 e ss.

criminógeno, provocador da deflagração do delito. No afã de convencer os jurados, aponta provocações caracterizadas por "ações, ofensas, afrontas, humilhações e insultos" dirigidos pela vítima ao acusado, que já era um indivíduo dominado por obsessiva paixão amorosa, realçando, outrossim, ter a vítima contribuído de modo importante e decisivo para o remate do drama em julgamento, sendo de rigor, à luz do cenário apresentado, a absolvição do réu, tal qual procedido em incontáveis julgamentos outros de crimes da mesma natureza (passionais)[837].

O júri, porém, não reconheceu a exclusão do crime, de modo a absolver o acusado Doca Street, qual requerido pela defesa como tese principal, mas julgou no sentido do *excesso culposo de legítima defesa*[838], o que significou reconhecer a atitude de contribuição da vítima para o fato como elemento redutor da responsabilidade penal do réu. Nesse sentido, o juiz fixou a pena em dois anos de detenção e concedeu *sursis* ao acusado, que já havia cumprido sete meses de prisão preventiva. Como registrado por Evandro Lins e Silva: "Era esse o sentimento popular, que os jurados interpretaram fielmente: – uma censura, uma reprovação ao gesto desatinado do réu, mas com uma condenação que não lhe inutilizava a vida"[839].

Contra esse julgamento, no entanto, a acusação apresentou recurso[840], do qual resultou a reforma da decisão. Realizado novo júri, que não contou com a participação de Evandro Lins e Silva, o acusado foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão, "numa audiência cheia de incidentes e em meio a um tumulto invencível", como relatou o notável causídico. Nos recursos posteriormente apresentados, as apontadas nulidades que teriam viciado o julgamento não foram aceitas, mantendo-se, ao fim e ao cabo, a condenação derradeiramente imposta[841].

7.2.1 Vislumbre vitimodogmático das teses de defesa

Apresentar a vítima como fator criminógeno foi a principal estratégia de defesa utilizada por Lins e Silva, que pretendeu a absolvição do seu cliente com base na excludente de

---

837 SILVA, Evandro Lins e. *A defesa...*, op. cit., p. 197-206.

838 Sobre a ratio do instituto, transcrevemos profícua análise do professor Hermes Guerrero: "Os defensores dessa corrente entendem que o agente que se defende deve fazê-lo utilizando os meios necessários e na medida suficiente para fazer cessar o ataque, e que, quem avalia mal e erra nesse aspecto, incidirá em culpa. Desse modo, a culpa no excesso consiste precisamente no erro de avaliação cometido pelo defendente, o qual, se for razoável, confunde-se com os próprios atos de defesa; não se falará, então, em punição. Entretanto, se esse erro for inescusável, haverá, como consequência, punição, segundo os seguidores de *Carrara*, a título de culpa". Cf. GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso e legítima defesa.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 141-142.

839 SILVA, Evandro Lins e. *A defesa...*, op. cit., p. 258.

840 É oportuno registrar que a jurisprudência do STF tem evoluído no sentido de que o Ministério Público não pode apelar contra decisões absolutórias proferidas pelo tribunal do júri. Cf., nesse tocante, decisão recente (01/08/2019) do Min. Celso de Mello no RHC Nº 117.076-PR. Inteiro teor disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340720368&ext=.pdf>. Acesso em: 15 de set. 2019.

841 SILVA, Evandro Lins e. *A defesa...*, op. cit., p. 329-371.

ilicitude da legítima defesa própria ou em causa *supralegal* (*e.g.*, não exigibilidade de outra conduta), de vez que o acusado fora gravemente insultado e agredido na sua dignidade pela vítima (um misto de agressões psicológicas e físicas, ante as quais não se conteve), cabendo aos jurados avaliar toda essa conjuntura[842]. O tom vitimodogmático das teses defensivas, próximo das premissas em que se sustentou a vitimologia tradicional, cingiu-se fundamentalmente ao determinismo vitimal subconsciente e predisposição concreta – a par de ações provocativas – do sujeito lesionado se tornar vítima não apenas de si mesmo, mas também de terceiro. Nesse sentido, teria Ângela Diniz todas as características da chamada *vítima nata*, tipologia criada por Benjamin Mendelsohn[843]. O ambiente fomentado para a absolvição por um delito passional levou em consideração todo o histórico da vítima, bem como o seu proceder decisivo para a etiologia e a consumação do fato.

7.2.2 Delineamentos conclusivos

De toda forma, a participação da vítima para a prática do fato típico, posto que de menor monta, não será desprezada para a fixação e dosagem final (sempre a menor) da pena do agente. Conforme ponderações de Edgard de Moura Bitencourt, tal participação pode consubstanciar-se em qualquer forma de cooperação, seja ela consciente ou inconsciente, direta ou indireta, atual, recente ou remota[844]. Cita-se, *exemplificandi gratia*, a prática do crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP, possibilitada quando a vítima, na cobiça de lucro ou de obtenção de vantagens fáceis, deixa-se enganar. A doutrina também alude à hipótese de apropriação indébita provocada pela falta de vigilância sobre um empregado, sendo muitos os cenários possíveis, os quais já receberam a devida atenção[845].

De lege lata, não é demais recordar que o Código Penal brasileiro menciona três situações em que a vitimodogmática, mais exatamente a sua corrente majoritária, tem aplicabilidade, exercendo, dessarte, importante influência na dosimetria da pena, sendo elas: *a)* o comportamento da vítima deve ser considerado em favor do agente como circunstância judicial de fixação da pena-base (art. 59, *in fine*); *b)* é digno de atenuante aquele que pratica o fato sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, inc. III, *c*);

---

842 O que a defesa postulou, em verdade, em todas as suas manifestações, foi o reconhecimento do crime passional e a consequente absolvição do acusado pelos jurados em vista das intensas provocações da vítima, mesmo ausente previsão legal expressa nesse tocante.

843 Ao invés do termo "vítima nata", bastante criticado no âmbito da psicologia, preferimos utilizar "vítima com predisposição à reincidência", cuja materialização depende muito do contexto social em que está inserida.

844 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1970, p. 83.

845 Cf. retro: Capítulo 4, seções *4.4.1 e 4.4.2*; especialmente, Capítulo 6, seção *6.3.4*, em que tais situações são explicadas como causas de exclusão da tipicidade.

c) recebe diminuição de pena quem age segundo o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (*v.g.*, art. 121, § 1º). Como visto, não há vedação legal a que de um mesmo fato se depreendam todos os prognósticos acima, com as consequências jurídico-penais pertinentes. Em verdade, o comportamento da vítima que interessa para a fixação da pena-base dificilmente não será uma injusta provocação, que pode desencadear, logo em seguida, o cometimento de um homicídio ou lesão corporal.

7.3 O CASO DA *APLICAÇÃO INTRAVENOSA DE MORFINA* COM RESULTADO MORTE: AÇÃO PENAL Nº 0147530-07.2016.8.06.0001, COMARCA DE FORTALEZA-CE (2016)[846]

O caso ora em liça, ocorrido na cidade de Fortaleza no ano de 2016, ganhou os holofotes da mídia local e exigiu detenção incomum por parte das autoridades investigativas. Insta salientar que para esta situação as soluções refogem às trivialmente aplicadas, cumprindo ao aplicador do direito atentar para não incorrer em erros e injustiças de difícil reparo.

Consta dos autos que o indigitado autor fora indiciado em 10/02/2017 como incurso nas tenazes do art. 121, § 3º, do CP, isto é, pelo crime de homicídio culposo, tendo a autoridade policial apontado, no relatório final, que acusado e vítima, ignorando o dever de cuidado objetivo, fizeram uso de morfina, sendo previsível, por ambos, embora não desejado, a ocorrência do resultado lesivo[847]. Na data de 04/07/2017, contudo, o Ministério Público do Estado do Ceará capitulou o fato na moldura do art. 121, *caput*, c/c art. 18, inc. I, 2ª parte, ambos do CP, ou seja, ofertou denúncia por crime de homicídio, com dolo eventual[848]. Sintetizando, o fato consistiu basicamente em ter o denunciado preparado e aplicado, via seringa intravenosa, algumas doses de morfina na vítima, que em seguida veio a óbito em decorrência de overdose. Antes, o acusado também fez uso da substância proibida nas mesmas condições. Requer-se, diante do quadro narrado, a resolução do problema subjacente – que diz com a aferição da responsabilidade penal do autor – à luz da vitimodogmática.

---

[846] Processo de consulta pública. Informações disponíveis no portal ESAj-TJCE, a partir do sítio: <http://www.tjce.jus.br/>. Acesso em 09 de jul. 2019. Cf. uma breve análise do caso em: OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal e teoria da vitimologia.* 2. ed. rev., atual e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 94-96.

[847] Verificada a produção do resultado naturalístico, cabe ao intérprete avaliar, para fins de constatação do injusto culposo, se houve a inobservância do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade objetiva da conduta. Nesse sentido, cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 295-298.

[848] A denúncia foi recebida em todos os seus termos (07/07/2017) e admitida na sentença de pronúncia, prolatada em 06/11/2018. Contra esta decisão, o réu interpôs recurso em sentido estrito, sobre o qual a Procuradoria Geral de Justiça do Estado se manifestou (05/04/2019) no sentido do provimento parcial, para o fim de reconhecer a ocorrência de homicídio culposo. O recurso ainda está pendente de julgamento.

Tomando por base as informações vertidas nos autos, a hipótese é de heterocolocação em risco consentida[849], que assim como a participação em uma autocolocação em risco[850], se resolve com a exclusão da tipicidade da conduta, conforme ressaltado por Claus Roxin em importante artigo publicado na coletânea *Novos estudos de direito penal (2014)*, texto esse que serve de norte para os corretos entendimento e manejo desse instituto[851]. Numa situação semelhante, o BGH decidiu pela absolvição quanto ao delito de homicídio imprudente, argumentando que a conduta do ali acusado constituiu apenas uma modalidade de participação em uma autocolocação em perigo autorresponsável[852].

Avançar para o dolo eventual, portanto, como fez o julgador de primeira instância, além de temerário, não é a solução adequada, a mesma sorte recebendo a saída do homicídio culposo em outros momentos vislumbrada[853]. Afigura-se improvável, destarte, imaginar que viciados em drogas, ao fazerem uso conjunto das substâncias tóxicas, busquem *tout court* um a eliminação do outro ou a deles próprios, em atitude suicida, embora sejam de todos conhecidos os riscos que a constante utilização, *ad exempli*, de morfina fora dos padrões médicos acarreta para a saúde e a vida[854].

---

849 Seria autocolocação em risco se a vítima tivesse unicamente recebido a droga do acusado e a injetado em seu próprio corpo, hipótese essa ventilada pela defesa.

850 Para maiores considerações acerca da auto e da heterocolocação em risco, cf. *itens 4.4.4 e 4.4.5 do capítulo 4*.

851 Roxin sugere a aplicação analógica das regras da autocolocação em perigo autorresponsável, em relação à qual tem-se a impunidade da contribuição de terceiros. Cf. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal.* Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 144. Perceba-se que o autor equipara as consequências jurídico-penais e não os institutos em si, que são ontologicamente distintos. Neste mesmo trabalho, Roxin também aduz: "Os casos de drogas têm relevância similar. Alguém permite que um terceiro lhe injete heroína. Ambos estão cientes dos riscos inerentes ao ato. Aquele que injetou a droga responde por homicídio culposo, caso o que a recebeu venha a falecer em decorrência da injeção?" (Cf. *Novos estudos...*, op. cit., p. 130).

852 Trata-se do famoso *caso de la jeringuilla*. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal:* studio sobre los ámbitos de responsabilidade de víctima y autor en actividades arraigadas. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1997, p. 13-14.

853 Seguem as definições contemporâneas desses elementos anímicos: *a)* o *dolo eventual* caracteriza-se quando o agente leva a sério a possível produção do resultado típico (nível intelectual) e conforma-se com a eventual produção desse resultado (nível da atitude emocional); *b)* a *imprudência consciente*, de sua vez, caracteriza-se pela representação da possível produção do resultado típico (nível intelectual) e por confiar, o agente, na ausência ou evitação desse resultado, "pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação" (nível da atitude emocional). Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 138-139.

854 Consoante acentuado em outro momento deste trabalho, o dolo, por ser vontade de realização, requer um elemento volitivo, o qual, ao ver de Roxin, não pode ser renunciado a favor de um conhecimento do perigo. Cf. ROXIN, Claus. *Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicídio.* Conferência apresentada na Escola Alemã de Ciências Criminais 2018. Universidade de Göttingen, 1º de outubro de 2018, p. 3. Conquanto isso, três elementos ganham realce na avaliação do caso em apreço: *1)* o contexto da boa convivência entre autor e vítima; *2)* os consumos pretéritos de drogas juntos sem qualquer dano; *3)* as tentativas de reanimação da vítima pelo acusado quando percebeu o estado de gravidade em que se encontrava. Por tais razões, ainda que interpretado pela exteriorização da conduta, o comportamento do agente não indica uma assunção ao evento morte. Para análise normativa do dolo, considerado o ato externado como delimitação do conteúdo volitivo, cf. GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica:* perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 115-124. No mesmo diapasão intelectivo,

Presentes os pressupostos da heterocolocação em risco consentida, isto é, a anuência da vítima autorresponsável a que outrem a colocasse em uma situação de risco, sem que da parte de quaisquer deles houvesse assunção ou representação ao resultado morte e sem que o acusado tivesse em relação à vítima – que era comprovadamente usuária contumaz de tipos diversos de drogas, inclusive antes de conhecê-lo – uma compreensão superior quanto às possibilidades de incremento do risco e ela um menor poder de evitação do resultado, circunstâncias amplamente observadas no caso *sub examen*, deve-se afastar qualquer alegação de dolo eventual ou imprudência consciente, sendo indeclinável a exclusão da tipicidade, já que a conduta não se inclui no âmbito de proteção da norma (*alcance do tipo*), absolvendo-se o acusado em relação ao evento morte, que evidentemente não constitui crime de homicídio no mencionado contexto[855].

7.4 O CASO DO MISSIONÁRIO MORTO AO TENTAR CONTATO COM HABITANTES DA *ILHA SENTINELA DO NORTE* (2018)

Para corroborar as linhas já traçadas, trazemos à colação o caso do missionário norte-americano, John Chau, morto a flechadas por aborígenes ao tentar contato com esses mesmos habitantes da *ilha Sentinela do Norte*, localizada no Oceano Índico. Segundo relatos, a vítima havia subornado pescadores para levá-la de barco até a ilha, onde buscaria os desejados contatos com a tribo primitiva para realizar atividades messiânicas. Com efeito, sabe-se que o contato com várias tribos do arquipélago, que correm risco de extinção e vivem isoladas do mundo há quase 60 (sessenta) mil anos, é proibido pelo governo local com o intuito de protegê-las de doenças e preservar seu estilo de vida. Ainda assim, com o auxílio de pescadores ilegalmente contratados, Chau decidiu arriscar-se na empreitada, que culminou no violento ataque que lhe retirou a vida instantes após desembarcar em terra firme[856].

---

com olhares para o contexto de realização da conduta, cf. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 274-282. Ademais, não há que se falar em burla ao dever de garante quando o consumo do entorpecente é recíproco e os participantes conhecem, em pé de igualdade, os malefícios (riscos) do ato.

855 O agente poderá responder pelo crime de tráfico de drogas previsto no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que prevê a conduta de *entregar a consumo*. Deve-se observar, outrossim, o § 2º do citado tipo incriminador, que traz o chamado tráfico privilegiado: *"§ 2º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem"*. A propósito, é interessante atentar para a síntese de Paulo Rangel e Carlos R. Bacila: *a)* o fornecedor de drogas entrega a droga para a pessoa ciente dos seus riscos: se o usuário morre em decorrência do uso, responde somente pelo tráfico, mas não pelo homicídio culposo; *b)* o fornecedor da droga deixa de socorrer o usuário que passa mal e morre: *i)* se o usuário sabia dos riscos, o fornecedor responde por omissão de socorro (art. 135, pár. único, do CP); *ii)* se o usuário não sabia dos riscos, o fornecedor responde por homicídio culposo por omissão – se não queria ou não assumiu o risco da ocorrência do resultado – (art. 121, § 3º, c/c art. 13, § 2º, al. "c", do CP). Cf. RANGEL, Paulo et al. *Lei de drogas:* comentários peais e processuais. 3. ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

856 Ver informações em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46300759>. Acesso em 21 de jul. 2019;

Dadas as circunstâncias, e respeitada, por óbvio, a legislação local que guiará a resolução do caso, esse é um exemplo didático em que não se afigura cabível excogitar a responsabilidade penal – por homicídio imprudente – dos pescadores que levaram o missionário para a ilha, eis que houve uma heterocolocação em risco consentida pela vítima, que exclui a imputação ao tipo objetivo em relação à conduta dos barqueiros (pescadores) – aparentemente criminosa – da qual defluiu o resultado morte. Não é demais lembrar, com Roxin, que a heterocolocação ocorre quando alguém coloca um terceiro em perigo, expondo-se este ao perigo criado plenamente consciente do risco[857]. Em outros termos, quando a vítima se aventura por sua livre e espontânea vontade com resultado lesivo, o auxílio do terceiro não interessa ao direito penal.

7.6 OUTROS CASOS RELEVANTES ENCONTRADOS NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Apesar do inegável destaque da vitimodogmática na dogmática da teoria do delito, ressaltando-se a capacidade para resolver inúmeros problemas no âmbito da tipicidade[858], alguns posicionamentos críticos, muitos dos quais analisados em outros momentos, foram e continuam a ser dirigidos contra os seus fundamentos. Nesse sentido, afirma-se que apresentar a vítima como culpável ou corresponsável pelo crime potencializaria a sua vitimização, pois por mais que a conduta da vítima contribua para que o seu bem jurídico sofra ataque, não é correto privar-lhe da proteção do direito penal, sob pena de se criar indevidos "espaços de liberdade" ao autor às suas custas. Assim, a garantia de segurança jurídica à vítima não pode, sem base legal, excluir de algum tipo penal o comportamento do autor, com riscos de retorno às primitivas formas de vingança privada. De acordo com esse setor crítico, generalizar as concepções vitimodogmáticas acarretaria uma desnecessidade de aplicação das penas, como sói concluir do princípio de autorresponsabilidade, cuja aplicação indiscriminada geraria uma excessiva arbitrariedade nas mãos do julgador, com decisões lastreadas em contestáveis padrões

<https://www.theguardian.com/world/2018/nov/22/john-allen-chau-man-killed-by-tribe-north-sentinel-island-declare-jesus>. Acesso em 21 de jul. 2019. Cf. também reportagem completa do *El país internacional*: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/internacional/1543424988_216394.html>. Acesso em 21 de jul. 2019.

857 ROXIN, Claus. *Novos estudos...*, op. cit., p. 130.

858 O homicídio em legítima defesa, que justifica (retira a antijuridicidade) a conduta praticada, também constitui uma resultante da intervenção da vítima na lesão de seus bens jurídicos, ressaltando-se que o direito penal não protege o agressor quando este contribui decisivamente para a geração do fato que torna necessária a realização de uma conduta típica defensiva por parte do agredido. Aqui, a vítima, com sua conduta, provoca uma reação por parte do inicialmente agredido, o qual, em resposta a agressão ilegítima a qual fora submetido, lesiona os bens jurídicos do anterior agressor.

morais ou políticos engendrados *ad hoc*, assim intervindo de maneira indevida na função reservada ao legislador. Em que pesem as críticas, mantém-se, a vitimodogmática, firme no propósito de superar as dificuldades inerentes à distribuição da responsabilidade penal, máxime nos *hard cases*.

Para sedimentar o entendimento em torno da temática e enriquecer o debate, traz-se mais dois interessantes casos há algum tempo enfrentados pelo Tribunal Supremo (TS) da Espanha: *1)* dizendo portar uma navalha, em determinado momento o condutor de um veículo exigiu que o passageiro lhe entregasse o dinheiro e o relógio que levava. Assustado diante das ameaças, o passageiro rogou-lhe que parasse o veículo para que descesse ou então pularia, fazendo inclusive o gesto de abrir a porta. O condutor se negou a parar, instante em que o passageiro efetivamente abriu a porta e saltou do veículo em movimento, sofrendo como consequência da queda lesões corporais. Em decisão de 26/02/2000, o TS anulou a sentença do tribunal de instância que havia condenado o motorista pelas lesões do passageiro, com o argumento de que nos casos em que a vítima opta por criar com sua ação um perigo bem maior que o realmente gerado pelo autor, sem uma justificação especial, os resultados que sejam produto da introdução deste novo perigo mais grave não devem ser imputados ao dito autor, pois na ponderação entre o perigo corrido e o perigo assumido tem singular relevância a diferença hierárquica dos bens jurídicos afetados e a configuração real da situação na qual o agredido se encontra, quer dizer, entre o risco de perder parte do seu patrimônio ou a própria vida, a vítima decidiu optar por este último; *2)* em decisão de 30/12/1996, o TS anulou a condenação pelo delito de lesões corporais imposta a um indivíduo que, ao agredir e ameaçar de morte a sua esposa, "forçou" que esta, para escapar de tal violência, se jogasse de uma altura de três metros, machucando-se ao cair sobre o solo. O argumento do TS foi o de que o resultado (lesões) não se quedou dentro do âmbito de proteção da norma.

Segundo Gimbernat Ordeig, que em sua construção teórica defende uma análise *cum grano salis* dos reflexos dogmáticos do comportamento da vítima no evento delituoso, o raciocínio utilizado pelo TS para solucionar o primeiro caso não convence, uma vez que, independentemente de a vítima ter autocausado lesões para evitar um ataque atual a sua liberdade deambulatória – pois já não mais queria permanecer no veículo – e uma agressão com uma navalha caso não entregasse os pertences que trazia consigo, não se pode dizer que ela optou por criar, com a sua ação, um perigo muito maior do que o realmente gerado pelo autor, sendo determinante para se imputar as lesões ao condutor o fato de que não se trata de uma impune participação em uma autocolocação em perigo consentida, já que este pretenso consentimento na situação de risco, ao estar condicionado por uma coação delitiva, é ineficaz.

Ademais, argumenta que o resultado provocado imprudentemente pelo condutor era-lhe perfeitamente previsível, pois a vítima havia insistido para que parasse ou se atiraria do veículo em movimento, fazendo inclusive o gesto de abrir a porta[859].

Quanto à última situação, o penalista espanhol afirma que, em primeiro lugar, o critério do fim de proteção da norma não se aplica aos casos de autocolocação em perigo, e, em segundo plano, aduz que diante da agressão física atual e das ameaças de morte sofridas pela vítima, era previsível que esta, para livrar-se, buscasse estar fora do alcance do potencial homicida o mais rápido possível, de modo que o comportamento imprudente do agressor (marido) em relação às possíveis lesões que a vítima poderia sofrer para escapar do seu intento homicida pela via que se oferecesse como a mais eficaz, fundamenta a responsabilidade do autor pelas consequências lesivas sobrevindas, não sendo, portanto, a autocolocação em perigo da vítima reconduzível a um consentimento válido, o que veda a exclusão da imputação objetiva do resultado ao autor[860].

Em ambos os casos, as críticas dirigidas pelo professor Gimbernat Ordeig aos pronunciamentos definitivos do TS são inteiramente coerentes com a postura restritivista que adota, sobreposse quando defende a ausência de voluntariedade do ato, na medida em que praticado sob coação – o possível dano ao patrimônio – ou para livrar-se de um mal maior, deduzido da ameaça de morte sofrida pela vítima, fatores que retirariam a autonomia e a relevância penal da autocolocação em risco[861]. Inobstante, entendemos que os casos se enquadram no instituto da *ação a próprio risco* quanto à lesão, pois assim como o autor a vítima tinha, em cada situação, plena consciência das consequências danosas do seu ato extremo, ainda que praticado em virtude de desespero. O instituto da autocolocação em risco não pode ser restringido a esse ponto, o que sufocaria a sua *ratio*, sendo incabível responsabilizar terceiro pelo resultado advindo de conduta consciente de outrem, no caso a própria vítima, que sopesou e escolheu qual bem jurídico merecia uma maior proteção da sua parte, tendo, a partir deste momento, controle real sobre o perigo ao fim materializado. Todavia, isso não retira a responsabilidade do autor pelas ameaças e lesões que eventualmente tenha praticado, bem como pela tentativa de cometimento de crime contra o patrimônio. A questão da suposta coação, que

---

859 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), p. 96-97.

860 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva..., op. cit., p. 97.

861 Neste prisma, o *consentimento eficaz*, mencionado por alguns autores, seria um elemento para situações específicas, como se pode observar também no exemplo seguinte: *o motorista responderia por homicídio ou lesões imprudentes – ou até por dolo eventual, se presentes os requisitos deste –, no caso em que a vítima se joga do seu carro para não sofrer agressão sexual*.

é bastante relevante, há de ser esmerilada a par da liberdade concreta de agir do sujeito lesado.

Por fim, merece ser destacado que mortes por afogamento em alto mar de quem viaja como passageiro em embarcações, tendo como móvel as condições climáticas adversas, verificado que a vítima tem igualmente ao terceiro condutor consciência dos riscos aos quais se submete, não se enquadrando no conceito de vulnerabilidade, não podem ser tratadas como homicídio culposo, pois presume-se que nessas circunstâncias ambos assumiram o risco pelo resultado lesivo que se materializou. Assim como ao autor, cumpre à vítima a responsabilidade primária no sentido de providenciar todos os meios protetivos que estejam ao seu alcance. Mais uma vez, essa situação se amolda ao instituto vitimodogmático da heterocolocação em risco consentida[862], de maneira que resulta inapropriado se falar em responsabilização criminal do condutor, mesmo a título de culpa. No famoso "caso do barqueiro", em que o acusado atravessou o rio Memel após reiteradas insistências das vítimas, que foram por ele previamente advertidas dos elevados riscos da travessia, o *Reichsgericht (Tribunal do Reich)* absolveu o barqueiro, fundamentando a decisão no fato de que, tal qual este, os viajantes conheciam os perigos inerentes à consecução da empreitada, o que faz desaparecer, segundo acertadamente definiu a instância jurisdicional alemã, a infração do dever característica da imprudência[863].

---

[862] Vale dizer, o sujeito, consciente do perigo ao qual se expõe, autoriza que outrem o coloque em risco. O caso pode ser variado, exsurgindo a hipótese de "participação em uma autocolocação em risco", se ficar comprovado que a vítima, por exemplo, além de deter um poder de evitação do resultado compatível ao do autor, desenvolvera algum ato essencial para a conformação do acontecimento. Nada obstante, em um e outro institutos, conforme visto, a solução – exclusão da tipicidade – é a mesma.

[863] Os dois viajantes morreram afogados. Cf. C*aso del barquero* em: MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima…*, op. cit., p. 27-28. Cumpre mencionar, outrossim, o *caso do conductor ébrio,* também avaliado por Meliá, em que o acusado, estando embriagado, se deixou convencer por um amigo para que o levasse em casa, sendo que no trajeto, um erro de condução produziu a morte do amigo (Cf. *Conducta de la víctima…*, op. cit., p. 27). Entendemos que este caso reclama uma análise da vulnerabilidade da vítima, se existente antes ou após a decisão tomada, o que definirá se a absolvição seria a atitude defensável nos moldes vitimodogmáticos, ressaltando-se que o *Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe* condenou o acusado. Duas outras situações, lembradas por Juarez Tavares, comportam referência, uma vez que a elas se aplica idêntica solução: *a)* Querendo chegar de qualquer modo a um determinado lugar, "A" insiste com "B" para que este dirija mais depressa, apesar de estar chovendo e a pista estar escorregadia. Embora relute a princípio, "B" acaba cedendo aos insistentes apelos de "A", vindo a derrapar e produzir lesões no passageiro; *b)* "A", como passageiro de um veículo, não aceita colocar o sinto de segurança; em consequência disso, numa freada normal do veículo, mas um pouco mais intensa, golpeia a cabeça no pára-brisa, sofrendo uma grave lesão. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 294.

8. CONCLUSÕES

As temáticas alinhavadas ao longo dos capítulos que compõem esta tese doutoral levam a algumas conclusões inarredáveis, consoante se observa logo a seguir:

1. Apesar de tratarem do mesmo tema, qual seja, a *vítima*, a *teoria da vitimologia* e a *vitimodogmática* são realidades inconfundíveis, o que se constata pelas abordagens diversas que fazem em torno desse objeto comum. A vitimologia se desdobra em *clássica ou tradicional* e *moderna ou nova*. Esta se preocupa basicamente com os interesses das vítimas de crimes e conflitos outros, nacionais ou transnacionais, ganhando relevância na crista dos movimentos criminológicos e vitimológicos de redescobrimento da vítima, enfatizada como sujeito de direitos. De sua vez, a vitimodogmática encontra na vitimologia clássica a sua origem mais palpável, porquanto tem no comportamento da vítima o fator central das considerações sob as quais se debruça. Ao passo que a vitimologia sempre esteve mais próxima da criminologia, já que a análise comportamental da vítima que ela fomenta tem o objetivo fundamental de construir tipologias para em vista delas se estudar os fenômenos da criminalidade e assim criar soluções para contê-la etc., a vitimodogmática exsurge como elemento que integra a teoria do delito, produzindo respostas eminentemente dogmáticas para os problemas de imputação quando a vítima, pelo seu proceder, de algum modo contribui para o risco ou a materialização da lesão.

2. Com a introdução pela vitimodogmática da perspectiva vitimológica na dogmática jurídico-penal, nasceram duas ideias centrais acerca das consequências do comportamento desenvolvido pelo sujeito *ab initio* apontado como vítima. Para a primeira, também chamada de postura majoritária, a atitude do lesionado que de algum modo contribui para a sua vitimização será considerada unicamente na determinação judicial da pena a ser atribuída ao agente, o que significa dizer que não haverá exclusão do crime, mas apenas a minoração do peso da responsabilidade penal diante do reconhecimento da relevância mediana, pode-se assim afirmar, do contributo da vítima para a sua ocorrência. Já a segunda, considerada radical, sustenta que a participação da vítima no evento arriscado ou danoso tem o condão de retirar-lhe o caráter criminoso, disso redundando uma completa isenção da imputação ao terceiro (autor ou partícipe, a depender do caso).

3. A teoria da imputação objetiva responde adequadamente questionamentos de determinação da responsabilidade criminal quando presente uma participação decisiva da vítima, seja o acontecimento imprudente ou doloso. Assim, diz-se que a concorrência simultânea de uma imprudência da vítima e do autor poderá ir do rebaixamento do grau da

infração ao dever objetivo de cuidado à própria (in)existência do crime. Isso implica que a corresponsabilidade da vítima, desde que atue com liberdade e consciência, tem o potencial de fazer com que se minore ou se negue a imputação do resultado produzido à conduta do autor. Por exemplo, se de modo simultâneo ou posterior à conduta do autor da lesão tem lugar uma intervenção de relevo da vítima, mediante ações ou omissões dolosas ou imprudentes, que determinem a agravação do resultado previsível, dito resultado mais grave não será imputado objetivamente ao autor. Da mesma forma, se desde uma perspectiva *ex ante* houve a assunção do risco pela vítima e esse risco se realizou no resultado danoso, não há que se imputar o fato ao terceiro/autor, pois o âmbito de proteção da norma incriminadora não alcançará tal situação.

4. O horizonte vitimológico, que mira os efeitos dogmáticos da interação dos sujeitos evolvidos no fato, opõe-se ao enfoque tradicional ou causalista da teoria do delito, para o qual o sucedido não passa de um fenômeno linear, com um autor e uma vítima passiva, mero receptáculo da ação e do dano como causação imediata daquela. No novel contexto apresentado nesta pesquisa, afigura-se crucial identificar se em um momento *ex ante* houve, por via da ação, a criação de um risco relevante ou desaprovado e, em momento *ex post*, se este risco se realizou precisamente no resultado produzido, sendo imprescindível à esta análise conjuntural discutir a relevância jurídico-penal do comportamento da vítima. Deve-se ressaltar, contudo, que nem todas as vertentes vitimodogmáticas se resolvem mediante o empuxo da teoria da imputação objetiva do resultado (*v.g.*: quando há conduta provocativa da vítima, que faz recair questionamentos sobre o merecimento de proteção via direito penal).

5. A vitimodogmática tem um amplo espectro de incidência, não se limitando à teoria do delito, uma vez que as nuances comportamentais do sujeito vitimizado são avaliadas pelo legislador quando da formatação dos tipos penais e respectivas cominações abstratas. No que concerne aos elementos constitutivos do crime, seja para descaracterizá-lo (e aqui não haverá que se falar em vítima) seja para minimizar as suas consequências em relação ao autor, tem-se uma miríade de possibilidades. Na legítima defesa, por exemplo, a vítima pode se transformar em autor de um fato *a priori* amoldável à descrição típica do homicídio (art. 121, CP), mas esta conduta será justificada pela conduta injusta do anterior agressor. De outra banda, situações há em que o comportamento da vítima servirá como fator de medição ou determinação do grau de culpabilidade, podendo influenciar na exigibilidade de conduta diversa e na atenuação da reprimenda. Para além disto, a pesquisa avançou sobre o elemento tipicidade, debruçando-se em torno da necessidade de sistematização do conceito vitimodogmático em estruturas dogmáticas cuja função é evidenciar, cada qual a seu modo, as situações em que deverá haver a sua supressão. Uma análise da Parte especial demonstra a operatividade e

concreção do instituto, mesmo *de lege lata*, no direito brasileiro.

6. Os efeitos da vitimodogmática se materializam na dogmática da teoria do delito a partir da funcionalidade das estruturas que definimos como seus elementos constitutivos, merecendo destaque: o princípio vitimológico, criado e desenvolvido por Bernd Schünemann, com aplicação dentro dos limites interpretativos de determinados tipos penais, em sua maioria ligados ao âmbito patrimonial; o princípio constitucional de autorresponsabilidade, que realiza o valor inalienável da autonomia e autoriza a exclusão da imputação quando a vítima, violando o dever de autoproteção, contribui através de ações arriscadas para o advento da lesão ao seu bem jurídico, o que em outras palavras levará a imputação do resultado ao âmbito da própria vítima; auto e heterocolocação em risco consentidas, nas quais também se verifica a chamada competência por organização conjunta entre autor e vítima, ressaltando-se que apenas na primeira esta detém um maior poder de evitação do dano ao qual voluntariamente se sujeita; e consentimento do ofendido, cuja validade e eficácia, nos termos da teoria monista, têm o condão de excluir a tipicidade do resultado provocado pela ação do terceiro interveniente.

7. A organização conjunta, que determina a não imputação penal ao terceiro participante do evento perigoso ou lesivo, pode ir desde um mero ato comunicativo, como, por exemplo, o pedido para que o autor ou a vítima realize algo, até levar a cabo a atividade arriscada. Nesse sentido, o importante é que a interação entre vítima e autor crie um contexto comum de um mesmo significado objetivo, que se determina consoante padrões normativos, guiados pela noção de autonomia da vítima. O critério decisivo é determinar se o contato social entretido atinge uma definição que não depende do arbítrio dos intervenientes.

8. Para que a atuação a próprio risco da vítima exclua a imputação ao terceiro, exige-se a reunião de pelo menos três pressupostos básicos: *1)* a atividade arriscada, conforme já pontuado no item anterior, deve permanecer no âmbito do organizado conjuntamente por autor e vítima, ou seja, para que haja autolesão, a vítima deve ter sob seu controle a decisão acerca de como se desenvolve a situação perigosa; *2)* a vítima deve ser um sujeito autorresponsável, com capacidade para calcular a dimensão do risco, que deve ser conhecido ou cognoscível; *3)* o terceiro não deve ter uma especial situação de proteção frente ao bem jurídico, é dizer, não deve ostentar uma posição de garante em face da pessoa que se autocoloca em perigo.

9. A tarefa do garantidor, entretanto, não consiste em evitar que o indivíduo garantido se coloque em perigo, pois não compõe a sua *ratio essendi* impedir a prática de condutas conscientes e responsáveis. Nota-se que a vontade livre e consciente da vítima, que confere legitimidade ao exercício de sua autodeterminação, impõe-se como fator de limite à

punição, ao excluir a imputação objetiva de uma considerável gama de condutas típicas, nomeadamente as culposas. Tem-se que se o dever de garantia puder em todos os casos desafiar o princípio da autorresponsabilidade ou algum valor de conteúdo jurídico-natural, qual o é a autonomia individual, o comportamento da vítima perderá relevância para a dogmática da teoria do delito, o que não faz sentido se considerarmos quão largo é o alcance jurídico-penal da vitimodogmática.

10. Aceitam-se como legítimas as aproximações vitimodogmáticas em face de uma atividade arriscada tão-somente quando a vítima detenha cognição suficiente acerca do significado da conduta que *ab initio* leva a efeito, não sendo determinante a verificação *ex post* da situação de vulnerabilidade. Consciência, capacidade e voluntariedade se afiguram como elementos indispensáveis à consubstanciação de uma ação a próprio risco do sujeito lesionado. Deve-se atentar, porém, que a competência da vítima também excluirá a responsabilidade alheia quando, observadas as nuances do caso concreto, houver elementos suficientes para se coligir que o perigo lhe era ao menos *conhecível*.

11. Subjacente à configuração do tipo penal há um difícil trabalho legislativo, voltado às escolhas das condutas criminalizadas e dos respectivos limites (mínimo e máximo) de pena a ser abstratamente cominada, e neste momento também se mostra fundamental entender a relevância dos fatores de ordem vitimológica (p. ex., a chaga social da pedofilia motivou o estabelecimento de uma elevada pena mínima de oito anos para o crime de estupro de vulnerável). No outro vértice, a lente vitimodogmática faculta ao intérprete, ao avaliar a chamada *fundamentação pela competência por organização*, distinguir se a responsabilidade pelo acontecimento realmente incumbe prioritariamente à vítima, para só então proceder à elisão da responsabilidade penal do autor.

12. Em síntese, a vitimodogmática é uma realidade da qual a ciência penal não pode prescindir. Diferencia-se da vitimologia, mas com ela se relaciona, assim como com a criminologia e a política criminal. Embora não haja positivação expressa dos principais institutos que a integram (*v.g.*: princípio vitimológico e autocolocação em risco), a sua fundamentação se dá com base na interpretação permitida do ordenamento jurídico pátrio, mormente quando a decisão que entende aplicá-la calca-se em princípios de dignidade constitucional, a exemplo da proporcionalidade da pena, da liberdade e da igualdade. Se por um lado o legislador decidiu positivar diversos dispositivos para expressamente albergar os corolários da nova vitimologia, do outro tem-se que a ordem jurídica, analisada harmoniosamente em sua completude, não se mostra infensa a aceitação da vitimodogmática como fator limitador do poder punitivo do Estado nas ações arriscadas da vítima.

13. Diferentemente de outros países, como Alemanha e Espanha, no Brasil os estudos sobre a vitimodogmática, bem como o seu reconhecimento pelos tribunais, lamentavelmente ainda são tíbios. Tudo indica que esta seja uma forte razão pela qual o legislador não se preocupou (ou se preocupa) em positivar expressamente os principais institutos vitimodogmáticos. A tudo isso, junte-se a inegável – e equívoca – impressão de *culpabilização da vítima*, sujeito mais fraco, que o conceito em um primeiro momento enseja. Nesse sentido, a pesquisa debruçou-se em esclarecer que aquele que se autocoloca em risco, realizado no resultado a princípio não desejado, ou validamente anui à lesão ao seu bem jurídico, não pode, no rigor técnico-jurídico do termo, ser considerado vítima, pois nesta situação não há crime. Com isso, buscou-se minimizar certos tipos de preconceitos que não devem ter lugar no âmbito acadêmico, onde se constrói a verdadeira ciência.

14. Por todo o exposto, pode-se afirmar que o caráter inovador desta tese consiste precisamente em apresentar mecanismos ou instrumentos dogmáticos que possibilitem a formatação de uma teoria do delito orientada à figura da vítima, cujo comportamento arriscado haverá de determinar a medida da responsabilidade criminal do autor e, mais que isso, isentá-lo completamente de tal responsabilidade, por exclusão da tipicidade.

REFERÊNCIAS

AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando. (Ed.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Trad. de Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el Derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 22, 2008, p. 135-153. Disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176658/06+Reyna.indd.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal:* Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. de Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 5, p. 5-24, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco:* rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal.* La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

BENTHAM, Jeremías. *Compendio de los tratados de legislación civil y penal* (con notas por D. Joaquim Escriche), Tomo II. 2. ed. Madrid: Librería de la viuda de calleja e hijos, 1839.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz. *Vniversitas,* Bogotá (Colombia), n. 110, p. 461-487, jul./dic. 2005.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia.* Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000a.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal.* Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito:* uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. v. 1, 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 2, 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. v. 4, 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima.* São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1970.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Publiesi et al. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito:* la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto. Trad. de Alfredo Chirino Sáchez. Madrid: Monografía Ciências Jurídicas/Mc Graw Hill, 1999.

BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicismo penal. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime.* v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. In: *Revista Sequência,* Florianópolis/SC, n. 68, p. 59-89, jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Assembleia Nacional Constituinte,* Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.093, de 23 de março de 1994. Regulamenta a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, que cria o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 23 mar. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1093.htm>. Acesso em: 23 ago.

2019.

BRASIL. Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000. Regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos arts. 2º, § 2º, 4º, § 2º, 5º, § 3º, e 15 da referida Lei. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 21 jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3518.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 9 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 2 out. 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968. Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 19 jul. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5474.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União,* Brasília, 6 jan. 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do

Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União,* Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial da União,* Brasília, 14 jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera

o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União,* Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. *Diário Oficial da União,* Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União,* Brasília, 7 out. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União,* Brasília, 25 mai. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos

crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). *Diário Oficial da União,* Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 10 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 13 jan. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Das penas.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CALHAU, Lélio Braga. *Vítima e direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal.* São Paulo: Sugestões Literarias, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 329-344.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal,* parte general. Tomo I. Trad. por Octavio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco. San José, C.R.: Editorial Jurídica continental, 2000.

CARVALHO, Beni. *Sexualidade anômala no direito criminal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2013, vol. 104, p. 279-303.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social.* Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 0147530-07.2016.8.06.0001. *Ceará,* Fortaleza, 2016.

CORNACCHIA, Luigi. *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo.* Roma: Aracne, 2012.

DAVID, Pedro R. Measures to protect victims of crime and the abuse of power in the criminal justice process. *Resource material series,* n. 70, UNAFEI, Fuchu, Tokyo, Japan, p. 92-105, nov. 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado.* 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material, *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, 1982, pp. 38-53.

DÍAZ, Gerardo Landrove. Las víctimas ante el derecho espanol. *Revista de Estudios Penales e Criminológicos,* Santiago de Compostela. v. 21, p. 168-207, 1995. Disponível em: <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista de Estudios Penales Y Criminologicos/Numeros21a25>. Acesso em: 17 jul. 2016.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 881110, 20120510022988APR, Rel. George Lopes. *Brasília,* DF, 2015.

DOMÍNGUEZ, Marcelo. Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima. *Instituto Uruguayo de Derecho Penal,* Montevideo, n. 4, Uruguay, 2016. Disponível em: http://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/72.

DUSSICH, John P. J. The Evolution of International Victimology and its Current Status in the World Today. *Journal of Victimology,* n. 01, Huygens Editorial, Barcelona, 2015, p. 37-81.

DUSSICH, John P. J. Victimology – past, present and future. *Resource material series,* n. 70, UNAFEI, Fuchu, Tokyo, Japan, nov. 2006, p. 116-129.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3-4.

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. In: MAIER, Julio et al. *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro. Trad. de María del Mar Daza B. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Andalucía, España, núm. 16-r2, 2014.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of Criminal Law:* Harm to Self. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza creativa. *Questione Giustizia,* n. 4, p. 13-32, 2016. Disponível em: http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf. Acesso em: 20 out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón:* Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia. v. 3. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2011.

FERRI, Enrico. *O delicto passional na civilização contemporânea.* Trad. de Roberto Lyra. São Paulo: Saraiva, 1934.

FLETCHER, George P. The Place of Victims in the Theory of Retribution. *Buffalo Criminal Law Review,* v. 3, n. 1, p. 51-63, apr. 1999.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. *Conduta da vítima de crime na dogmática penal:* análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Trad. de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. Trad. Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pp. 19-67.

FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. Trad. Ricardo Robles Planas. In: *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal,* Barcelona, Atelier, 2004, pp. 19-67.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte especial, crimes contra a pessoa. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal:* parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIL GIL, Alicia. Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. In: *InDret, Revista para el análisis del derecho penal.* Barcelona, p. 1-34, abr. 2016. Disponível em: <http://www.indret.com/es/interior.php>. Acesso em 10 mar. 2018.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal.* 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º extraordinario 2 (2004), pág. 75-100.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Tiene futuro la dogmática juridicopenal?.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería, 1983.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica:* perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRANT, José Zamora. La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio. *Instituto de investigaciones jurídicas,* Serie Juicios Orales, n. 11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 112-127.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro et al. *Crimes contra a dignidade sexual.* São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal:* direito penal, aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 95, p. 43-84, 2012.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GRECO, Luís et alii. *Parte geral do código penal:* uma proposta alternativa para o debate; versão revisada e ampliada. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso e legítima defesa.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GULLOTA, Guglielmo. *La vittima.* Milano: Giuffré, 1976.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação.* Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H. L. A. *O conceito de direito.* Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Trad. de Rocío Cantarero Bandrés. *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Madrid: Centro de Publicaciones, 1990, v. 43, p. 241-259.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípio da filosofia do direito.* 2. ed. Trad. de Norberto de Paula. São Paulo: Ícone, 1997.

HENTIG, Hans Von. *The criminal and his victim:* Studies in the sociobiology of crime. New York: Schocken Books, 1979.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista chilena de derecho,* Vol. 37, Nº. 1, 2010, págs. 9-41.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HILLENKAMP, Thomas. Viktimologische Grundfragen am Beispiel eines Vergewaltigungsfalles. In: H. Jung (Hrsg.). *Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug.* 2. Aufl. 1988, S. 85.

HILLENKAMP, Thomas. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur "viktimologischen Maxime" als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *ZStW,* 129 (2017), S. 596 ff.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. Traducción de Elena Carranza. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Trad. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Versão digital disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos:* o breve século XX: 1941-1991. Trad. de Marcos Santarrita. 2. ed., 55. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo:* da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Trad. de Francisco Baldó Lavilla. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Año 1994 – Número 3, Madrid, pp. 343-356.

HUBER, Barbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de liberdad. Trad. de Patrícia Laurenzo Copello. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Año 1994 – Número 3, Madrid, p. 155-176.

HUME, David. *Tratado da natureza humana.* 2. ed. Trad. de Débora Danowski. São Paulo: Unesp, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. rev. e atual. Vol. I, Tom. 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato:* um desenho hermenêutico da ofensividade. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal.* Trad. de André Luís Callegari. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal.* Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Trad. de Manuel Cancio Meliá *et al*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich et al. *Tratado de derecho penal:* parte general. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal.* La ley y el delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Trad. de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

KARMEN, Andrew. *Crime victims:* an introduction to Victimology. 7 ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* Tradução de Luís C. Borges. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KILLIAS, Martin. *Précis de criminologie.* 2. ed. Bern: Staempfli, 2001.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia e direitos humanos: uma boa parceria. *Revista da Faculdade de Direito de Campos,* Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 123-140.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas.* 9. ed. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl et al. *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie.* Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1931.

LARRAURI, Elena. Victimologia: Quiénes son las víctimas? Cuáles son sus derechos? Cuáles sus necesidades? *Victimología:* presente e futuro. Bogotá: Temis, 1993.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal.* México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal.* 3. ed. Traducido de la 20. ed. alemana por Luis Jimenez de Asua. Madrid: Reus, 1929. t. II.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC,* Bogotá, 25.2006, p. 115-174.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal:* parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y Dogmática jurídica.* Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre

la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 42, 1989, págs. 889-914.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Principio de alteridad o de identidad *vs.* principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. In: *Revista Nuevo Foro Penal,* vol. 6, n. 74, p. 58-80, 2010.

MAIER, Julio B. S. La víctima y el sistema penal. In: MAIER, Julio B (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro:* o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2012.

MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* Vol. II. São Paulo: Edição Saraiva, 1956.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTÍN, Joaquín Delgado. La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el processo penal. In: GONZÁLEZ, Juan Pablo González. *Panorama actual y perspectivas de la victimología:* la victimología y el sistema penal. Madrid: Consejo General del Poder Judiciario, 2007.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal, parte general:* teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. de la 7a ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, v. 1.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos:* o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial:* un estudio sobre el alcance de la autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras. Lima: Edit. Grijley, 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. Algunas reflexiones sobre lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal.* Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal:* estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arraigadas. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1997.

MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima:* imputación a la víctima. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

MELIÁ, Manuel Cancio. La teoría de la adecuación social en Welzel. In: *ADPCP,* Fasc. II, 1993, pp. 697/729.

MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la Teoría del Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 25, p. 23-57, 1999.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MENDES, Gilmar et al. Art. 245. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2180-2181.

MENDELSOHN, Beniamin. Methods to be used by Counsel for the Defense in the Researches made into the Personality of the Criminal. *Revue de Droit Penal et de Criminologie.* France. August-October/1937.

MENDELSONHN, Benjamin. *The origin of the doctrine of victimology.* Dans: I. Drapkin et E. Viano (dir.). Victimology. Lexington MA, Lexington Books, 1963.

MERQUIOR, José Guilherme. *Michel Foucault ou o niilismo de cátedra.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal.* Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0223.98.018797-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. *Minas Gerais,* Belo Horizonte, 2008a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0441.05.001741-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. *Minas Gerais,* Belo Horizonte, 2008b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0474.12.002076-0/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos. *Minas Gerais,* Belo Horizonte, 2019.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal.* Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal:* fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana G. e José Carlos Nobre. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 05-05, p. 1-19, 2003.

MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica:* técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* 2.ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco et al. *Derecho penal:* parte general. 5. ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica:* uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. do original alemão por Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* Introdução e parte geral. Vol. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 16. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 7.ª ed., rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual.* 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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 ou programado pela vítima. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. A pena de prisão no brasil: contradições, desproporcionalidade e ausência de isonomia na sua aplicação. In: Gustavo Noronha de Avila et al (Coord.). *Criminologias e política criminal:* Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. 1.ed. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 185-210.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 26, vol. 142, p. 133-170, abr./ 2018.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Legislação penal e teoria da vitimologia.* 2. ed. rev., atual e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PALMA, Mauro. Principia iuris de Luigi Ferrajoli. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 31 (2008), p. 289-298.

PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia:* história, teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 78112-8 – Rel. Des. Ozael Veloso. *Pernambuco,* Recife, 2002.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia:* evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *A coação irresistível no direito penal brasileiro.* 2. ed. Belo Horizonte: Editora LEMI, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal:* parte geral. v. 1, 15. ed., rev., atual e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 114-132.

PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal*. Coord. Beatriz C. Camargo et al. Trad. de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RANGEL, Paulo et al. *Lei de drogas:* comentários peais e processuais. 3. ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* Trad. de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo.* São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Vol. 1. 1. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *ADPCP,* T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 933-968. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/4.5reyes-alvarado.pdf. Acesso em 18 set. 2019.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología.* Vol. 25, Núm. 75 (2004), Bogotá, pp. 245-289.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal.* Org. e trad. de André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 39, p. 11-31, jul./set. 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. T.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* 3. ed. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. In: MAIER, Julio (comp.). *De los delitos e de las víctimas.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 129-156.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., p. 23-37, 2003.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal.* Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2ª ed., 1ª reimpr. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicídio.* Conferência apresentada na Escola Alemã de Ciências Criminais 2018. Universidade de Göttingen, 1º de outubro de 2018.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *O direito penal liberal em Montesquieu.* Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 7. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2006, vol. 58, p. 289-298.

SCAPUSIO, Beatriz; FERNÁNDEZ, Lina. Concurrencias de culpas o concurrencias de riesgos. *Revista Ciencias Penales,* Montevideo, n. 4, 1998.

SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar:* dramas, princípios e alternativas. 3. ed., rev., atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, in: Schünemann (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug,* 2002, S. 51 - 87.

SCHÜNEMANN, Bernd. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas. *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal.* Trad. de Luis Reyna, Lima: Grijley, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de "ultima ratio" en derecho penal. In: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Colección autores de derecho penal.* Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y de la parte especial. In: HERNÁNDEZ, Moisés Moreno (Coord.). *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI,* Editorial Ius Poenale, México D.F., p. 87-113, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 147-178.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del Derecho penal y victimodogmática. Traducción de Mariana Sacher. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al (Ed.). *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo.* Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SICURELLA, Sandra. Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza,* v. 6, n. 3, p. 62-75, set./dic. 2012.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima.* Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Evandro Lins e. *A defesa tem a palavra.* 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal

nas sociedades pós-industriais. Trad. de Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal.* Trad. de Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº 15, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La víctima en el futuro de la dogmatica. In: IPIÑA, Antonio Beristain (dir.). *Victimología:* VIII Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, pp. 229-235, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena*? Sobre as doutrinas penais de "luta contra a impunidade" e do "direito da vítima a punição do autor". Trad. de Lucas Minorelli. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS,* Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 72-92, jul./dez. 2014.

SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 2013, vol. 104, p. 53-99.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I:* El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá et al. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes. *Indret,* Barcelona, n. 4, 2013. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/957.pdf. Acesso em: 26 de set. 2019.

STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:* um debate com Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no *REsp nº 1.424.233*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 03/08/2017, publicado em 10/08/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC nº 46.525,* Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 21/03/2006, publicado em 10/04/2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1084540/RS*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 07/05/2009, publicado em 01/06/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1084540/RS*, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 07/05/2009, publicado em 01/06/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1.480.881-PI*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, julgado em 26/08/2015, publicado em 10/09/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº 1580438*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 05/04/2016, publicado em 23/02/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADC nº 19,* Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, publicado em 29/04/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 4424,* Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, publicado em 01/08/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADO nº 26,* Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, ata de julgamento publicada em 28/06/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF nº 54,* Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado em 30/04/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF nº 442,* Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática indeferitória da Medida Cautelar, julgado em 28/11/2017, publicada em 29/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 98.711,* Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 15/02/2011, publicado em 24/03/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 124.306,* Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 29/11/2016, publicado em 17/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 126.292,* Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, publicado em 17/05/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 127.186,* Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, julgado em 28/04/2015, publicado em 03/08/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI nº 4733,* Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, ata de julgamento publicada em 28/06/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC nº 117076,* Rel. Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgado em 1º/08/2019, publicada em 02/08/2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito:* repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal.* Parte General. Cuarta Edición. Bogotá: Edit. Comlibros, 2009.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Trad. de André Telles. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal.* Parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. de José Cerezo Mir. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. de Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

WESSELS, Johannes. *Direito penal, parte geral:* aspectos fundamentais. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

WOLFGANG, Marvin. Victim preciptated criminal homicide. *Journal of criminal law and criminology,* Criminology and Police, New York, 1957, vol. 48, p. 1-11.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista:* a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Trad. de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. de Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. v. 1, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* justiça restaurativa para o nosso tempo. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZINI, Júlio César Faria. *A consideração do comportamento da vítima na gênese da teoria geral do delito:* uma análise crítica da vitimodogmática. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2008.