

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Lucas Andre Netto Cardoso

**O comportamento da vítima na aplicação da pena entre o Direito Penal e os
Direitos Humanos**

Mestrado em Direito

São Paulo
2017

Lucas Andre Netto Cardoso

**O comportamento da vítima na aplicação da pena entre o Direito Penal e os
Direitos Humanos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos Humanos, sob a orientação da Professora Doutora Carolina Alves de Souza Lima.

São Paulo

2017

Banca examinadora

“Apenas na medida em que pensa, isto é, em que é atemporal [...], o homem na plena realidade de seu ser concreto vive nessa lacuna temporal entre o passado e o futuro. Suspeito que essa lacuna não seja uma fenômeno moderno, e talvez nem mesmo um dado histórico, e sim coeva da existência do homem sobre a terra. Ela bem pode ser a região do espírito, ou antes, a trilha plainada pelo pensar, essa pequena picada de não-tempo aberta pela atividade do pensamento através do espaço-tempo de homens mortais e na qual o curso do pensamento, da recordação e da antecipação salvam o que quer que toquem da ruína do tempo histórico e biográfico. Este pequeno espaço intemporal no âmago mesmo do tempo, ao contrário do mundo e da cultura em que nascemos, não pode ser herdado e recebido do passado, mas apenas indicado; cada nova geração, e na verdade cada novo ser humano, inserindo-se entre um passado infinito e um futuro infinito, deve descobri-lo e, laboriosamente, pavimentá-lo de novo.”

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 39 e 40.

AGRADECIMENTOS

O presente excerto destina-se a registrar a felicidade por ter encontrado pessoas que contribuíram decisivamente para que o presente momento chegasse, resumindo-se, portanto, a explicitar gratidão.

Gratidão, com a devida licença ao protocolo, à Professora Doutora Carolina Alves de Souza Lima, minha orientadora, por sua paciência e atenção durante todo o percurso no mestrado acadêmico, tendo, com empatia e serenidade, compartilhado as diretrizes que permitiram o desenvolvimento da pesquisa.

Gratidão por, no trajeto acadêmico, já na graduação em Direito pelas Faculdades de Campinas (FACAMP), ter contado com o exemplo de pessoas vocacionadas à docência, que foram além da transmissão do arcabouço teórico programado, chegando a atingir o âmago de seus alunos no que diz respeito a uma sólida formação universitária e à conscientização da importância da busca pelo conhecimento e de transformação da realidade. Ao redigir estas palavras, impossível olvidar de toda força e incentivo do Professor Doutor Gustavo dos Reis Gazzola para que desse continuidade aos estudos no âmbito da pós-graduação, assim como do acolhimento, pelo Professor Doutor Paulo Magalhães da Costa Coelho, na decisiva etapa da orientação monográfica, seres humanos que, em sua conduta e dedicação diárias, inspiram a integridade a edificar o exercício da cidadania em sua excelência. Ainda nesse ambiente e sob tais aspectos, é que tive a alegria do contato e aprendizado com os Professores Doutores Luís Renato Vedovato, Emília Bretan, Emerson Tin e André Iglesias, entre outros tantos que cometo a inevitável injustiça de não citar nominalmente.

Gratidão pelo fato de a sequência de estudos ter se dado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), universidade a privilegiar uma formação humanística, transmitida por verdadeiros educadores, como o Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques, que diuturnamente compartilha com seus alunos a preocupação com a efetividade da dignidade humana. Foi na PUC/SP, aliás, que tive o prazer de aprender com mestres como os Professores Doutores Willis Santiago Guerra Filho, Wagner Balera e Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, este a quem agradeço, ademais, pelas sugestões e críticas para o aprimoramento do trabalho – como quanto ao marco

teórico e à perspectiva adotada na composição de seu próprio título– realizadas na banca de qualificação, que gentilmente compôs ao lado do Professor Roberto Ferreira Archanjo da Silva, a quem também agradeço.

Gratidão pela amizade, diálogo e compreensão de Carlos Gilberto, Oscar, Philipp, Ana Cláudia, Joyce, Thamires, Alexandre, Ryanna, Antônio, Michele, Roberta, Karina, Wellyngton, Dalton, Hélio, Juliana, Bárbara, Rafaela, José Tadeu, Fábio, Júlio, Ana Paula, Marília, André, Priscila, Guilherme, Moysés, entre outros tantos que não só me acolheram em circunstâncias de crise, mas com quem pude dividir uma série de momentos de alegria. Nesse contexto, é preciso destacar a inestimável contribuição de Thiago Rigamonti, em cuja companhia tive o prazer de trabalhar em diversos temas de Direito Público, e de Gustavo Toledo, não só pela generosidade em compartilhar uma série de livros pesquisados, mas também pelas ocasiões de debate quanto ao objeto de estudo.

Gratidão a todos aqueles que contribuem com a Biblioteca Nadir Gouvêa Kfourri, seja em seu trabalho diário, seja com a formação de seu acervo, fazendo-se pertinente menção a Edilaine Gonçalves pelo auxílio fundamental à pesquisa empreendida.

Gratidão à minha família: a minha mãe, pela dedicação, abnegação e amor que transcendem o alcance da razão; a meu pai, pela preocupação em nada nos deixar faltar e permanente inspiração à reflexão; e a meu irmão, pela companhia desde a infância e amizade, sempre.

RESUMO

A pesquisa ora empreendida visa à análise do comportamento da vítima de crimes na aplicação da pena colocando em perspectiva o Direito Penal e os Direitos Humanos. Aborda a construção de uma arquitetura internacional de proteção aos direitos humanos, simultânea ao desenvolvimento de estudos vitimológicos, em face das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, elencando instrumentos internacionais que propiciam a tutela da vítima de crimes e seu influxo perante a ordem jurídica brasileira. Parte, então, para uma análise sobre a pena e o tratamento conferido à vítima historicamente, selecionando-se a obra de determinados filósofos da Antiguidade, da Idade Média, da Idade Moderna e da Idade Contemporânea. Assim, discorre sobre o comportamento da vítima na fixação da pena diante da legislação brasileira, apresentando riscos aos direitos das vítimas e a atualidade de resquícios de um passado patriarcal. A partir de tais premissas, coteja o tratamento conferido à vítima em relação à aplicação da pena por legislação e doutrina internacional, propondo, em seguida, a partir de reflexões, críticas a fim de se buscar efetividade aos direitos humanos das vítimas de crimes.

Palavras-chave: direitos humanos; efetividade; comportamento; vítima; pena; Brasil.

ABSTRACT

The research undertaken analyses the behaviour of victims of crimes in the application of the penalty through the perspective of Criminal Law and Human Rights Law. It covers the construction of the international architecture of human rights protection, and the simultaneous development of victimology studies, that are a result of the atrocities committed in the Second World War, listing international instruments which provide for the tutelage of victims of crimes and the influence of these instruments in the Brazilian juridical order. The research then analyses the penalty and the historical treatment of the victim, selecting the work of philosophers of the Antiquity, Middle Ages, Modern Ages and Contemporaneous Age. As a result, it discusses the victim's behaviour vis-a-vis the penalty fixation in the Brazilian legal system, demonstrating the risks to the victim's rights and the presence of elements of a patriarchal past. Based on such premises, the work looks at the treatment given to victims with regard to the penalty application by international norms and legal doctrine, proposing criticisms to find effectivity to the human rights of victims of crimes.

Keywords: human rights; effectivity; behaviour; victim; penalty; Brazil.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I.....	14
1 OS DIREITOS HUMANOS E O MOVIMENTO VITIMOLÓGICO NO PERÍODO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	14
1.1 Afirmação dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial	15
1.2 O movimento vitimológico.....	22
1.3 Fontes normativas internacionais de proteção às vítimas e seu influxo sobre a ordem jurídica brasileira	29
1.3.1 Fontes normativas internacionais de proteção às vítimas.....	32
1.3.2 Influxo das fontes internacionais de direitos humanos sobre a ordem jurídica brasileira	41
CAPÍTULO II.....	47
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA E O TRATAMENTO CONFERIDO À VÍTIMA HISTORICAMENTE.....	47
2.1 Origens da pena e sua relação com a vítima.....	48
2.2 A pena e a vítima na Antiguidade	50
2.3 A pena e a vítima no período medieval	56
2.4 A pena e a vítima na modernidade	60
2.5 A pena e a vítima na contemporaneidade.....	68
2.5.1 Teorias retributivas em Kant e Hegel	69
2.5.2 A Escola Clássica: contribuições de Bentham e Carrara.....	71
2.5.3 As teses positivistas de Lombroso, Ferri e Garofalo	74

2.5.4 A Escola Correccionalista e a contribuição de Concepción Arenal	77
2.5.5 A Nova Defesa Social e a contribuição de Marc Ancel	78
2.5.6 Teorias da pena em Roxin, Jakobs e Ferrajoli.....	81
CAPÍTULO III	87
3 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA APLICAÇÃO DA PENA ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS	87
3.1 O comportamento da vítima na aplicação da pena de acordo com a legislação brasileira	88
3.2 Riscos aos direitos das vítimas diante do teor do artigo 59 do Código Penal vigente e resquícios de um passado patriarcal	94
3.3 Tratamento internacionalmente conferido ao comportamento da vítima na aplicação da pena.....	99
3.4 Perspectiva de futuro orientada pelos Direitos Humanos.....	105
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	113
REFERÊNCIAS DA INTERNET	123

APRESENTAÇÃO

A pesquisa a que se visa empreender é resultado de um projeto de vida, proporcionado pela graduação em Direito nas Faculdades de Campinas – FACAMP –, com especialização em Direito Penal, e pelas etapas vivenciadas no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Na constante busca pelo conhecimento, a fim de possibilitar o manejo do arcabouço teórico e prático apreendido com a experiência diante das intempéries do porvir, foi motivo de intensa satisfação o ingresso no núcleo de pesquisa em Direitos Humanos da PUC/SP.

Já na realização dos créditos iniciais, em Direito Penal, tornou-se possível contato com temas que permitiram o delineamento do objeto a ser pesquisado – consubstanciado, como o título indica, pela análise do comportamento da vítima entre o Direito Penal e os Direitos Humanos –, fazendo-se mister consignar a inspiração e o estímulo do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques para sua abordagem.

Os créditos na disciplina de Direitos Humanos, conduzida pelos Professores Doutores Wagner Balera e Carolina Alves de Souza Lima, trouxeram, pode-se dizer, o coração do presente trabalho, a reger a preocupação com a efetividade dos direitos humanos, tendo permitido contato com suas fontes, sistemas de proteção, instrumentos de tutela, possuindo como pano de fundo o arcabouço histórico, de avanços e retrocessos, para sua consolidação.

As disciplinas obrigatórias, compostas por Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, por sua vez, não poderiam deixar de receber menção, haja vista o senso crítico e estímulo à reflexão incentivados, respectivamente, pelos Professores Doutores Willis Santiago Guerra Filho e Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, perfazendo-se, assim, o decisivo ambiente a influenciar a empreitada levada a efeito.

INTRODUÇÃO

A pessoa humana, em suas diversas formas de organização – social, política, cultural, econômica, religiosa –, passou por uma série de conquistas no sentido do reconhecimento de seus direitos, tanto no âmbito interno dos Estados nacionais quanto no plano internacional, não sendo raros, contudo, os exemplos de retrocessos verificados no decorrer histórico, do que são exemplo as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

A afirmação dos direitos humanos desempenha, assim, um papel central, apresentando-se a preocupação com sua efetividade como eixo estruturante do presente trabalho, que tem como objeto a consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena entre o Direito Penal e os Direitos Humanos.

Adotando por marco teórico *Entre o passado e o futuro*, de Hannah Arendt, a inspirar seu próprio título, a pesquisa busca um quadro de referência para a obtenção de resposta à seguinte questão: ao considerar o comportamento da vítima na fixação da pena, o Direito Penal brasileiro se encontra em harmonia com as conquistas oriundas do reconhecimento dos direitos humanos no período subsequente à Segunda Guerra Mundial?

A pesquisa, que se vale do método científico, é apoiada em processo dedutivo, de abordagem qualitativa, visto que, a partir de fundamentos da Teoria Geral dos Direitos Humanos, analisa-se criticamente o teor do Código Penal brasileiro no que concerne à avaliação do comportamento da vítima na fixação da pena.

A dissertação tem como fontes obras nacionais e estrangeiras, tratados internacionais de direitos humanos, o ordenamento jurídico interno e, pontualmente, vale-se de resultados de pesquisas com abordagem qualitativa e de precedentes jurisprudenciais – a constituir uma pesquisa de natureza bibliográfica e documental.

Os limites da problematização se relacionam à dignidade humana, à efetividade dos direitos humanos, à aplicação da pena no Brasil e ao comportamento da vítima.

No primeiro capítulo, enfatizam-se as conquistas proporcionadas pelo reconhecimento, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, dos direitos

humanos, tendo como foco sua função de proteção às vítimas. Discorre-se, então, sobre o desenvolvimento dos estudos vitimológicos na busca de centralidade quanto ao papel desempenhado pelas vítimas no pós-guerra, coincidindo com a elaboração de importantes documentos de consagração de direitos humanos. Nesse sentido, são consideradas as fontes normativas relacionadas à tutela dos direitos humanos da vítima, bem como seu influxo sobre a Constituição Federal e legislação infraconstitucional brasileiras.

O capítulo segundo abarca um panorama histórico a respeito das penas, sendo abordado o tratamento conferido às vítimas nos variados períodos pelos quais passou a humanidade. Assim, tendo-se em vista o universo criminal, são traçadas linhas sobre a finalidade da pena, que perpassa por entendimentos relacionados à vingança, à retribuição e à prevenção em seus variados matizes, a partir do entendimento esposto em obras selecionadas de filósofos da Antiguidade, da Idade Média, da Idade Moderna e da Idade Contemporânea.

Em seguida, o terceiro capítulo engendra a abordagem conferida pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro ao comportamento da vítima na aplicação da pena, explicitando o momento em que este passou a ser expressamente previsto como circunstância judicial, bem como as justificativas expostas para tanto, entre outras disposições legais correlatas. Aborda elementos sociológicos hábeis a influenciar interpretações que culminem em violação aos direitos humanos da vítima no que diz respeito a seu comportamento como fator criminógeno, apresentando, ainda, o tratamento conferido à matéria em determinados países, a título comparativo.

No final, diante da lacuna entre a consideração do comportamento da vítima pelo Direito Penal brasileiro e os avanços propiciados pelo reconhecimento dos direitos humanos e pelo desenvolvimento dos estudos vitimológicos, propõe-se refletir sobre o tema, oferecendo-se críticas em busca de efetividade aos direitos humanos das vítimas de crimes.

CAPÍTULO I

1 OS DIREITOS HUMANOS E O MOVIMENTO VITIMOLÓGICO NO PERÍODO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

O período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial é paradigmático no caminho da afirmação dos direitos humanos. Como constatado por Bobbio, não obstante a crise na busca por seus fundamentos, “o problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização”.¹ Nesse sentido, o trabalho se propõe, no presente capítulo, a analisar as consequências do pós-guerra diante do relevante papel exercido pelas condições históricas no processo de consagração de direitos humanos, o que encontrou paralelo temporal com o desenvolvimento dos estudos vitimológicos.

Ainda que sua última edição tenha sido publicada no ano de 1968, as considerações trazidas por Arendt em *Entre o passado e o futuro* diante da quebra de tradição provocada pela dominação totalitária remanesçam atuais, podendo-se destacar a alienação do mundo, sua perda de permanência e de segurança, a crise da autoridade, a crise na cultura decorrente da supervalorização do entretenimento e do consumo e os riscos à liberdade, sem que necessariamente se perca, porém, a capacidade humana de “construir, preservar e cuidar de um mundo que nos pode sobreviver e permanecer um lugar adequado à vida para os que vêm após”.²

Nesse cenário, compreende-se a importância de se pensar sobre questões como aquela a que se propõe o presente trabalho, na busca de um futuro em que a dignidade humana encontre efetividade no que tange, entre outros aspectos, ao tratamento a ser conferido às vítimas de crimes na aplicação da pena estatal, mormente em um Estado regido pela prevalência dos direitos humanos e que adota a própria dignidade da pessoa

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23 e 24.

² ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 132.

humana como um de seus fundamentos, expressando, entre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

1.1 Afirmação dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial

Antes de se adentrar propriamente nas conquistas decorrentes do reconhecimento dos direitos humanos no período subsequente à Segunda Guerra Mundial, pertinente se faz aludir a entendimento de Comparato, para quem a percepção sobre a dignidade da pessoa humana e seus direitos tem sido, consideravelmente, resultado da dor física e do sofrimento moral, de modo que o remorso por atrocidades perpetradas mediante torturas, mutilações e massacres em massa, assim como por humilhantes explorações, faz com que o ser humano recue, brotando de sua consciência novas exigências para uma vida digna.³

Em *Origens do totalitarismo*, Arendt observa o contexto em que se desenvolveram as premissas que deram ensejo à política totalitária que destruiria a estrutura da civilização europeia,⁴ entre as quais situa as consequências da Primeira Guerra Mundial e a crise econômica que marcou a primeira metade do século XX,⁵ vindo a identificar como exemplo do antissemitismo que já se fazia sentir no século XIX o caso Dreyfus – ocorrido na França no final do ano de 1894 e cujos desdobramentos se estenderam a 1906.⁶

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

⁴ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 370, 436 e 437.

⁵ *Ibidem*, p. 369.

⁶ Alfred Dreyfus, oficial judeu do Estado-Maior francês, foi condenado à deportação perpétua para a Ilha do Diabo por espionagem em prol da Alemanha no fim de 1894. Nos anos seguintes, surgiram questionamentos quanto à autenticidade da carta endereçada ao adido militar alemão que servira para comprovar a culpa de Dreyfus, desconfiando-se que a autoria do documento teria sido de outro oficial, major Walsin-Esterhazy. Seguiram-se, então, remoções e condenações de pessoas que se movimentaram a fim de provar a inocência de Dreyfus, vindo Walsin-Esterhazy a admitir a um jornalista que forjara a letra daquele por ordem de seu superior coronel Sandherr. O Tribunal de Apelação anulou, em 1899, a sentença condenatória de Dreyfus, tendo se chegado, em novo processo, porém, a outra condenação: dez anos de prisão, o que foi sucedido por indulto do Presidente da República. Após mais um pedido de revisão por Dreyfus, o Tribunal de Apelação anulou novamente a sentença, vindo a absolvê-lo, em 1906, de todas as acusações, não obstante não tivesse competência para tanto, mas apenas para ordenar novo julgamento. Isso se deu devido à probabilidade de, a par das provas de inocência, outro julgamento por

Hobsbawm percebe que, apesar de, simplificadamente, poder-se atribuir a causa da Segunda Guerra Mundial a Adolf Hitler, a origem de tal evento se deve a fatores historicamente não tão simples, entre os quais a instabilidade da situação mundial após a Primeira Guerra, marcada não apenas pelo ressentimento dos países derrotados – para o que influíram as onerosas condições do Tratado de Versalhes –, mas também por uma situação geral de insatisfação com o *status quo*.⁷ Em tal cenário, Arendt acentua uma grave crise financeira a repercutir na alta da inflação e no desemprego, que atingiu inclusive os países ricos, e constata, ainda, a dificuldade de assimilação de grupos de imigrantes que, fora de seu país de origem e ao lado das minorias, restavam desprovidos de seus direitos humanos.⁸

Assim, diante de tal panorama, com a invasão da Manchúria pelo Japão em 1931, a da Etiópia pela Itália em 1935, a Guerra Civil Espanhola, as intervenções alemãs junto à Áustria (1938), Tchecoslováquia e Polônia (1939) – em um cenário de inoperância da Liga das Nações e de um pacto de não agressão entre Hitler e Stálin em 1939 –, consubstanciaram-se os “marcos miliários na estrada para a guerra”.⁹

Entre os resultados da Segunda Guerra Mundial, as perdas são, como pontua Hobsbawm, incalculáveis, estimando-se, entre seus números, entre três e quatro vezes o número de mortes – envolvendo tanto militares quanto civis – da Primeira Guerra Mundial, atingindo-se entre 10% e 20% do total da população da União Soviética, Polônia e Iugoslávia, entre 4% e 6% dos cidadãos da Alemanha, Itália, Áustria, Hungria, Japão e China, assim como cerca de 1% da população da Grã-Bretanha e França, percentual que, em relação aos Estados Unidos, foi um pouco maior.¹⁰ Cerca de 18 milhões de pessoas foram enviadas para campos de concentração, 11 milhões das quais foram mortas; entre os mortos, 6 milhões de judeus.¹¹

corde militar levar a nova condenação. Dreyfus, assim, nunca foi absolvido nos exatos moldes do que a legislação admitia, razão pela qual Arendt observa que seu processo “nunca foi realmente encerrado”. (ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 139 e 140).

⁷ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 43 e 44.

⁸ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, cit., p. 369 e 371.

⁹ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos*, cit., p. 44 e 45.

¹⁰ *Ibidem*, p. 50 e 51.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

Apesar da inexatidão dos números referentes à guerra, o horror produzido pelo holocausto por si só é suficiente para chocar qualquer pessoa em contato com a História, fazendo-se absolutamente pertinente a retórica indagação de Hobsbawm:

De qualquer modo, que significa exatidão estatística com ordens de grandeza tão astronômicas? Seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões (estimativa original por cima, e quase certamente exagerada), mas 5 ou mesmo 4 milhões? ¹²

Os campos de concentração alemães explicitaram práticas abomináveis contra, além de judeus, “inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, pessoas com deficiência, ciganos e outros considerados descartáveis pela máquina de ódio nazista”, ¹³ incluindo-se, ainda, os negros entre as vítimas do regime de Hitler – não obstante Jesse Owens, atleta negro norte-americano, ter dado provas quanto à inexistência de superioridade entre raças, vencendo as provas de 100 metros rasos (considerada a mais nobre do atletismo), 200 metros rasos, revezamento 4x100 metros e salto em distância nos Jogos Olímpicos de 1936, realizados justamente em Berlim. ¹⁴

Como anota Arendt, ainda que aparentemente posassem como ultranacionalistas, os racistas “foram piores patriotas que os representantes de todas as outras ideologias nacionais”, haja vista terem negado “o princípio da igualdade e solidariedade de todos os povos, garantido pela ideia de humanidade”. ¹⁵

Ao tratar dos campos de concentração e de extermínio dos regimes totalitários, Arendt discorre sobre uma característica trágica: não se destinaram unicamente ao extermínio de pessoas e de sua degradação, mas também serviram à supressão da “espontaneidade como expressão da conduta humana”, transformando a pessoa em coisa, desde o transporte mediante o amontoamento de centenas de seres humanos em

¹² HOBSBAWM, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 50.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

¹⁴ ATLETA negro americano Jesse Owens vence Hitler nos Jogos Olímpicos de 1936. *O Globo*, caderno Mundo, Rio de Janeiro, 06 set. 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/atleta-negro-americano-jesse-owens-vence-hitler-nos-jogos-olimpicos-de-1936-9859599>>. Acesso em: 18 set. 2016.

¹⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 236.

um vagão de gado, passando pela raspagem dos cabelos, perda de pertences, uso de vestimenta padrão e torturas, na busca da eliminação de qualquer traço da singularidade humana.¹⁶

As práticas totalitárias negaram frontalmente, assim, o imperativo categórico kantiano, segundo o qual o ser humano deve sempre agir tendo a si mesmo e ao outro como referência, jamais como meio para se atingir algo e tão somente como fim, por serem todos pertencentes à humanidade. Kant identifica o imperativo categórico com a seguinte assertiva: “*age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal*”,¹⁷ a refletir nas relações humanas, uma vez que o homem “*existe como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer*”.¹⁸ Como já havia esboçado Pico Della Mirandola, ao homem foi concedida a admirável grandeza de “obter o que deseja” e “ser aquilo que quer”, de modo a ter consciência de sua liberdade, o que gera o dever de não se contentar com as coisas medíocres, mas de aspirar às mais altas, como a dignidade e a glória.¹⁹

Uma vez que dotado de razão, cabe ao homem agir não apenas tendo si próprio como referência, mas também o outro, como integrantes da humanidade, “*sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio*”.²⁰ Restringem-se, assim, os fins relativos e arbitrários a moverem a transgressão aos direitos do homem, cujas inclinações ou necessidades possuem, no reino dos fins, valor intrínseco – e não um preço, que admitiria substituição por algo equivalente –, sendo dotadas, assim, de dignidade.²¹

Os internos dos campos de concentração, posto que conseguissem se manter vivos, restavam mais isolados do mundo dos vivos do que se mortos estivessem, sendo

¹⁶ *Ibidem*, p. 581, 582 e 601.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 215.

¹⁸ *Ibidem*, p. 239 e 241.

¹⁹ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 55 a 63.

²⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, cit., p. 243 e 245.

²¹ *Ibidem*, p. 247, 259, 265 e 271.

excluídos a proteção da lei.²² Colocada em situação de escolher entre matar (inimigos do regime) ou matar (amigos, esposa, filhos), “a consciência deixa de ser adequada e fazer o bem se torna inteiramente impossível”, de modo que se estendem às próprias vítimas a cumplicidade organizada de forma consciente nos crimes de todos os homens nos regimes totalitários.²³

Celso Lafer, ao dialogar com a obra de Hannah Arendt, ressalta o enfoque dado por esta ao direito a ter direitos, considerado como primeiro direito humano, capaz de, em sincronia com a cidadania, a liberdade e a igualdade, propiciar o combate ao mal causado pelo totalitarismo.²⁴ Ao tratarem do pensamento de Arendt, De Cicco e Gonzaga destacam a preocupação com a restauração do mundo público, em que a liberdade individual e a liberdade pública exigem contínuos exercícios na busca de um ideal, consubstanciados pela ação.²⁵

A Segunda Guerra Mundial engendrou, enfim, drástico retrocesso no que concerne à tutela dos direitos humanos, visto que estes mantêm direta relação com a democracia e com a paz,²⁶ tendo brotado, na consciência coletiva mundial, a preocupação quanto à ausência de uma arquitetura internacional de proteção de tais direitos, a fim de que as atrocidades comandadas por Hitler não mais se repetissem na

²² ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 588 e 594.

²³ *Ibidem*, p. 600.

²⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153 e 154: “É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. A experiência totalitária é, portanto, comprobatória, no plano empírico, da relevância da cidadania e da liberdade pública enquanto condição de possibilidade, no plano jusfilosófico de asserção da igualdade, uma vez que a sua carência fez com que surgissem milhões de pessoas que haviam perdido seus direitos e que não puderam recuperá-los devido à situação política do mundo, que tornou supérfluos os expulsos da trindade Estado-Povo-Território”.

²⁵ DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 259.

²⁶ LIMA, Carolina Alves de Souza. *A Construção da Cidadania e o Direito à Educação*. Tese de Livre-Docência em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 19.

História,²⁷ não se olvidando, ainda, de deploráveis práticas cometidas também pelo lado vencedor da guerra, do que são provas as bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki em agosto de 1945.²⁸

Diante de tal quadro, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, “nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo”,²⁹ de maneira a expandir a proteção dos direitos humanos ao plano internacional, a refletir no monitoramento e responsabilização internacional dos Estados em caso de violação, bem como na revisão da tradicional noção de soberania estatal absoluta.³⁰

Passam a ter destaque novos atores na sociedade internacional contemporânea, a exemplo das organizações internacionais – sendo marcante a criação da Organização das Nações Unidas (ONU)³¹ – e das organizações não governamentais, a apresentar “crescente complexidade, polaridade incerta e acentuada tendência à integração e à criação de vínculos de cooperação”.³²

Sem um contexto internacional, Celso de Albuquerque Mello pontua, aliás, que inexistente Estado, de modo que a noção de soberania – tida como conceito jurídico

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 892.

²⁸ Na literatura, a poesia “Rosa de Hiroshima”, de Vinícius de Moraes, capta os deletérios efeitos da bomba atômica lançada sobre referida cidade (MORAES, Vinícius de. *Rosa de Hiroshima. Antologia poética*. Rio de Janeiro: A Noite, 1954. Disponível em: <<http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/rosa-de-hiroxima>>. Acesso em: 18 set. 2016).

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

³⁰ *Ibidem*, p. 47; BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001, p. 365; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 893.

³¹ Os propósitos da ONU se encontram dispostos no preâmbulo e no artigo 1º da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco (EEUU) em 26 de junho de 1945, entrando em vigor em 24 de outubro do mesmo ano. Entre eles, pode-se destacar a preservação das futuras gerações do flagelo da guerra; a reafirmação da fé nos direitos fundamentais do homem, bem como na dignidade e valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres; o estabelecimento de condições aptas à manutenção da justiça e do respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do Direito Internacional; a promoção do progresso social e melhora das condições de vida dentro de uma ampla liberdade; manutenção da paz e segurança internacionais; desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; obtenção de cooperação internacional para a solução de questões econômicas, sociais, culturais ou humanitárias e para a promoção e estímulo do respeito aos direitos humanos; e a harmonização da ação das nações para a consecução de tais objetivos (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 19 set. 2016).

³² BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001, p. 269 e 270.

indeterminado, a variar conforme o momento histórico – implica a existência de uma sociedade internacional, razão pela qual a soberania do Poder Constituinte – ausência de subordinação a normas de direito interno – é relativa, submetendo-se ao Direito Internacional Público do qual é oriunda.³³

Procedeu-se, após o término da Segunda Guerra Mundial, à reconstrução dos direitos humanos, o que André de Carvalho Ramos define como “ótica diferenciada: a ótica da proteção *universal, garantida, subsidiariamente e na falha do Estado*, pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos”,³⁴ compreendido como aquele que objetiva à proteção de todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade e do lugar onde se encontre.³⁵

Os direitos humanos são, dessa feita, fundamentados na universalidade, destinando-se “a todos os seres humanos, e não mais aos cidadãos de determinados Estados”,³⁶ consistindo naqueles direitos “essenciais e indispensáveis à vida digna”,³⁷ sem se restringir àqueles reconhecidos na ordem jurídica interna, mas estendendo-se, como anota Pérez Luño, às declarações e convenções internacionais, bem como às exigências básicas da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas em cada momento histórico, ainda que não tenham sido positivados interna ou internacionalmente.³⁸ Segundo Bedin, “a transformação dos direitos humanos num tema global é, sem sombra de dúvida, um fato extraordinário, que denota a emergência, pela primeira vez na história, de um consenso ético-global mínimo”.³⁹

³³ MELLO, Celso de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: MELLO, Celso de Albuquerque [et al]. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1 a 33, p. 3 e 20.

³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89 e 90.

³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 892.

³⁶ LIMA, Carolina Alves de Souza. *A Construção da Cidadania e o Direito à Educação*. Tese de Livre-Docência em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2011, p. 18.

³⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

³⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 44 a 47.

³⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001, p. 366.

Quanto aos atributos distintivos dos direitos humanos, André de Carvalho Ramos elucida que sua universalidade diz respeito ao reconhecimento de que pertencem a todos, em contraposição a privilégios estamentais; sua essencialidade se relaciona com a indispensabilidade dos valores a serem objeto de proteção; sua superioridade normativa condiz com a preferência a ser conferida aos direitos humanos sobre as demais normas; e sua reciprocidade se atrela à “teia de direitos humanos que une toda a comunidade humana”, seja em sua titularidade, seja em sua sujeição passiva, o que repercute na noção de sua eficácia horizontal.⁴⁰

Observado o contexto histórico, social, econômico e político em que se desenvolveram as premissas para a construção da atual compreensão dos direitos humanos, não se pode deixar de notar que esse processo transcorreu em harmonia com a crescente preocupação com as vítimas, para o que o movimento vitimológico iniciado com o fim da Segunda Guerra exerceu papel fundamental, o que se passará a expor.

1.2 O movimento vitimológico

O movimento vitimológico, como anteriormente sinalizado, iniciou-se no período subsequente à Segunda Guerra Mundial, dado o vilipêndio a milhões de vítimas inocentes, que fez brotar na consciência mundial, além da necessidade de um arcabouço de proteção dos direitos humanos e até como manifestação dessa demanda, um dever de solidariedade em relação às vítimas, sendo possível identificar uma origem comum entre eles.⁴¹

Cançado Trindade discorre com precisão acerca dessa relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a centralidade a ser ocupada pela proteção às vítimas, tanto em relação à sua assistência quanto à adoção de medidas preventivas da vitimização:

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

⁴¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64 e 65.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito, – o que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, insuficientemente analisada pela doutrina jurídica até o presente, é da maior relevância e acarreta consequências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto é na proteção estendida às vítimas que este alcança a sua plenitude. Mas o *rationale* de sua normativa de proteção não se esgota amparo estendido a pessoas já vitimadas. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, universalmente reconhecida em nossos dias, protege os seres humanos também por meio da prevenção da vitimização. O alcance de seu *corpus juris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma.⁴²

Importante pontuar que a palavra “vítima” admite considerável gama de sentidos, tendo sua primeira concepção sido marcada por uma visão antropológica, haja vista sua correspondência ao sacrifício da vida humana destinado a aplacar a ira dos deuses ou a pedir suas benesses a fim de que os pecados do grupo fossem expiados, o que veio a ser paulatinamente substituído pela oferta de animais.⁴³ O termo pode assumir, ainda, de acordo com elenco trazido por Bittencourt, os seguintes sentidos: geral, relacionado à pessoa alvo dos infelizes resultados de seus atos, dos de outrem ou do acaso; jurídico-geral, condizente com o titular de um bem tutelado juridicamente que é ofendido ou ameaçado; jurídico-penal-restrito, relativo ao indivíduo que, em decorrência da violação à norma penal, sofre diretamente suas consequências; e jurídico-penal-amplo, atrelado à pessoa e à comunidade que arcam diretamente com as consequências do fato criminoso.⁴⁴

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 434 e 435.

⁴³ KOSOVSKI, Ester. “Vitimologia e Judaísmo”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 23 a 27. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 23.

⁴⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina*. 2. ed. São Paulo: EUD, 1978, p. 51.

Na aproximação conceitual trazida em dissertação em que aborda a relação entre a vítima e o Direito Penal, Oliveira alerta para a expressão “crimes sem vítima”, que, enquanto por alguns é compreendida como um contrassenso, por outros é relacionada à moderna criminalidade – atrelando-se à criminalidade econômica, a crimes ambientais, ao tráfico internacional de entorpecentes e ao crime organizado –, sem ignorar, ainda, sua utilização para aludir a crimes que denomina consensuais, nos quais inexistiria sentimento de vitimização caracterizado o pleno acordo de vontade entre os envolvidos.⁴⁵ Por sinal, no que respeita à criminalidade organizada, é de se notar a considerável dificuldade na persecução penal, como constatado por Gazzola.⁴⁶

Tem relevo também o conteúdo da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por sua Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, que traz definições quanto a vítimas da criminalidade⁴⁷ e a vítimas de abuso de poder⁴⁸ e tem como denominador comum tratar-se de pessoas, seja sob o aspecto individual, seja sob o coletivo, que tenham sofrido prejuízo em sua integridade física ou mental, em sua

⁴⁵ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 82 e 83.

⁴⁶ GAZZOLA, Gustavo dos Reis. “Delação premiada”, p. 147 a 183. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coordenação). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

⁴⁷ DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016: “A. Vítimas da criminalidade 1. 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 profíbem o abuso de poder.”

⁴⁸ DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016: “B. Vítimas de abuso de poder 18. Entendem-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos, 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 que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos do homem.”

ordem moral ou cujos direitos fundamentais tenham sido gravemente violados em decorrência de atos ou omissões, no primeiro caso, que tenham infringido leis penais em vigor na ordem jurídica interna e, no segundo, normas internacionalmente reconhecidas em sede de direitos humanos.

Ao longo da presente pesquisa, a significação atribuída ao vocábulo vítima será facilmente perceptível diante do contexto em que abordado, ressaltando-se, desde o presente momento, que o núcleo condizente com a consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena terá aplicação reservada às pessoas físicas vítimas de crimes – dada a insuscetibilidade ontológica de comportamento por parte das pessoas jurídicas, ficção juridicamente construída, não obstante possam estas figurar na condição de sujeito passivo de crimes,⁴⁹ titularizando bens jurídicos.

A doutrina apresenta, ainda, distinção entre sujeito passivo e sujeito prejudicado, cuja coincidência não se faz necessária, na medida em que este equivale ao titular do direito de pleitear uma reparação pelo dano sofrido, podendo corresponder aos sucessores da vítima, relacionando-se, portanto, a normas de natureza civil.⁵⁰

O termo “Vitimologia” – composto, como elucida Kosovski, pela junção do vocábulo latino *victima* e com a raiz grega “logos” – foi empregado pela primeira vez por Benjamin Mendelsohn em conferência realizada em Bucareste no ano de 1947 na qual proferiu palestra intitulada “Um horizonte novo na ciência Bio-Psico-Social: a Vitimologia”, sendo também Hans von Hentig considerado um dos precursores a tratar da matéria, na obra *O criminoso e sua vítima*, publicada em 1948.⁵¹

⁴⁹ Confira-se a lição de Bitencourt a respeito do conceito de sujeito passivo: “*Sujeito passivo é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa. Sujeito passivo do crime pode ser: o ser humano (ex.: crimes contra a pessoa); o Estado (ex.: crimes contra a Administração Pública); a coletividade (ex.: crimes contra a saúde pública); e, inclusive, pode ser a pessoa jurídica (ex.: crimes contra o patrimônio)*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 301), valendo ainda salientar que, além de eventualmente ser o titular do bem jurídico tutelado pela norma, o Estado figura na condição de sujeito passivo constante nos crimes, haja vista que estes se caracterizam em violação a interesse público.

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80 e 81.

⁵¹ KOSOVSKI, Ester. “Vitimologia e Judaísmo”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 23 a 27. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 23; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67 a

Hans von Hentig, aliás, ao discorrer sobre a contribuição da vítima quanto à gênese do crime, já constatava ser a relação entre criminoso e vítima – dois seres humanos – muito mais complexa do que poderia sugerir a legislação criminal, envolvendo uma ampla gama de interações, repulsões, assim como atrações.⁵²

A Vitimologia compreende o estudo da personalidade da vítima não só em seus aspectos biológico, psíquico e social, mas também no âmbito de sua proteção social e jurídica, constituindo, ainda, objeto de análise os “meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e aspectos interdisciplinares e comparativos”.⁵³ Apresenta, assim, amplo enfoque, relacionado à perda, dano ou lesão à personalidade do indivíduo ou da coletividade decorrentes de múltiplos fatores (físicos, psíquicos, econômicos, políticos e/ou sociais).⁵⁴

Observado seu objeto de estudo, a Vitimologia é marcada, pois, pela interdisciplinaridade, relacionando-se com a Criminologia, a Sociologia, o Direito, a Psicologia, a Educação, a Economia, a Estatística, a Geografia, entre outras ciências. No entanto, existem divergências quanto à sua autonomia científica, havendo dois polos antagônicos – em que é considerada como disciplina independente ou subordinada no âmbito da Criminologia –, registrando-se, ainda, uma vertente conciliadora, em que é admitida a amplitude da Vitimologia, mas se reconhece a possibilidade de uma perspectiva vitimológica pela Criminologia.⁵⁵

Não se desconsiderando que a Criminologia abrange, em seu objeto, o estudo da vítima, ao lado do crime, de seu controle social e do criminoso,⁵⁶ há de se reconhecer

70; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 96; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Prefácio Alvin August de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

⁵² HENTIG, Hans von. *The criminal & his victim: studies in the sociobiology of crime*. New Haven: Yale University Press, 1948, p. 383 e 384.

⁵³ KOSOVSKI, Ester. “Vitimologia e Judaísmo”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 23 a 27. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 23.

⁵⁴ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 104.

⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 87 a 95.

⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Prefácio Alvin August de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

que o campo da Vitimologia ultrapassa o fenômeno delitivo, sendo oportuna alusão ao entendimento de Scarance Fernandes no sentido de que a ultrapassagem do âmbito da Criminologia pela Vitimologia é capaz de trazer espaço para seu desenvolvimento em matéria de Ciências Sociais, com inequívocos ganhos para a humanidade.⁵⁷

Como salientado por Kosovski, a perspectiva da Vitimologia – alicerçada no tripé: estudo e pesquisa; mudança na legislação; e apoio, assistência e proteção à vítima – contribui para a pacificação social, por meio da luta para alteração do paradigma do sistema penal, que tradicionalmente se restringe às não necessariamente exitosas perseguição e punição do criminoso, relegando ao esquecimento aquela que mereceria maior atenção, a vítima.⁵⁸

Em desfecho ao presente tópico, revela-se condizente com o objeto de estudo proposto expor a tipologia desenvolvida por Mendelsohn em seus estudos vitimológicos: vítima inteiramente inocente, em relação à qual não se pode atribuir qualquer responsabilidade pelo fato criminoso; vítima inteiramente culpável, subdividida em vítima infratora, simuladora e imaginária; e, como nuances de tais extremos, a vítima de menor culpabilidade ou ignorante, que, ao se expor a situação de risco, dá impulso involuntariamente ao crime; vítima tão culpada quanto o infrator, a qual adere à conduta deste ou sugere-a; e vítima provocadora, correspondente a quem incita a prática criminoso ou por imprudência dá origem ao delito, havendo uma gradação, portanto, de zero a cem em termos de influência no fenômeno delitivo.⁵⁹ Deve-se afastar, contudo, o argumento de que a Vitimologia teria como destino a mera responsabilização da vítima, o que poderia inadequadamente afastar a responsabilidade do criminoso.⁶⁰

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

⁵⁸ KOSOVSKI, Ester. “Vitimologia e Judaísmo”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 23 a 27. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 24 a 26.

⁵⁹ *Apud* OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

⁶⁰ No que respeita à crítica a uma visão reducionista e distorcida do papel da Vitimologia, colaciona-se excerto colhido em obra de Heitor Piedade Júnior em tópico, inclusive, acerca dos Direitos Humanos: “Já ouvi, muitas vezes, de pessoas dos diversos níveis sociais, que a Vitimologia é uma estratégia com a qual se procura deslocar a responsabilidade social, civil ou penal, do agente para culpar a vítima e que direitos humanos só existem para proteger bandidos. (...). Os protagonistas da desviada

Além da luta histórica do movimento feminista pelo veemente rechaço quanto à responsabilização das mulheres em crimes contra a dignidade sexual de que são vítimas,⁶¹ não se reconhece, em Direito Penal, compensação de culpas. Quanto ao consentimento da vítima, este poderá: excluir a tipicidade do fato quando sua ausência constituir característica negativa do tipo penal, ou seja, a descrição típica reclamar dissenso; caracterizar a tipicidade quando constituir elemento do crime; ou excluir a antijuridicidade da ação, caso em que se exige que a manifestação do ofendido seja livre, que este tenha capacidade de entendimento, disponibilidade do bem jurídico e que o fato típico se limite e se identifique com tal consentimento.⁶²

Enfim, é possível perceber não só uma genealogia comum entre o movimento vitimológico e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também uma confluência de objetivos, rumo à adequada reparação dos danos sofridos no processo de vitimização e à eficaz tutela dos direitos humanos das vítimas:

Enquanto a Vitimologia é considerada uma ciência ou um ramo da Criminologia, que tem como objetivo prioritário o estudo da gênese da vítima, de seu comportamento, de seu desenvolvimento, do processo de vitimização, da eventual dinâmica entre a vítima e seu vitimizador, do estudo de sua classificação doutrinária, do resgate do dano sofrido no processo de vitimização, restituindo-se integral ou parcialmente, sob o aspecto material ou moral do prejuízo causado, os movimentos de Direitos Humanos, na mesma direção, procuram esclarecer sobre os direitos de cada cidadão, oportunizando a correção de rumos

interpretação dos postulados desses dois diplomas da justiça e da solidariedade humanas ou desconhecem ou interpretam maldosamente esses textos que reafirmam o exercício do respeito aos direitos fundamentais da pessoa da vítima ou de qualquer pessoa humana. Imagino que tais opositores da Vitimologia assim agem por ignorância, do latim *ignorantia*, (aquele que não sabe), ou por querer fazer oposição gratuita a esse ramo tão significativo do saber humano. Prefiro crer que tais estrabismos sejam fruto do não saber, pois no dia em que aprenderem as lições juntar-se-ão aos operadores e transformadores da tese da solidariedade humana presente na Vitimologia.” (PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 154).

⁶¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 405 a 407.

daqueles que se tornaram vítimas de violações de seus direitos fundamentais.⁶³

Cabe, diante de tal quadro, proceder à análise das fontes normativas internacionais a incidir sobre a proteção às vítimas e sua repercussão sobre a ordem jurídica interna brasileira, compondo o feixe internacional de proteção dos direitos humanos das vítimas.

1.3 Fontes normativas internacionais de proteção às vítimas e seu influxo sobre a ordem jurídica brasileira

A análise das fontes normativas internacionais de proteção dos direitos humanos, com enfoque na tutela das vítimas, há de ser precedida da compreensão do que seria fonte, notadamente para efeitos jurídicos, haja vista a delimitação do objeto do presente trabalho, consubstanciado pela preocupação com a efetividade dos direitos humanos no que condiz com a análise do comportamento da vítima na aplicação da pena no Brasil.

Miguel Reale, em suas *Lições preliminares de direito*, designa por fontes do direito – consideradas como tais as de ordem formal, afastadas de seu conceito as denominadas fontes materiais, visto que atreladas aos motivos éticos ou fatos econômicos condicionantes ao surgimento e transformação das regras de direito, pertencentes, portanto, à Sociologia Jurídica – “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com força legítima obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”, relacionando-se com as formas com que são produzidas, entre as quais são abarcados o processo legislativo, a jurisdição, os usos e costumes jurídicos e a fonte negocial, como expressão da autonomia da vontade.⁶⁴

Reale sustenta não haver relação de prevalência entre tais fontes, a depender das circunstâncias sociais e históricas, bem como da tradição jurídica adotada por cada país,

⁶³ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 189.

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139 a 141.

seja a romanística – usual em países latinos e germânicos, em que se verifica o primado do processo legislativo –, seja a anglo-americana – à qual se atribui o nome de *common law*, em que são exacerbados os usos e costumes.⁶⁵

Ao tratar das fontes do Direito Internacional Público, Celso de Albuquerque Mello as conceitua como “os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica”.⁶⁶ Em se tratando desse ramo do Direito, Mazzuoli constata o fenômeno da descentralização de suas fontes, até mesmo diante dos novos atores que passaram a exercer papel de relevo na sociedade contemporânea no período pós-Segunda Guerra Mundial: além da conclusão de atos formalmente internacionais, um ato comissivo – como a manifestação unilateral de vontade – ou um ato omissivo – como a pacífica aceitação da ação de outro Estado – têm aptidão criadora, constituindo fontes do Direito Internacional Público.⁶⁷

Nas obras desses dois últimos autores, verifica-se alusão, no que tange ao rol originário das fontes de Direito Internacional Público, à Conferência de Haia de 1907 – em que se previu a Convenção relativa ao estabelecimento de um Tribunal Internacional de Presas – e ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça.⁶⁸ Enquanto a Convenção sobre o Tribunal Internacional de Presas previra, em seu artigo 7º, que este se conformaria com o estipulado em tal convenção e que, no caso de lacuna, aplicar-se-iam as regras de Direito Internacional e, na falta delas, os princípios gerais do direito e a equidade, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça trouxe, no bojo de seu artigo 38, a função de se decidir de acordo com o Direito Internacional, aplicando-se as convenções internacionais que estabeleçam regras reconhecidas expressamente pelos Estados em litígio, o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados dos diversos países – estas últimas a fim de

⁶⁵ *Ibidem*, p. 141 e 142.

⁶⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio de M. Franchini Netto à 1. ed. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 183.

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121 e 122.

⁶⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio de M. Franchini Netto à 1. ed. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 185 e 186; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 124 e 125.

auxiliar a determinação das regras de direito –, tudo sem prejuízo da faculdade de a Corte decidir, em havendo concordância das partes, *ex aequo et bono*.

Seria possível, assim, sintetizar entre as fontes do Direito Internacional Público os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito, sem prejuízo, porém, da influência dos atos unilaterais,⁶⁹ da jurisprudência internacional e da doutrina dos mais eminentes juristas das diferentes nações, a contribuírem estas como meios auxiliares para se chegar à existência de determinada regra jurídica.⁷⁰ Vale lembrar, ainda, que se apresentam no contexto das fontes atuais do Direito Internacional Público as decisões das organizações internacionais (que impõem, no plano internacional, deveres e obrigações aos Estados que delas participam), assim como as obrigações *erga omnes* (direitos e deveres destinados a todos que independem de aceitação), *jus cogens* (categoria de normas não convencionais imperativas insuscetíveis de derrogação que se sobrepõem à autonomia dos Estados) e “soft law” (que têm na flexibilidade sua principal característica, haja vista serem constituídas por textos desprovidos de caráter obrigatório, a deixar uma margem de apreciação quanto a seu cumprimento).⁷¹

Posto isso, tendo-se analisado o conceito de fonte para efeitos jurídicos e sua repercussão no Direito Internacional Público, que veio a consagrar, notadamente a partir do término da Segunda Guerra Mundial, direitos humanos em diversos instrumentos, selecionam-se alguns dos quais têm relação com o objeto da pesquisa com o intuito de se destacar o amparo internacional conferido às vítimas, de modo a permitir seu cotejo com as disposições da ordem jurídica interna brasileira em matéria de aplicação da pena.

⁶⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio de M. Franchini Netto à 1. ed. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 186; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 154 a 159.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 125. A respeito da posição da doutrina no estudo das fontes do direito, Miguel Reale reconhece o relevante papel por ela desempenhado no transcorrer da experiência jurídica, porém não lhe atribui a condição de fonte por não se desenvolver em uma estrutura de poder (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176).

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 159 a 180.

1.3.1 Fontes normativas internacionais de proteção às vítimas

Diante dos conceitos expostos neste trabalho, faz-se possível afirmar que os direitos humanos trazem, em sua essência, a proteção das vítimas, sejam estas compreendidas em seu sentido geral – pessoas sofrem os resultados dos atos de outrem –, seja em seu sentido jurídico penal – em se tratando do indivíduo (restrito) e da comunidade (amplo) a sofrerem as consequências da prática criminosa –, haja vista o padrão ético-global daquilo que é essencial e indispensável à vida humana em condições de dignidade, liberdade e igualdade.

Nesse sentido, toda a estrutura a compor o arcabouço de tutela dos direitos humanos é apta a engendrar a proteção da pessoa humana que se veja vítima de algum delito, haja vista que a centralidade da vítima consubstancia a essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não por acaso, os estudos vitimológicos vieram a se desenvolver em resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, coincidindo com a quebra de paradigmas a marcar a internacionalização da proteção dos direitos humanos.⁷²

Procede-se, a seguir, à exposição do conteúdo trazido no bojo de determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos compreendidos como aqueles a guardarem relação de pertinência com a delimitação do objeto pesquisado, não se ignorando que, em muitos casos, a tutela da vítima se insere no contexto geral de proteção da pessoa humana, registrando-se que, apenas no ano de 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas viria a adotar a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, trazendo, além da definição de vítima – mencionada em tópico precedente –, expressa ênfase aos direitos das vítimas no cenário internacional.

⁷² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88 e 89: “No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma *ruptura* ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram *reconstruídos* com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva *do Estado* preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada, em 1948, pela aprovação de 48 Estados, registrando-se oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética) e nenhum voto contrário,⁷³ representou, no novo panorama de proteção internacional dos direitos humanos, um marco quanto à sua universalidade, indivisibilidade e inerência, consagrando a condição humana como bastante para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana seu fundamento.⁷⁴

A respeito da natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, registram-se divergências por não ter tal documento passado pelos procedimentos tanto internacionais quanto internos para a celebração de tratados, nascendo de uma resolução da Assembleia Geral da ONU, sem ter se procedido à assinatura,⁷⁵ havendo quem a considere como interpretação autêntica dos direitos humanos trazidos no bojo da Carta das Nações Unidas, assim como quem a compreenda como costume internacional, sem se ignorar, ainda, aqueles que a entendem como “soft law”, apenas orientando a atuação dos Estados para que, futuramente, seus preceitos venham a vinculá-los.⁷⁶

Ao passo em que Mazzuoli, em seu *Curso de direito internacional público*, compreende a Declaração Universal como dotada de força cogente por integrar o *jus cogens* em direito das gentes,⁷⁷ Ramos se posiciona no sentido de que, em certas partes, mormente aquelas relacionadas aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal, a Declaração Universal consubstancia espelho do costume internacional de proteção dos direitos humanos,⁷⁸ sendo, de todo modo, inequívoca sua irradiação sobre tudo o quanto correlato àquilo que veio a consagrar.

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 934 e 935.

⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47 e 48.

⁷⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 938.

⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47 e 48.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 203 e 939.

⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

A Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, cuja autêntica interpretação alguns sustentam ser consubstanciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, já trazia, em seu preâmbulo, a preocupação com a melhora nas condições de vida dentro de uma ampla liberdade e do respeito aos direitos humanos, a serem promovidos mediante a cooperação internacional, como assinalado em seus artigos 1º, item 1.3 (propósitos), 13, item 1. alínea “b” (estudos e recomendações da Assembléia-Geral), 62, item 2 (recomendações do Conselho Econômico e Social) e 76, alínea “c” (objetivos do sistema internacional de tutela).⁷⁹

A seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, prevê, em seu preâmbulo, ser o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo o reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano, assim como seus iguais e inalienáveis direitos, a fim de que, mediante o ensino e a educação, promova-se o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, inclusive pela adoção de medidas progressivas em âmbito nacional e internacional que lhes possam assegurar efetividade e observância universais.⁸⁰ A propósito da estruturação e finalidade da DUDH, na introdução de *Os direitos do homem e o homem sem direitos*, Alceu Amoroso Lima percebe a base humanista de toda sua filosofia, a servir de estrutura básica para uma sociedade universalista e que busque a paz, reconhecendo a “singular dignidade do gênero humano e de cada pessoa em particular”.⁸¹

Segundo a DUDH, nascendo livres e iguais em dignidade e direitos, as pessoas, dotadas de consciência e razão, hão de agir com espírito de fraternidade em relação umas com as outras (artigo I), tendo capacidade para gozar de seus direitos e liberdades independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou

⁷⁹ CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁸⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos – atos internacionais e normas correlatas*. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁸¹ A obra de Alceu Amoroso Lima, embora assinale que a filosofia de Confúcio já o consignara, faz alusão à concepção filosófica de Jacques Maritain quanto à distinção entre indivíduo e pessoa, estabelecendo que o nome de pessoa é reservado àquelas substâncias que têm algo de divino, o espírito, a constituir um mundo espiritual e moral superior a toda ordem de corpos, enquanto a noção de indivíduo está ligada às exigências da matéria, não se restringindo ao ser humano, de modo a se estender ao animal, à planta, ao micróbio, ao átomo (LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 13 a 15).

social, riqueza, nascimento ou qualquer outro fator discriminatório (artigo II), entre os quais se incluem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo III) e o direito à não submissão à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (artigo IV).

Vale elencar, ainda, a título de direitos consagrados pela DUDH relacionados à pesquisa ora desenvolvida – por sua relação com o comportamento da vítima de crimes quando esta age dentro de sua esfera de liberdade –, a impossibilidade de que alguém seja culpado por qualquer ação ou omissão que à época dos fatos não constituíam delito (artigo XI, item 2), o direito à não interferência na vida privada (artigo XII), à liberdade de locomoção (artigo XIII), à propriedade (artigo XVII), à liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo XVIII), à liberdade de opinião e expressão (artigo XIX), à segurança social ⁸² (artigo XXII), a repouso e lazer (artigo XXIV), a um padrão de vida que assegure bem-estar (artigo XXV), à instrução (artigo XXVI), de livre participação na vida cultural da comunidade, apresentando-se a liberdade como seu mais importante vetor ⁸³ (artigo XXVII), enfim, direito a uma ordem social e internacional que assegure à pessoa humana a plena realização dos direitos e liberdades consagrados no documento em epígrafe (artigo XXVIII), sujeitando-se apenas às limitações determinadas pela lei com a finalidade exclusiva de assegurar o respeito aos direitos de outrem e satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (artigo XXIX, item 2).

Há de se salientar que, até mesmo antes da proclamação da Declaração Universal – em 10 de dezembro de 1948 –, nesse mesmo ano haviam sido aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, esboçando o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos. Quanto a esse último diploma, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, em parecer consultivo solicitado pela Colômbia em

⁸² Segundo Alceu Amoroso Lima, a expressão segurança social diz respeito à intenção de uma comunidade supranacional, em que a independência é superada pela interdependência, havendo a substituição do estado de alerta e preparação para a guerra (espírito de rivalidade e aspiração dominadora) pelo estado de paz, em que a convivência completa a coexistência (espírito de estabilidade e sedimentação) (LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 115 e 116).

⁸³ BALERA, Wagner. “Comentário ao art. XXVII”, p. 147 e 148. In: *Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Wagner Balera: Coordenação. Brasília: Fortium, 2008, p. 147.

1989, que constitui fonte de obrigações internacionais, ainda que não seja formalmente um tratado, sendo possível interpretá-lo nos limites de sua competência.⁸⁴

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem já consagrava, em abril de 1948, o direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo 1º), à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra (artigo 2º), à liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão de pensamento (artigo 4º), à liberdade de locomoção (artigo 8º), a tomar parte na vida cultural da coletividade (artigo 13), ao descanso, recreio e útil aproveitamento do tempo livre (artigo 15), ao reconhecimento, como pessoa, de se seus direitos e obrigações onde quer que seja, com o gozo dos direitos civis fundamentais (artigo 17), ao recurso aos tribunais para fazer respeitar seus direitos contra atos de autoridade que os violem (artigo 18) e à não privação da liberdade, a não ser nos casos legalmente previstos (artigo 25).⁸⁵

É oportuno registrar, ademais, o realce conferido pela Declaração Americana ao limite para os direitos do homem, configurado pelos direitos do próximo, haja vista a segurança de todos e as justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático (artigo 28), devendo o convívio entre os indivíduos se dar de modo que cada um possa formar e desenvolver adequadamente sua personalidade (artigo 29).

No ano de 1966, houve adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – a compor, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a “Carta Internacional de Direitos Humanos” –,⁸⁶ tendo ambos entrado em vigor em 1976, vindo a ser promulgados no Brasil, respectivamente, pelos Decretos n^{os} 592 e 591, ambos de 6 de julho de 1992.

No que tange ao conteúdo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, sobrelevam-se a igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos entre

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸⁵ DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana em abril de 1948 em Bogotá. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organização-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

homens e mulheres (artigo 3º), a vedação à ampliação de suas restrições e a que se interpretem suas disposições no sentido de destruir os direitos e liberdades que reconhece (artigo 5º), o direito à liberdade e à segurança pessoais, assim como à repatriação pelas pessoas vítimas de prisão ou encarceramento ilegais (artigo 9º), à liberdade de locomoção (artigo 12), ao reconhecimento da personalidade jurídica de toda pessoa, em qualquer lugar (artigo 16), a vedação a ingerências arbitrárias ou ilegais na vida privada e a ofensas ilegais à honra e à reputação (artigo 17), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 18), à liberdade de expressão (artigo 19), à igualdade perante a lei, devendo a lei garantir a todos igual e eficaz proteção contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outro discrimen (artigo 26).⁸⁷

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, reforça a igualdade entre homens e mulheres, inclusive sob a ótica dos direitos protegidos em tal instrumento (artigo 3º), condiciona eventuais limitações a direitos unicamente ao quanto estabelecido em lei e apenas naquilo que for compatível com a natureza desses direitos e com o exclusivo objetivo de atender ao bem-estar geral numa sociedade democrática (artigo 4º), veda que qualquer de suas disposições seja interpretada de molde a solapar os direitos e liberdades que reconhece (artigo 5º) e reconhece o direito à saúde física e mental (artigo 12) e o direito de participação na vida cultural (artigo 15), prevendo, assim como o PIDCP, que os Estados Partes respeitem e garantem os direitos que tutela, adotando medidas que lhes propiciem efetividade.⁸⁸

Considerado o instrumento de maior importância do sistema americano de proteção dos direitos humanos,⁸⁹ a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, teve seu texto aprovado no ano de 1969, entrando em vigor a partir de 1978, quando obteve a ratificação do 11º país

⁸⁷ PACTO Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸⁸ PACTO Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

(conforme previsão do § 2º de seu artigo 74) e vindo a ser promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Além de robustecer a necessidade de respeito, pelos Estados Membros, dos direitos e liberdades nela reconhecidos, garantindo seu livre e pleno exercício a todos aqueles sujeitos à sua jurisdição, sem discriminação alguma (artigo 1º, § 1º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe expressamente sobre o dever estatal de adoção de disposições de direito interno – sejam medidas legislativas, sejam de outra natureza – que se apresentem como necessárias à efetividade dos direitos e liberdades quando estes não estiverem garantidos (artigo 2º). Reconhece, ainda, os direitos à vida (artigo 4º), à integridade pessoal (artigo 5º), à liberdade e à segurança pessoais (artigo 7º), à proteção da honra e integridade (artigo 11), à liberdade de consciência e religião (artigo 12), à liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13), à propriedade privada (artigo 21), à circulação (artigo 22), à igualdade perante a lei (artigo 24) e à proteção judicial (artigo 25), devendo-se destacar também que suas disposições não hão de ser interpretadas restringindo o gozo e exercício dos direitos e liberdades que tutela além da medida em que ela própria prevê, nem de modo a eliminá-los (artigo 29), que podem ser incluídos em seu regime de proteção outros direitos e liberdades (artigo 30) e que o limite dos direitos de cada pessoa se dá em razão dos direitos dos demais, da segurança de todos e das justas exigências do bem comum em uma sociedade em que vige a democracia (artigo 32, § 2º).⁹⁰

No que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, a matéria – objetivando a adesão dos Estados Unidos à Convenção Americana⁹¹ – ficou reservada para um protocolo adicional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”), adotado pela Assembleia Geral da OEA no ano de 1988 e promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Do teor de mencionado protocolo, eleva-se a previsão quanto à necessidade de adoção de medidas, pelos Estados Partes, até o máximo dos recursos disponíveis e

⁹⁰ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 03 nov. 2016.

⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379.

considerando seu grau de desenvolvimento, no sentido de se obter, progressivamente e conforme a legislação interna, a plena efetividade dos direitos nele previstos (artigo 1º), a obrigação de que sejam adotadas disposições de direito interno quando não garantidos eficazmente os direitos que consagra (artigo 2º), a não discriminação no exercício dos direitos enunciados, seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (artigo 3º), a impossibilidade de restrição dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado sob pretexto de que o protocolo em questão não os reconhece ou de que o faz em menor grau (artigo 4º), a possibilidade de que sejam estabelecidas limitações ao gozo dos direitos que estabelece apenas por meio de leis visando à preservação do bem-estar geral de uma sociedade democrática e na medida em que não contrariem sua razão e propósito (artigo 5º), o direito à saúde, concebida como “gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” (artigo 10), o direito aos benefícios da cultura (artigo 14), assumindo os signatários o compromisso de apresentarem periodicamente relatórios quanto às medidas adotadas no sentido de assegurar os direitos consagrados em tal instrumento (artigo 19).⁹²

No período entre a edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), houve a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas – por sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985 –, da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, que assume posição de destaque dado o objeto da presente pesquisa.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – que tem por base a consciência de que milhões de pessoas são vitimadas por crimes e outros atos representativos de abuso de poder, sem o devido reconhecimento de seus direitos – traduz a necessidade de adoção de medidas, nos planos nacional e internacional, que garantam o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas de crimes e de abuso de poder, sublinhando ser indispensável o esforço dos Estados e da comunidade internacional nesse sentido.

⁹² PROTOCOLO Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

Em suas disposições, é observada a relevância, entre outros aspectos: da adoção de medidas nos campos da assistência social, da saúde, da educação e da economia, com vistas à redução da vitimização e à ajuda de vítimas carentes; da implantação de medidas especiais de prevenção ao crime; do regular exame da legislação e práticas existentes de modo a se proibirem atos atentatórios aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente; bem como ao relevo da investigação, prossecução e condenação dos culpados pela prática de crimes, inclusive mediante a colaboração internacional, registrando-se não só o direito de acesso às instâncias judiciárias, mas também o direito a uma rápida reparação pelo prejuízo sofrido.⁹³

Ao reconhecer a existência de persistentes violações aos direitos das vítimas de crimes e de abuso de autoridade e ao demandar a adoção de medidas em busca de sua efetividade, incluído o reexame periódico de práticas e de legislações, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder dá mostras da preocupação internacional com as vítimas.

Vanessa De Buassui Mazzutti faz menção a outras resoluções da ONU que tratam dos direitos das vítimas em uma série de categorias, entre as quais se destacam os Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito a Medidas de Saneamento e Reparação para Vítimas de Violações Graves ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional Humanitário (Resolução 60/147), a Declaração da Eliminação da Violência contra a Mulher (Resolução 48/104) e os Princípios Básicos para Aplicação de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal (Resolução 12/2002).⁹⁴

Além de mencionadas resoluções, constituem exemplos de documentos internacionais capazes de tutelar direitos de vítimas, sob a perspectiva dos temas específicos a que se dedicam: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura e Outros

⁹³ DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 03 nov. 2016.

⁹⁴ MAZZUTTI, Vanessa De Buassui. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84 e 85.

Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará” (1994), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006), a compor um feixe de proteção dos direitos das vítimas de crimes, sendo apropriado proceder-se, então, a considerações quanto ao influxo das fontes internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

1.3.2 Influxo das fontes internacionais de direitos humanos sobre a ordem jurídica brasileira

Não obstante a superficialidade e a ausência de parâmetros objetivos notadas em seu artigo 245 – único dispositivo constitucional a tratar expressamente de matéria relacionada às vítimas de crimes e segundo o qual a lei deverá dispor sobre as hipóteses em que incumbirá ao Poder Público dar assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, não ignorada a responsabilidade civil do autor do ilícito –, a Constituição Federal brasileira indica, logo em seu preâmbulo, a reunião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 com vistas à instituição de um Estado Democrático, comprometido interna e internacionalmente com a solução pacífica das controvérsias, assim como destinado a proporcionar o exercício dos direitos individuais e sociais em uma sociedade pluralista e desprovida de preconceitos, alicerçada na harmonia social.⁹⁵

A partir de tais vetores, já o *caput* do artigo 1º da Constituição prevê a adoção, pelo Estado brasileiro, da fórmula política Democrático de Direito, a refletir no restante de todo o texto constitucional, que será sua explicitação, e a funcionar como mais

⁹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

importante vetor a conduzir a interpretação de suas normas.⁹⁶ Os incisos de mencionado artigo trazem à luz os fundamentos da República, entre os quais se verificam a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V).

Estabelecidos tais preceitos fundantes, entre os objetivos fundamentais da República, figuram, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da garantia do desenvolvimento nacional sustentável, a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, nem qualquer outra forma de discriminação (artigo 3º e incisos).

Diante de tal quadro, ainda há de se destacar que, no rol de princípios a regerem as relações internacionais (artigo 4º), a Constituição reconheceu expressamente a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a conformar, portanto, todo o restante do ordenamento jurídico, tendo como um de seus fundamentos, como visto, a dignidade da pessoa humana.

Não fosse isso o suficiente, o artigo 5º, que abarca extensa gama – até mesmo em resposta ao regime ditatorial que o precedeu – de direitos e garantias fundamentais, prevê a aplicação imediata das normas que os definem (§ 1º), não se excluindo aqueles que não tenham sido expressamente previstos, mas que sejam decorrentes do regime e princípios constitucionalmente adotados ou dos tratados internacionais de que o país faça parte (§ 2º),⁹⁷ registrando-se, no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a propugnação quanto à formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

⁹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 15 a 17.

⁹⁷ Segundo LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 31: “... a Constituição de 1988 é a mais democrática dentre as até então vigentes no Brasil, com ênfase à proteção dos direitos fundamentais. É a que estabelece o mais abrangente e pormenorizado tratamento de proteção aos direitos fundamentais. Caminhando na direção da maior proteção e tutela desses direitos, o ordenamento jurídico brasileiro revela-se aberto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao permitir a incorporação de outros direitos ao sistema jurídico nacional, por meio dos tratados de proteção dos direitos humanos.”

Prevê, ainda, a Constituição ser de competência do Congresso Nacional resolver, em caráter definitivo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigo 49, inciso I) e do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso (artigo 84, inciso VIII). A propósito da competência do Congresso Nacional, vale notar também o quanto disposto no artigo 47, combinado com o inciso VI do artigo 59, ambos da Constituição, a partir dos quais se extrai que a espécie normativa correlata à aprovação congressional demanda maioria simples para tanto, presente a maioria absoluta dos membros de cada Casa – Câmara e Senado, havendo previsão, no Regimento Interno deste último, que autoriza seu Presidente a conferir competência à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, ouvidas as lideranças, para apreciação terminativa de tratados ou acordos internacionais.⁹⁸

No que tange às disposições constitucionais que poderiam ser relacionadas à análise quanto ao influxo dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a ordem jurídica brasileira, esse é o cenário normativo de referência apresentado na redação originária da Constituição Federal, que deixou, portanto, de abordar a matéria em tópico próprio.

No ano de 2004, porém, a Emenda Constitucional (EC) nº 45 acresceu certos preceitos a influenciar a ótica de determinados intérpretes do texto constitucional. Isso porque trouxe, entre outras consideráveis modificações, o teor do que veio a compor o § 3º do artigo 5º da Constituição, prevendo equivalência às emendas constitucionais por parte dos tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Insurgindo-se contrariamente à inovação constitucional em tela, criticam-se: a dificuldade criada diante do quórum qualificado para aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos com equivalência às emendas constitucionais; a possibilidade criada quanto à existência de tratados sobre direitos humanos com e sem

⁹⁸ v. artigos 91, § 1º, inciso I e 103, inciso I, ambos do Regimento Interno do Senado Federal. BRASIL. Congresso. Senado Federal. Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal. 2015. Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até julho de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

equivalência às emendas; a ausência de previsão quanto a tratados de tal natureza anteriores à EC nº 45/04; ⁹⁹ sem prejuízo, frise-se, da mais contundente asserção no sentido da inconstitucionalidade do § 3º acrescido ao artigo 5º da Constituição.

Apesar de mencionada novidade no bojo do texto constitucional, tendo-se em vista a configuração normativa estabelecida no texto originário da Constituição da República – abrangendo a fórmula política adotada (Estado Democrático de Direito), seu fundamento na dignidade da pessoa humana, seus objetivos (construção de uma sociedade marcada pela liberdade, justiça e solidariedade, desenvolvimento nacional sustentável, erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades), os princípios reitores de suas relações internacionais (entre os quais a prevalência dos direitos humanos), a aplicação imediata conferida às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, que não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil faça parte –, o presente estudo adere à posição de Celso de Albuquerque Mello exarada antes mesmo da EC nº 45/04 e que se mantém firme, sustentando que, seja a norma interna ou internacional, há de ser aplicada aquela mais benéfica ao ser humano, ¹⁰⁰ considerados o desenvolvimento de uma arquitetura internacional de proteção dos direitos humanos no pós-guerra e a revisão do conceito de soberania, com a limitação do exercício do poder estatal a fim de se preservar a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas.

Registra-se, ainda, na doutrina, vertente sincrética, no sentido de que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos assumiriam caráter materialmente constitucional e, quando aprovados pelo rito indicado no § 3º do artigo 5º da Constituição, teriam, a si, adicionado o “lastro formalmente constitucional”, posição defendida, entre outros, por Flávia Piovesan, a considerar, em complemento, que os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/04 possuiriam hierarquia formal e materialmente constitucional. ¹⁰¹

⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 389.

¹⁰⁰ MELLO, Celso de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. Em: MELLO, Celso de Albuquerque [et al]. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1 a 33, p. 25.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56 a 69.

Ao abordar o que considera como única serventia do § 3º do artigo 5º da Constituição, que qualifica como imperfeito, Mazzuoli – que antecipa sempre ter defendido o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, a integrarem o bloco de constitucionalidade material – obtempera que equivalência não se confunde com igualdade, de modo que a primeira, estabelecida pelo dispositivo em comento, tem o condão, apenas, de refletir em três efeitos formais: os tratados que seguirem o rito do § 3º reformarão a Constituição; não poderão ser denunciados; e serão paradigma de controle concentrado de convencionalidade, servindo de paradigma para controle abstrato perante o STF.¹⁰²

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que se afere oscilação jurisprudencial,¹⁰³ destaca-se o quanto decidido no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP, em que o Ministro Gilmar Mendes abordou expressamente o tema da prisão civil do depositário infiel à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁰⁴ No voto em questão, em que procedeu ao cotejo das posições no sentido da natureza supraconstitucional, da hierarquia constitucional, do *status* de lei ordinária e, por fim, do caráter supralegal dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos, sobrelevou-se que a incorporação do § 3º ao artigo 5º da Constituição teria conferido lugar privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados internacionais, acenando para a insuficiência da tese quanto à legalidade ordinária dos primeiros. Nesse sentido, consignou-se que a submissão de um tratado internacional de direitos humanos ao procedimento especial de aprovação disposto no § 3º do artigo 5º

¹⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 898 e 899, 914 e 915.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66: “Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) ao entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) à decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) à decisão do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) à decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira majoritária.”

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado pelo Tribunal Pleno em 03 dez. 2008, em votação unânime. Disponível em: ><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

em comento é capaz de lhe conferir *status* de emenda constitucional, restando-lhe, caso contrário, caráter supralegal.

Analisadas perspectivas quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos diante da ordem jurídica brasileira, adotada pela presente pesquisa a posição de que deve ser aplicada a norma que se revele mais benéfica ao ser humano, dada a relação de prevalência dos direitos humanos assinalada pela própria Constituição Federal, há de se atribuir relevo à interpretação conforme os direitos humanos. Orientada a interpretação pelos direitos humanos, estes repercutem “em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando seu efeito irradiante que os transformam no centro dos valores de um ordenamento”,¹⁰⁵ de modo a influir, indubitavelmente, nos direitos da vítima, que não de ser suficientemente considerados quando da aplicação da pena à luz das disposições trazidas no bojo do Código Penal vigente.

Tendo por base tais pressupostos, importa traçar um panorama histórico a respeito das penas, abordando-se o tratamento conferido às vítimas nos variados períodos pelos quais passou a humanidade, a fim de possibilitar, assim, que se perfaça uma análise crítica acerca da consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena entre o Direito Penal e os Direitos Humanos.

¹⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

CAPÍTULO II

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA E O TRATAMENTO CONFERIDO À VÍTIMA HISTORICAMENTE

O fenômeno delitivo e as formas de reação ao comportamento criminoso são capazes de indicar características fundamentais de uma sociedade: qual conduta pode/deve ser considerada criminosa, quais bens jurídicos são dignos da tutela penal, qual a reação adequada ao delito, qual deve ser a sua medida e quem é legitimado a empreendê-la.

Ao distinguir o normal e o patológico nos fatos sociais, Durkheim compreende o crime (e a punição) dentro das condições fundamentais da vida social, apresentando todos os sintomas da normalidade,¹⁰⁶ a exigir, inclusive, a renovação da finalidade a ser buscada com a pena.¹⁰⁷ Não obstante a busca de racionalidade na fundamentação dos sistemas penais atualmente, com o influxo dos limites trazidos pelos direitos humanos ao poder punitivo, a realidade remanesce e sugere relação entre práticas atreladas à vingança e ao castigo e as consequências a serem atribuídas ao crime.¹⁰⁸

Ao descrever a pena como privação ou castigo cominados por uma lei positiva àquele culpado por uma infração, Abbagnano observa que seu conceito varia de acordo com as justificações que lhe são atribuídas, oscilando conforme o objetivo buscado, no

¹⁰⁶ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 65: “1) Um fato social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada de seu desenvolvimento, quando ele se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente de sua evolução. 2) Os resultados do método precedente podem ser verificados mostrando-se que a generalidade do fenômeno se deve às condições gerais da vida coletiva no tipo social considerado. 3) Essa verificação é necessária quando esse fato se relaciona a uma espécie social que ainda não consumou sua evolução integral”.

¹⁰⁷ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 66, 67, 71 e 73.

¹⁰⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1 e 5.

qual podem se compreender a “ordem da justiça”, a “salvação do réu” e/ou a “defesa dos cidadãos”.¹⁰⁹

Posto isso, o presente capítulo dedica-se à catalogação de objetivos atribuídos à pena historicamente a partir do entendimento esposado por filósofos cujas obras selecionadas podem ser consideradas referências de suas respectivas épocas, a fim de se constatar o desenvolvimento das atuais concepções sobre a finalidade da pena,¹¹⁰ revelando-se, ainda, o tratamento conferido à vítima nos diversos períodos por que passou a humanidade.

2.1 Origens da pena e sua relação com a vítima

Mesmo que desconhecendo o conceito de Vitimologia enquanto ciência, desde os seus primórdios o homem tinha um natural senso de justiça, nele incluídos certos princípios vitimológicos, ainda que em caráter rudimentar.¹¹¹ Tendo isso em vista, a reação a comportamentos criminosos, movida por um sentimento de justiça, relaciona-se a comunidades lastreadas no vínculo de sangue, marcado pela proteção recíproca entre membros de uma mesma família.¹¹² Em casos de agressão, a ação ofensiva seria

¹⁰⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 873: “PENA (gr. δίκη; lat. *Poena*; in. *Penalty*, fr. *Peine*, al. *Strafe*, it. *Pena*). Privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração. O conceito de pena varia conforme as justificações que lhe foram dadas, e tais justificações variam segundo o objetivo que se tenha em mente: 1.º ordem da justiça; 2.º salvação do réu; 3.º defesa dos cidadãos”.

¹¹⁰ A respeito da equivocidade do vocábulo função, reproduz-se critério adotado por Ferrajoli: “A palavra ‘função’ (não menos do que a palavra ‘razão’) é, com efeito, equivocada, podendo ser utilizada e compreendida quer em sentido prescritivo quer em modo descritivo. No primeiro sentido designa as finalidades que devem ser perseguidas pela pena a fim de tornar justificável o direito penal; no segundo, contempla as finalidades que de fato são as perseguidas pelas penas bem como os resultados por estas concretamente obtidos. Neste livro a usarei somente com este segundo significado, vez que, para designar o seu sentido normativo, utilizarei a palavra ‘fim’” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 200).

¹¹¹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 9; FERNANDES, David Augusto. “Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova fase – 1962. Belo Horizonte, n. 64, p. 379 a 411, jan./jun. 2014, p. 381 e 382. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2014v64p379/1544>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

¹¹² CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral, Volume II*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1957, p.

simbolicamente desfeita mediante a denominada vingança de sangue, por meio da qual o responsável era destruído ou banido do grupo social.¹¹³

A experiência mostrou, contudo, que, levada a efeito e sem qualquer controle, a vingança de sangue poderia acarretar a dizimação da própria comunidade, notadamente diante de riscos externos, e que, apenas com a progressiva transferência de sua administração a um poder central – o que só viria a ocorrer na Antiguidade –, a pena deixou de sofrer tamanha influência da vingança privada.¹¹⁴

Ao tratar da origem da pena, a doutrina observa a importância exercida pelos totens e tabus nos primórdios da humanidade, registrando-se, diante da ausência de conhecimento quanto aos fenômenos que se apresentavam, a crença em forças sobrenaturais.¹¹⁵

A respeito dos totens, Freud esclarece sua relação especial com o clã – do qual é ancestral comum, além de seu espírito protetor e auxiliar –, constituindo-se, em regra, como um animal comestível, inofensivo ou perigoso, podendo se apresentar com menor frequência como planta ou força da natureza, sendo interdita não apenas sua destruição, mas também sua própria fruição.¹¹⁶ Por sua vez, no que concerne aos tabus, ainda que seja difícil precisar seu surgimento, Freud discorre sobre seus possíveis sentidos:

O significado de “tabu” se divide, para nós, em duas direções opostas. Por um lado quer dizer “santo, consagrado”; por outro, “inquietante, perigoso, proibido, impuro”. O contrário de “tabu”, em polinésio, é *noa*, ou seja, “habitual, acessível a todos”. Assim, o tabu está ligado à ideia de algo reservado, exprime-se em proibições e restrições,

47: “O sentimento inato da *vingança privada* foi elevado, nas sociedades primitivas, de sua natureza de desejo à altura de um direito: direito exigível, direito hereditário, direito resgatável ao arbítrio do ofendido, direito que por vários séculos foi considerado como *exclusivo do ofendido* e de sua família. Tal é a origem *histórica*, ou seja, o processo histórico, da penalidade”; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 9 e 10.

¹¹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 11 e 12.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 14: “A razão primordial dos limites impostos à vingança foi a preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança interminável no âmbito particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa”.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁶ FREUD, Sigmund. Obras completas, volume 11: *totem e tabu*, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 19 e 20.

essencialmente. A nossa expressão “temor sagrado” corresponde frequentemente ao sentido de “tabu”.

[...]. Os tabus seriam proibições antiquíssimas, impostas uma vez a uma geração de homens primitivos, ou seja, neles inculcadas violentamente pela geração anterior. Tais proibições recaíram sobre atividades para as quais havia um forte pendor. Elas então foram mantidas de geração em geração, talvez simplesmente devido à tradição, levada pela autoridade dos pais e da sociedade. Mas talvez já tenham se “organizado”, dentro das organizações posteriores, como parte do patrimônio psíquico herdado. ¹¹⁷

Como se nota, ao passo que o totem compreende a relação de proteção entre um animal, planta ou força da natureza e um clã, o tabu está ligado a proibições cuja origem escapa à inteligência, transmitidas de geração a geração. Diante de tais noções, como precisa Duek Marques, “a violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação”, implicando represálias com vistas à “destruição simbólica do crime”, a resultar na purificação do grupo. ¹¹⁸

Assim, não apenas se observa a ausência de limites às represálias impostas aos infratores – podendo levar não só à eliminação do autor da violação, mas da própria comunidade como um todo –, como também se nota a inexistência de monopólio no uso da força, havendo múltiplos legitimados a exercer a vingança de sangue, influenciada pela crença nos totens e tabus.

2.2 A pena e a vítima na Antiguidade

Ainda que não se estabeleça um desenvolvimento linear em relação às concepções sobre a pena ao longo da História, nem exista precisão no que diz respeito a

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 42 e 60.

¹¹⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 20.

datas específicas das sociedades antigas,¹¹⁹ é possível afirmar que estas foram marcadas por significativa influência religiosa,¹²⁰ tendo se verificado, inclusive, a regulação das penas pelos sacerdotes.¹²¹

Enquanto a própria administração da justiça era realizada pelos sacerdotes no direito egípcio, regras consuetudinárias consubstanciavam a principal fonte do direito hindu, completadas, porém, pelas prescrições dos livros sagrados – entre os quais o Código de Manu, tendo a religião também influenciado consideravelmente o direito hebreu, cujas fontes correspondem ao Pentateuco, os primeiros cinco livros da Bíblia: “O crime constituía um pecado, e a comunidade era responsável perante Deus e não diante de um poder terreno”.¹²² Duek Marques destaca o teor do capítulo 24 do livro de Levítico, o qual traz em seu bojo a lei de talião,¹²³ verificada também no Código de Hamurabi, na Babilônia, e na Lei das XII Tábuas, entre os romanos,¹²⁴ e de acordo com a qual o ofensor deveria sofrer o mesmo mal provocado ao ofendido.¹²⁵

Quanto ao tratamento conferido às vítimas, ao discorrer sobre os antecedentes históricos da Vitimologia nas legislações remotas, Heitor Piedade Júnior destaca que a

¹¹⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 123.

¹²⁰ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 205: “Os antigos esclareciam terem vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemônios acreditavam como seu legislador, não Licurgo, mas Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas estas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador”.

¹²¹ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral, Volume II*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1957, p. 47; FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 123; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 23.

¹²² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 25 a 29.

¹²³ *Ibidem*, p. 29.

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

¹²⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 938.

preocupação com a reparação do dano ocupava papel central.¹²⁶ Observa, já no Código de Ur-Nammu – surgido entre 2.111 e 2.093 a.C. nos povos de Ur –, a preocupação com a reparação dos danos causados às vítimas, que também seria verificada nas Leis da cidade mesopotâmica de Eshnunna e no Código de Hamurabi, o qual registrou cerca de cinquenta alusões ao dever de indenizar as vítimas.¹²⁷ Este último, além da lei de talião, previu distintas penas para cada classe social, favorecendo com sanções mais brandas os mais afortunados.¹²⁸

No Alcorão, encontram-se disposições no sentido de se substituir o exercício da vingança privada por compensações de caráter patrimonial e, no Código de Manu, com surgimento em aproximadamente 1.000 a.C., registra-se a mitigação da violência, sendo a lesão ao infrator gradativamente sucedida pela compensação em pecúnia.¹²⁹ Ao invés de a reparação do dano à vítima ser proporcionada pela causação de um mal ao infrator, a indenização pecuniária passou a se apresentar como apta a cumprir esse papel. A preocupação com a proteção da vítima contra qualquer dano, mormente aquele provocado pela conduta humana, também é notada na legislação mosaica, verificando-se, no Pentateuco, preceitos acerca da reparação dos danos, inclusive decorrentes de violações à reputação, a repercutir no direito talmúdico.¹³⁰

É possível perceber, igualmente, um fundo religioso na Grécia Antiga, em cuja mitologia a pena assumia “caráter de expiação sagrada”.¹³¹ A mitologia grega, por sinal até a atualidade, contribui para o estudo do comportamento humano, relacionando-se, inclusive, com o que viria a ser objeto de estudo da Vitimologia.¹³²

¹²⁶ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 7 e ss.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 9 a 17.

¹²⁸ DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 156.

¹²⁹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 17 a 22.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 22 a 31.

¹³¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 34.

¹³² PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 35, 47 e 48.

Em obra destinada ao estudo dos princípios e regras que regeram as sociedades gregas e romanas, Fustel de Coulanges anota que, diante da crença em uma existência além da vida terrena, a punição aos grandes culpados visava à punição da alma dos infratores: “Na cidade antiga a lei pune os grandes culpados com um castigo sempre considerado terrível: a privação da sepultura. Punia-se-lhes assim a sua própria alma, inflingindo-lhe um suplício quase eterno”.¹³³ Sófocles representou a importância atribuída a mencionado castigo em *Antígona*¹³⁴, revelada pela irresignação da protagonista com o édito promulgado por Creonte, que vedava a qualquer um o sepultamento de Polínicos.¹³⁵

Ainda que as famílias, fratrias e tribos antigas remanescessem com suas particularidades, cultos e costumes preservados, a formação das cidades permitiu o desenvolvimento de um espírito municipal, mediante leis próprias, até mesmo em respeito a exigências da religião.¹³⁶ Constatada a onipotência da cidade enquanto fundada sobre a religião, Fustel de Coulanges percebe também a ausência de liberdade individual, ao passo que, estando em jogo interesses do Estado, este poderia até mesmo punir o homem sem a demonstração de sua culpa.¹³⁷

Apenas com o surgimento de revoluções e o progressivo declínio do regime municipal,¹³⁸ desenvolveram-se leis a fim de trazer mais equilíbrio entre o poder

¹³³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 10.

¹³⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 5.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 40: “Antígona: Pois não distinguiu Creonte, na sepultura, um dos nossos irmãos, e desonrou o outro? A Etéocles, segundo se diz, tratando-o de acordo com a justiça e a lei, ocultou-o sob a terra, de uma maneira honrosa aos mortos do além. Quanto ao cadáver de Polínicos, perecido miseravelmente, diz-se que foi proclamado aos cidadãos que ninguém o recolhesse num sepulcro, nem o lamentasse, mas sim que o deixasse sem gemidos, por enterrar, tesouro bem-vindo para as aves de rapina, quando lá do alto espreitam, em busca da alegria de um repasto. Assim se conta que o bom de Creonte mandou anunciar a ti e a mim – sim, a mim, digo eu – e que há de vir aqui proclamar estas decisões claramente aos que as não conhecerem, e a prática desse acto não a terá por coisa de pouca monta, mas quem quer que o cometa incorre em crime de lapidação pública nesta cidade”; p. 41: “Antígona: (...) A ele, eu lhe darei sepultura. Para mim, é belo morrer por executar esse acto”; p. 43: “Antígona: (...) Eu, por mim, não creio que haja outro [mal] tão grande como morrer sem honra”.

¹³⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 134 e 220.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 246 a 251.

¹³⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 349, 399 e ss.

político e a liberdade dos homens, afastando “a vingança divina das práticas penais”.¹³⁹ Nesse sentido, a filosofia socrática viria a “contribuir para modificar a finalidade atribuída à pena. Esta, outrora ofensa a determinada divindade, passaria a constituir ofensa à própria comunidade e diante desta teria de buscar fins construtivos”.¹⁴⁰ A própria atitude de Sócrates, diante de sua condenação, evidenciaria a necessidade de que as sentenças buscassem o justo, o que seria acessível mediante a razão.¹⁴¹

Nos diálogos de *A república*, em que a narrativa é realizada na primeira pessoa por Sócrates, Platão registra a impossibilidade de que os justos tornem injustas as pessoas por meio da justiça, sendo esta uma excelência ou virtude humana, consignando que, em se causando danos aos homens, estes se tornam piores na excelência humana.¹⁴² Ressalvando o desejo de que, em seu Estado ideal, sequer surja a necessidade de aplicação das penas, Platão concebe a punição, no Livro IX de *As leis*, não voltada ao mal da pessoa, mas, sim, a torná-la melhor ou, ao menos, menos má.¹⁴³

A importância da razão está presente também na obra de Aristóteles, o qual considera a virtude como “uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria”¹⁴⁴. Após discorrer sobre a coragem, a temperança, a generosidade, a magnificência, a grandeza da alma, a brandura, entre outros, Aristóteles versa especificamente sobre a justiça e a injustiça:

¹³⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 35.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46: “Por não ter fugido à condenação, uma leitura superficial dos textos referentes ao direito em Sócrates poderia até mesmo levar à acusação de um certo pioneirismo juspositivista. No entanto, o pensamento socrático não é, de modo algum, precursor do juspositivismo. Sócrates não se submete às leis por reconhecer seu acerto. Tampouco considera a sua sentença justa. Sua proposta, ao não fugir da execução, não se encaminha pela justeza do direito positivo. Sua visão é muito mais moral e filosófica: acima do direito positivo há um justo, que pode ser compreendido pela razão, e aceitar o justo é um dever”.

¹⁴² PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*. Tradução, textos complementares e notas Edson Bini. 2ª ed., 1. reimp. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 45.

¹⁴³ PLATÃO. *As leis, ou da legislação e epinomis*. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 1ª ed., 1999, p. 357 a 359 e 394.

¹⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 3. ed., 1. reimp. 2013, p. 77.

Vamos apurar em quantos sentidos diz-se de um indivíduo ser ele “injusto”. Ora, o termo “injusto” é tido como indicativo tanto do indivíduo que transgride a lei quanto do indivíduo que toma mais do que aquilo que lhe é devido, o indivíduo não equitativo. Consequentemente, fica claro que o homem que obedece a lei e o homem equitativo são ambos justos. O “justo”, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou equitativo, e o “injusto” significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não equitativo.¹⁴⁵

A justiça está atrelada à obediência à lei (àquilo que é legal), mas a isto não se resume, também se relacionando com a igualdade (o igual ou equitativo).¹⁴⁶ Caberia à pena o restabelecimento da igualdade violada pelo crime.¹⁴⁷ Aristóteles compreende a justiça, por um lado, como prática da virtude em geral, e, por outro, como justiça particular, em que observa dois tipos: o primeiro, de distribuição de honra, riqueza e outros ativos divisíveis; o segundo, qualificado como justiça corretiva.¹⁴⁸ Esta seria consubstanciada pela mediania entre a perda e o ganho, a ser atingida mediante a penalidade, retirando-se a vantagem obtida pelo injusto.¹⁴⁹

No Direito Romano, em que a Lei das XII Tábuas ocupou posição de destaque, puderam ser verificadas diversas formas de punição, “como o talião, a mutilação, a pena pecuniária e a reparação do dano causado à vítima”.¹⁵⁰ Distinguiam-se os ilícitos penais em *crimina* – em que se violavam interesses da sociedade em geral, resultando em sanções de natureza pública decididas por juízes em tribunais próprios – e *delicta* – marcados pela ofensa a interesses privados, culminando na punição dos infratores apenas mediante provocação do ofendido –, mas, com o decurso do tempo, estes passaram à categoria de *crimina*, relegando-se a vítima a um papel secundário, uma vez

¹⁴⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 3. ed., 1. reimp. 2013, p. 146.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 147 e 150.

¹⁴⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 38.

¹⁴⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 3. ed., 1. reimp. 2013, p. 150 e 151.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 154 e 155.

¹⁵⁰ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 49.

que esta deixou de poder reclamar diretamente a reparação do dano causado pelos crimes que ofendessem seus interesses privados, ficando em dependência da iniciativa do Poder Público.¹⁵¹

2.3 A pena e a vítima no período medieval

Os reflexos religiosos no campo penal verificaram-se não apenas na Antiguidade, mas também já no início da Idade Média, em que as práticas penais, influenciadas pelos povos germanos, incluíram os duelos, a composição pecuniária e os ordálios, de acordo com os quais os acusados, a fim de provar sua inocência, eram submetidos a provas como “caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente”.¹⁵²

Não obstante o fundo religioso comum entre as penas praticadas nas sociedades antigas e aquelas aplicadas pelo homem medieval, há de se notar que, com o cristianismo, as penas passaram a servir, dada a confusão entre crime e pecado, como meio de expiação, possibilitando o atingimento da vida eterna.¹⁵³

Santo Agostinho evidencia tal compreensão expiatória da pena ao discorrer sobre seu caráter purgativo mesmo ainda “nesta vida mortal”, haja vista os que, quando

¹⁵¹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 50 e 51.

¹⁵² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 45 e 46.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 48 e 49: “Para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas eram derivadas de Deus. O direito de punir, como consequência, não fugiu à regra geral dessa espécie de delegação divina. Por esse motivo, a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna. Essa expiação explica, inclusive, o surgimento da privação de liberdade utilizada pela Igreja, como oportunidade oferecida ao condenado para meditar sobre sua culpa e arrepender-se. Assim, se nos primórdios da época antiga a pena tinha por fim a satisfação de diversas divindades, isoladas ou não, na Idade Média passou a constituir ofensa a um deus único, perante o qual o delinquente devia prestar contas. Havia, por esse motivo, grande confusão entre crime e pecado. O criminoso, por via de consequência, era visto também como pecador e, por meio do castigo, salvar-se-ia para a vida eterna.”

castigados, vêm a se corrigir.¹⁵⁴ Segundo ele, a pena há de guardar correspondência com o mal praticado e não necessariamente com o espaço de tempo do crime.¹⁵⁵

A obra de Santo Tomás de Aquino, por sua vez, dá ensejo à consideração da pena como restauradora da igualdade da justiça, tendo, além disso, aspecto medicinal, incidindo não apenas sobre o pecado passado, mas também atuando como prevenção de um pecado futuro.¹⁵⁶ Ao responder à questão sobre se o pecado se torna mais grave em razão da pessoa contra quem é cometido, Santo Tomás de Aquino se posiciona em sentido afirmativo, compreendendo como três os principais fins que movem a ação humana – Deus, o próprio homem e o próximo: maior é a gravidade do pecado quando praticado contra alguém mais unido a Deus; no que respeita a si mesmo, quando cometido contra alguém com quem se tenha laços de união o pecado é mais grave; e, no que se refere ao próximo, a gravidade do pecado assume maior proporção conforme o número de pessoas que atinge.¹⁵⁷

Ainda se tendo em vista as práticas penais do período medieval, não se pode deixar de aludir à Inquisição, surgida oficialmente no início do século XIII, bem como ao contexto em que tal movimento se inseria.¹⁵⁸ Na Idade Média, vigoravam simultaneamente diferentes sistemas de Justiça: a jurisdição exercida pelos senhores feudais sobre suas terras, em que se distinguiam os nobres, cavaleiros e homens livres

¹⁵⁴ SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, vol. III. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000, p. 2.174.

¹⁵⁵ *Ibidem*: Fundação Calouste Gulbekian, 2000, p. 2.168 e 2.169: “Efectivamente, assim como as leis da cidade mortal não fazem com que à vida volte um homem executado, assim também as leis da cidade imortal não fazem com que volte à vida eterna um condenado à segunda morte. Como é então verdade, replicam eles, o que diz o vosso Cristo: *Pela medida com que medirdes, por essa medida sereis medidos*, se um pecado temporal é punido com um suplício eterno? Não reparam que se disse que esta medida é a mesma, não devido a um igual espaço de tempo mas devido a uma troca de mal, isto é, quem tiver feito o mal pagará com o mal.”.

¹⁵⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Volume 6, II Seção da II Parte, Questões 57 – 122. São Paulo: Edições Loyola, 2005, Questão 108, p. 599: “Pode-se considerar a pena de dois modos. Primeiro, segundo sua razão. Assim considerada, a pena é devida somente ao pecado, porque ela restaura a igualdade da justiça, na medida em que aquele que, pecando, seguiu indevidamente sua própria vontade, sofre alguma coisa contrária a esta vontade. Como todo pecado é voluntário, até mesmo o pecado original, como se demonstrou anteriormente, segue-se que ninguém pode ser punido desse modo a não ser por um ato voluntário. Pode-se considerar o castigo de outra maneira: como um remédio destinado não somente a curar o pecado passado, mas também a prevenir o pecado futuro e promover algum bem”.

¹⁵⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Volume 4, I Seção da II Parte, Questões 49 – 114. São Paulo: Edições Loyola, 2005, Questão 73, p. 339 e 340.

¹⁵⁸ GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A Inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 17 a 21.

(submetidos a um sistema acusatório, em que o direito de acusação pertencia à vítima ou seus familiares, com procedimento público, oral e formalista, em que os litigantes prestavam juramentos, havendo, ainda, em caráter residual, o duelo e os ordálios) dos servos, estes sujeitos às medidas discricionariamente impostas pelos senhores das terras, registrando-se, ainda, no século XII e por influência da Universidade de Bolonha, o reaparecimento do Direito romano, tudo isso em paralelo ao Direito Canônico, estruturado como Justiça da Igreja e aplicado inicialmente ao clero, marcado por um sistema inquisitório, secreto, em que a autoridade tinha poderes para dar início ao processo criminal, liberdade para produzir as provas que entendesse necessárias, com destaque para a busca da confissão do acusado.¹⁵⁹

A finalidade da pena no período histórico em questão também se diferencia conforme o sistema de Justiça, visto que penas com função reeducativa só se vislumbravam no Direito da Igreja, enquanto, na Justiça comum, a vingança ainda exercia papel proeminente contra os violadores das ordens reais, servindo a punição, quanto mais severa, melhor, como exemplo a fim de convencer o povo a respeitar as leis.¹⁶⁰

De todo modo, os sistemas de Justiça Comum e de Direito Canônico sofreram influência recíproca, não sendo raros os casos de conflito de jurisdições – geralmente resolvidos pelo critério da prevenção – seria competente o tribunal em que o processo se instaurasse primeiro –, haja vista a coincidência de interesse persecutório quando os crimes atingiam a Igreja ou seus interesses, sem prejuízo, ainda, da possibilidade de conjugação de esforços, pela qual o tribunal eclesiástico conduzia o processo, que poderia culminar na aplicação da pena espiritual e, em seguida, remetia o caso à Justiça Comum, a fim de que esta pudesse aplicar os castigos estatais.¹⁶¹

Nesse cenário, em que a infração penal passou a refletir violação aos interesses do soberano, ultrapassando o âmbito exclusivo do interesse da vítima ou de seu grupo, e no qual se verificou a ampliação da competência dos tribunais eclesiásticos, a adotarem

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 22 a 25.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 49 e 50.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 87 a 91.

o modelo da *inquisitio*, a vítima deixou progressivamente de ser o centro das preocupações do conflito penal.¹⁶²

Em um panorama de crescentes heresias praticadas em contestação aos preceitos e à organização da Igreja – com a profanação de templos, organização de milícias contra autoridades civis e religiosas e a disseminação do catarismo, movimento contrário à doutrina católica –, o poder da Igreja e do rei se uniram, a fim de combater com rigor atentados à fé, aos bons costumes e à ordem pública.¹⁶³ No entanto, não se ignorando a atmosfera da época, excessos foram cometidos pelo Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, mediante práticas cruéis e opressoras, ainda que com vistas à salvação dos hereges.¹⁶⁴

Importante se faz consignar, não obstante as severas práticas da Inquisição, a contribuição da Igreja para o abrandamento da vingança privada, o fortalecimento do poder central e a humanização das práticas penais, como exemplificam o asilo religioso, as Tréguas de Deus e a caução de boa conduta.¹⁶⁵

Destarte, é possível observar que a Idade Média foi marcada por diferentes sistemas de Justiça, tendo-se verificado a submissão dos servos à discricionariedade dos senhores feudais, ao mesmo tempo em que vigorou um Direito Comum, aplicado aos nobres, cavaleiros e homens livres, com a crescente retomada de instituições do Direito romano, sem prejuízo, ainda, do Direito Canônico, cujo campo de atuação, inicialmente adstrito ao clero, ampliou-se consideravelmente no período medieval. A compreensão quanto à finalidade da pena, em reflexo de tais circunstâncias, oscilou entre um caráter vindicativo aliado à intimidação da comunidade, nos primeiros casos, e retributivo, expiatório e reeducador no último, registrando-se, porém, no fim da Idade Média, a consolidação do afastamento da vítima do centro das atenções no conflito penal.

¹⁶² OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33 a 35.

¹⁶³ GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A Inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92 a 99.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 103 e 118.

¹⁶⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 51 e 52.

2.4 A pena e a vítima na modernidade

Com o esmorecimento do feudalismo, indaga-se: o que teria contribuído decisivamente para a ascensão da época moderna, do Renascimento? Delumeau elenca uma série de elementos capazes de influenciar o dinamismo que passou a se observar neste período, entre os quais compreende, além de fatores climáticos e demográficos, o legado da civilização greco-romana, a crítica ao pensamento clerical, a recuperação demográfica, os progressos técnicos, as aventuras marítimas, a reelaboração e rejuvenescimento do cristianismo, a consubstanciarem resposta a diversas dificuldades enfrentadas, tais como epidemias, a exemplo da Peste Negra, massacres, guerras, resultando em considerável aumento da mortalidade, redução da produção de metais preciosos e avanço dos turcos.¹⁶⁶

Como se nota, não se atribui a um único fator a propulsão do fenômeno renascentista, devendo-se considerar, pois, toda a conjuntura política, econômica, social e cultural do período. Há de se ter em conta, é claro, o impacto da tomada de Constantinopla pelo Império Otomano em 1453, mas não a resumir como causa exclusiva da mudança de paradigmas entre a Idade Média e a Idade Moderna.¹⁶⁷ O início do Renascimento se deu em um contexto de adversidades, como as citadas, em

¹⁶⁶ DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*, volume I. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 20 e 21.

¹⁶⁷ BURKE, Peter. *O Renascimento Italiano*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Nova Alexandria, 2010, p. 276 e 277: “Outro evento político que deve ter tido um impacto profundo na cultura ocorreu em 1453: a queda de Constantinopla nas mãos dos turcos. Há muito constante de livros como a explicação do Renascimento, essa tese vem desde o próprio período, originada pelo humanista lombardo Pier Candido Decembrio. A queda da cidade, é o argumento, forçou os estudiosos gregos a migrar para a Itália, trazendo com eles seu conhecimento da língua e da literatura gregas, estimulando assim a revivescência do conhecimento antigo. A objeção óbvia a essa tese é que os estudiosos gregos já trabalhavam na Itália antes de 1453. Gemistos Plethon e Bessarion compareceram ao Concílio de Florença em 1439, e Bessarion ficou na Itália. Demetrios Chalcondylas e Theodoro Gaza chegaram à Itália nos anos 1440. (...) talvez seja um erro focalizar demais a atenção em uma data específica. O evento político crucial foi o avanço ocidental dos turcos, o que já era bem claro antes de 1453. Na verdade, era a ameaça turca que estava subjacente à reaproximação entre os cristãos latinos e gregos no Concílio de Florença. O humanista Theodoro Gaza foi à Itália depois que sua cidade natal, Salonica, foi tomada pelos turcos em 1430. Depois da queda de Constantinopla, outros estudiosos gregos, como Janos Argyropoulos e Janos Lascaris chegaram à Itália. Esses imigrantes tiveram um efeito importante no mundo italiano do conhecimento, não diferente do que tiveram os estudiosos da Europa central – inclusive muitos especialistas no Renascimento – sobre o mundo de língua inglesa depois de 1933. Eles estimularam os estudos gregos. Porém sua importância foi de satisfazerem uma demanda que já existia.”

que se passou a questionar gradualmente as instituições medievais: “hierarquia feudal, autoridade da Igreja, valor dos sacramentos”.¹⁶⁸

A modernidade foi marcada pela valorização das fontes da beleza, do saber e da religião, o que, apesar do aparente regresso a tempos antigos, veio a resultar em inequívocas conquistas na arte (pintura, música, escultura, literatura), com o surgimento dos primeiros museus, assim como em avanços mediante o domínio e aprimoramento de técnicas como a navegação, a impressão, o relógio, a fabricação de ferro fundido, transações comerciais, entre outras.¹⁶⁹

Não foi apenas no campo material, porém, que se observaram mudanças de paradigmas: no plano espiritual, o homem passou a ser valorizado em sua individualidade e não apenas como membro de um grupo.¹⁷⁰ Nas palavras de Burckhardt, o homem passou “ao estudo mais zeloso e completo de si mesmo, em todas as formas e sob todas as condições”.¹⁷¹ Torna-se, assim, compreensível o entendimento pela possibilidade de transformação do sistema político vigente.¹⁷² Burke nota, além da importância conferida à razão, à parcimônia e ao cálculo, característica do período renascentista, a identificação do que era considerado razoável a uma abordagem utilitária, antecipando-se, inclusive, ideais que vieram a ser desenvolvidos na contemporaneidade:

¹⁶⁸ DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*, volume I. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 80.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 22, 23, 85 e 99.

¹⁷⁰ BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália*: um ensaio. Tradução de Vera Lucia de Oliveira Sarmiento e Fernando de Azevedo Corrêa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 81: “Na Idade Média, os dois lados da consciência humana – aquele voltado para o interior e o outro, para o exterior – jaziam ou semiadormecidos ou semidespertos, sob um véu comum. Véu tecido de fé, ilusão e preconceitos infantis, através do qual o mundo e a história eram vistos com tonalidades estranhas. O homem só estava consciente de si próprio como membro de uma raça, de um povo, de um partido, de uma família ou corporação – somente através de alguma categoria geral. Foi na Itália que este véu se desfez primeiro; um tratamento *objetivo* do Estado e de todas as coisas deste mundo se tornou possível. Ao mesmo tempo, o lado *subjetivo* se afirmava com ênfase correspondente; o homem se tornava um *indivíduo* espiritual, e se reconhecia como tal.”; DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*, Volume I. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 23: “Ao mesmo tempo – progresso espiritual paralelo ao progresso material –, iniciou a libertação do indivíduo ao tirá-lo do seu anonimato medieval e começando a desembaraçá-lo das limitações coletivas.”

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 184.

¹⁷² BURKE, Peter. *O Renascimento Italiano*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Nova Alexandria, 2010, p. 225: “A existência na península tanto de repúblicas como de principados tornava as pessoas excepcionalmente conscientes de que o sistema político (*governo, reggimento*) não era dado por deus, mas feito pelo homem e que podia ser transformado.”

Junto com essa ênfase na razão, na parcimônia (*masserizia*) e no cálculo ocorria o uso regular de palavras como “prudente” (*prudente*), “cautelosamente” (*pensatamente*) e “prever” (*antevedere*). O razoável era sempre identificado com o útil, e uma abordagem utilitária é característica de muitos escritores do período. No diálogo de Valla, *Do prazer*, por exemplo, um dos interlocutores, o humanista Panormita, defende uma ética da utilidade (*utilitas*). Toda ação – escreve esse Jeremy Bentham do século XV – tem por base cálculos de dor e prazer. Panormita pode não representar o ponto de vista do autor. O relevante aqui é o que era impensável no período, mais do que quem exatamente pensava isso. Essa ênfase no útil pode ser encontrada repetidamente em textos do período, desde o livro de Alberti sobre a família até *O príncipe* de Maquiavel, com suas referências à “utilidade dos súditos” [*utilità de'sudditi*], e à necessidade de fazer “bom uso” da liberdade, da compaixão e mesmo da crueldade. Filarete criou, em sua cidade ideal, Sforzinda, uma utopia utilitária que Bentham teria apreciado, na qual a pena de morte é abolida porque os criminosos são mais úteis à comunidade se fizerem trabalhos forçados pelo resto da vida, em condições de dureza na exata medida para que essa punição funcione como uma restrição adequada.¹⁷³

No período moderno, concretizaram-se, como ressaltado por Delumeau, dois elementos marcantes a aparentemente antagônicos no Ocidente: “a afirmação das individualidades nacionais e a intensificação das trocas entre os países”,¹⁷⁴ panorama diante do qual se faz pertinente menção à obra de Maquiavel.¹⁷⁵

¹⁷³ *Ibidem*, p. 237 e 238.

¹⁷⁴ DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*, volume I. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 277.

¹⁷⁵ BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália: um ensaio*. Tradução de Vera Lucia de Oliveira Sarmento e Fernando de Azevedo Corrêa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 56: “Dentre todos os que achavam possível construir um Estado, o maior foi Maquiavel. Ele trata as forças existentes como vivas e ativas, assume uma perspectiva ampla e precisa das possibilidades alternativas e procura não enganar nem a si nem aos outros. Homem algum poderia estar mais isento de vaidade ou da ostentação; não escreve para o público, mas para príncipes e administradores, ou então para amigos pessoais. Nele o perigo não reside na afetação do gênio ou numa falsa ordem de idéias, mas na imaginação poderosa que evidentemente controla com dificuldade. A objetividade do seu julgamento político é às vezes espantosamente sincera; mas reflete uma época de extraordinários perigos e necessidade, quando era difícil crer no direito, ou creditar outros pelo trato justo. A indignação virtuosa se

Dedicado a Lorenzo II de Médici, duque de Urbino, *O príncipe* traça as características a serem observadas por um líder que queira se manter no poder.¹⁷⁶ Os castigos, para Maquiavel, engendraram-se como forma de intimidação, a fim de salvaguardar o poder e a segurança da sociedade.¹⁷⁷ Em se tratando da crueldade e da clemência, Maquiavel revela “que cada príncipe deve desejar ser tido como piedoso, e não como cruel”,¹⁷⁸ mas adverte que, diante da dificuldade em se reunir o amor e o temor, há maior segurança em ser temido do que amado.¹⁷⁹

Outra referência do período moderno, Hobbes fundamenta o poder do Estado na necessidade de manutenção da paz e na própria defesa dos homens – dada, segundo ele, a tendência da condição humana à guerra de todos contra todos –, apresentando-se,

derrama sobre nós às suas custas, mas temos visto em que sentido a moralidade política é compreendida pelos estadistas do nosso próprio século. De qualquer modo, Maquiavel era capaz de esquecer de si mesmo, mergulhado em sua causa. Na verdade, embora seus escritos, com exceção de umas poucas palavras, sejam totalmente destituídos de entusiasmo, embora no final os próprios florentinos o tratassem como a um criminoso, ele era um patriota no sentido mais completo da palavra. Livre, como a maioria de seus contemporâneos, no tocante à fala e à moral, o bem-estar do Estado era seu primeiro e último pensamento.”

¹⁷⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução e notas de Henrique Amat Rêgo Monteiro. 2. ed. São Paulo: Clio Editora, 2012, p. 133 e 134: “Donde é necessário, a um príncipe que queira se manter, aprender a poder não ser bom e usar ou não da bondade, segundo a necessidade. Deixando de parte, assim, os assuntos relativos a um príncipe imaginário e falando daqueles que são verdadeiros, digo que todos os homens, máxime os príncipes por situados em posição mais preeminente, quando analisados, se fazem notar por alguns daqueles atributos, que lhes acarretam ou reprovação ou louvor; e assim é que alguns são havidos como liberais, alguns miseráveis, usando um termo toscano (porque avaro em nossa língua é ainda aquele que deseja possuir por rapina; miserável chamamos aquele que se abstém em excesso de usar o que é seu); alguns são tidos como pródigos, alguns rapaces; alguns cruéis, alguns piedosos, um fedígrafo, o outro fiel; um efeminado e pusilânime, o outro feroz e animoso; um humano, o outro soberbo; um lascivo, o outro casto; um simples, o outro astuto; um duro, o outro fácil; um grave, o outro leviano; um religioso, o outro incrédulo, e assim por diante”.

¹⁷⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 60.

¹⁷⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução e notas de Henrique Amat Rêgo Monteiro. 2. ed. São Paulo: Clio Editora, 2012, p. 145.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 146 e 147: “Nasce daí uma questão: *se é melhor ser amado que temido, ou temido que amado*. A resposta é que seria necessário ser uma coisa e outra; mas como é difícil reuni-las, é muito mais seguro ser temido que amado, em tendo que faltar uma das duas. Isso porque dos homens pode-se dizer, geralmente, que são ingratos, volúveis, simuladores, tementes do perigo, ambiciosos de ganho; e enquanto lhes fizerem bem, são todos teus, oferecem-te o próprio sangue, os bens, a vida, os filhos, desde que, como se disse acima, a necessidade esteja longe de ti; mas quando esta se avizinha, revoltam-se. E o príncipe que confiou inteiramente em suas palavras, encontrando-se destituído de outros meios de defesa, está perdido, porque as amizades que se adquirem por dinheiro, e não pela grandeza e nobreza de alma, têm seu valor, mas com elas não se pode contar e, no momento oportuno, não se torna possível utilizá-las; e os homens têm menos escrúpulo em ofender a alguém que se faça amar, do que a quem se faça temer, posto que a amizade é mantida por um vínculo de obrigação, o qual, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade que a eles convenha; mas o temor é mantido pelo receio de castigo, que jamais se abandona”.

então, o temor ao poder do Estado como capaz de conformar as vontades humanas, possibilitando o convívio em sociedade, em paz e com segurança.¹⁸⁰

Ao tratar das Leis Civis, consideradas como as regras impostas aos súditos pelo Estado a fim de se distinguir o certo do errado, Hobbes anota que as pessoas podem se informar se o ato que pretendem praticar constitui injúria ou crime dependente de lei escrita, assim como aquele que se considerar injuriado (a vítima), o qual há de examinar a lei antes de realizar a queixa, caso contrário “estará agindo injustamente e, assim, pretendendo mais vexar os outros do que exigir seus direitos”.¹⁸¹

O conceito de crime ou delito trazido por Hobbes se atrela a um pecado cometido, por meio de um ato ou de uma palavra, de algo proibido pela lei ou pela omissão do que é por ela determinado, estando a vanglória, o ódio, a concupiscência, a ambição e a cobiça entre as paixões que mais frequentemente figuram como causa dos delitos e que podem ser evitadas apenas por um extraordinário uso da razão ou pela severidade constante do castigo, apresentando-se o medo como única paixão hábil a obstar a violação das leis.¹⁸²

Dentro da condição de primazia do poder do Estado sustentada por Hobbes, os crimes praticados contra a organização estatal são considerados como os mais graves, o que não impede, contudo, uma gradação entre os crimes cometidos contra um indivíduo em particular de acordo com a pessoa, o tempo e o lugar. Nesse sentido, considerando a condição da vítima, assevera:

Matar os próprios Pais é um Crime mais grave do que matar qualquer outra pessoa, já que o Pai merece ser honrado como um Soberano (embora tenha cedido seu Poder à Lei Civil), pois originalmente lhe foi delegado, por Natureza, esse poder. Roubar um pobre é, também, um Crime mais grave do que roubar um rico, levando-se em conta que o prejuízo afeta mais ao pobre.¹⁸³

¹⁸⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D’Angina; consultor jurídico Théo de Magalhães. São Paulo: Ícone, 2000, p. 96 a 100, 106 e 126.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 193, 199 e 200.

¹⁸² *Ibidem*, p. 210 e 213 a 215.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 220 e 222.

A pena, para Hobbes, corresponde a um dano, a cargo da autoridade pública, causado a quem tenha feito ou omitido o que tal autoridade tenha considerado como transgressão legal, aplicado com o fim de conformar a vontade humana à sua obediência, devendo, assim, ter a “intenção ou possibilidade de predispor o Delinqüente ou a outros homens (através do exemplo) à obediência às Leis”, não podendo ser menor do que o benefício auferido com a transgressão.¹⁸⁴

Como se pode perceber, o Estado moderno experimentou uma excessiva concentração de poderes nas mãos do soberano,¹⁸⁵ contra o que, porém, vieram a se insurgir importantes pensadores, notadamente do final do século XVIII – o qual veria, inclusive, o início da Idade Contemporânea.

A obra de Montesquieu é uma das que revela a preocupação com o governo despótico – definido como aquele, sem lei e sem regra, em que o soberano “arrasta tudo segunda a sua vontade e os seus caprichos” –, considerado corrupto por natureza.¹⁸⁶ Assim, para evitar o cometimento de arbitrariedades, excessos e tiranias, Montesquieu compreende que os poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Poder de Julgar – não devem ser exercidos pelo mesmo homem ou corpo social.¹⁸⁷

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 223 e 224.

¹⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61: “Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes”.

¹⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87 e 150; DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 82: “Governo despótico seria aquele em que um rei ou chefe exerce o poder de acordo com seu livre arbítrio, sem pautar-se pela opinião do povo ou pelos ditames da lei”.

¹⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168 a 170: “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que Dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-rogas que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto

Outra produção do final do período moderno, mas já dentro de uma concepção limitadora do poder, em uma linha de pensamento que se desenvolveria na modernidade, *Dos delitos e das penas* sintetiza valores hábeis a combater o poder tirânico,¹⁸⁸ podendo ser considerada, inclusive, como precursora dos estudos vitimológicos.¹⁸⁹ Ao tratar da moderação das penas, Beccaria observa que as crueldades tiranicamente cometidas são incapazes de fazer voltar ao passado, tendo os castigos o fim exclusivo de evitar que o condenado seja “nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”.¹⁹⁰ Sustenta aplicação da pena de forma pronta e proporcional ao delito, devendo-se “escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”,¹⁹¹ a permitir o alcance de maior justiça e utilidade.¹⁹² Consta, assim, ser a certeza de punição aquilo que mais se apresenta como capaz de prevenir os crimes, em detrimento do rigor dos suplícios.¹⁹³

com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

¹⁸⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 23: “Mas, se, ao sustentar os direitos do gênero humano e da verdade invencível, contribuí para salvar da morte atroz algumas das trêmulas vítimas da tirania, ou da ignorância igualmente funesta, as bênçãos e as lágrimas de um único inocente, reconduzido aos sentimentos da alegria e da felicidade, consolar-me-iam do desprezo do resto dos homens”.

¹⁸⁹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 65: “Além de tantos outros baluartes, tem-se a figura carismática de Beccaria, marcando com sua obra o início de uma nova época, não somente no pensamento científico especializado, como ainda na atuação da justiça de seu tempo e de todos os tempos. Modelo de trabalho a favor da vítima, em toda a Escola Clássica, e que constitui, sem dúvida, a obra-prima dos precursores da Vitimologia, foi e continua sendo *Dos Delitos e das Penas* (1764). É o ‘pequeno grande livro’, justamente famoso, que se tornou uma das grandes bandeiras da Vitimologia, sem uma vez sequer encontrar-se nele a palavra ‘vitimologia’ ou ‘vítima’”.

¹⁹⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 53.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 65 e 66: “Quanto mais pronta for a aplicação da pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza. (...) Eu disse que a presteza da pena é útil; e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável”.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 67 e 68: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”.

Não é demais, salientar, ainda, que foi dentro do período moderno, em 1785, que Kant publicou sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, paradigmática na afirmação histórica da dignidade da pessoa humana, cujas disposições correlatas foram abordadas no capítulo precedente. Os elementos jurídicos a influenciar o tratamento conferido à pena por Kant são analisados no tópico relativo à contemporaneidade, visto que notadamente desenvolvidos em sua *Doutrina do Direito*, publicada em 1796, após a Revolução Francesa, estabelecida como marco de passagem entre os períodos. No entanto, insta consignar, desde já, a contribuição kantiana para a compreensão da dignidade humana, mediante seu conceito de imperativo categórico, abordado no capítulo anterior.

É possível constatar, enfim, que a modernidade engendrou um dinamismo ímpar na realidade histórica, com a valorização das fontes do saber, da beleza e da religião, destacando-se também a consideração do homem enquanto tal e não apenas na condição de membro de um grupo, a contribuir para a afirmação da dignidade humana. Presenciou, aliás, o fortalecimento das identidades nacionais, legitimando-se práticas capazes de assegurar racionalmente a manutenção do poder soberano, o que ocorreu, contudo, sob excessiva concentração, de modo a tornar as pessoas suscetíveis a seu arbítrio.¹⁹⁴ Ainda assim ou até mesmo em decorrência disso, fez-se possível o desenvolvimento, ainda que em caráter embrionário, de ideais no sentido de romper com o absolutismo, mediante a sujeição do Estado à lei e a distinção das funções e respectivas pessoas a exercerem os poderes públicos, encontrando-se a vítima, porém, ainda no esquecimento a que foi relegada a partir da Baixa Idade Média.

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154 e 155: “Os fundamentos do direito penal da Modernidade são apresentados de forma homogênea e coerente pela Ilustração: a lei penal (geral, anterior, taxativa e abstrata) advém de contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido pelas pessoas (culpabilidade/livre-arbítrio), que se submetem à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto. A conduta punível externamente perceptível e danosa (direito penal do fato) é reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório). Assim, percebe-se claramente programa de intervenção penal limitada cuja centralidade é a tutela dos direitos individuais contra os poderes irracionais. Sem embargo, e ainda que implicitamente, a orientação possibilita compreensão pessimista acerca do poder estatal, pois propenso à violação dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

2.5 A pena e a vítima na contemporaneidade

Considerada a percepção quanto à necessidade de limitação do poder ou mesmo de substituição de sua estrutura diante do espírito iluminista do século XVIII, há de se fazer menção à Revolução Francesa, de 1789, marco do início da Idade Contemporânea. Como indica Comparato, a partir de tal movimento, o próprio termo revolução passou a assumir nova significação política: antes atrelado a um retorno às origens, aos antigos costumes e liberdades – próximo da designação de Copérnico quanto ao movimento astronômico cíclico –, veio a designar a completa renovação das estruturas sociais e políticas, abrangendo todo o conjunto de suas relações de poder.¹⁹⁵ Não só se extinguiram as servidões feudais, como também o próprio poder real passou a ser compreendido como poder constituído pela vontade da nação, esta, sim, detentora do poder constituinte hábil a sustentar a força normativa do quanto aprovado em assembleia.¹⁹⁶

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aliás, é compreendida como “atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais”,¹⁹⁷ trazendo, em seu preâmbulo, o reconhecimento de que os males públicos e a corrupção governamental são causados pela ignorância, pelo esquecimento ou pelo desprezo dos direitos do homem e expressando, em seu penúltimo dispositivo (artigo 16), que se não estiver assegurada a garantia de direitos,

¹⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141: “O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180°. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos”; e p. 142 e 143: “Os líderes revolucionários estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica que não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a nova Assembleia Constituinte que inaugurou o regime republicano. Ao mesmo tempo, operaram a imediata substituição dos pesos e medidas, vigerantes havia séculos e que variavam de região a região e mesmo de cidade a cidade, pelo novíssimo sistema métrico decimal, fundado no cálculo matemático. Se o novo calendário deixou de vigorar com o término da Revolução, o sistema métrico acabou sendo adotado definitivamente em quase todo o mundo”.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 149 e 163.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 163.

nem a separação dos poderes, a sociedade não tem Constituição.¹⁹⁸ Referida declaração veio a definir, em seu artigo 4º, a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que não prejudicar o próximo – razão pela qual a lei só proíbe aquilo que for nocivo à sociedade, como reconhecido em seu artigo 5º. No que tange ao conteúdo propriamente penal da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, há de se notar o quanto disposto em seus artigos 7º, 8º e 9º, os quais trouxeram, respectivamente, a vedação de que alguém seja acusado, preso ou punido por aquilo que não esteja previamente determinado em lei, o estabelecimento de penas que sejam estrita e evidentemente necessárias, assim como a presunção de inocência.

2.5.1 Teorias retributivas em Kant e Hegel

Em introdução a uma das edições brasileiras da *Doutrina do direito* de Kant, que veio à luz como a primeira parte da *Metafísica dos Costumes* em 1797, Cláudio de Cicco busca situar tal obra em seu contexto histórico, aludindo aos eventos da Revolução Francesa que foram projetados universalmente – entre os quais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a proclamação da República, a condenação do rei Luís XVI, o Período do Terror e o regime do Diretório –, de modo a perceber a adesão kantiana ao Estado de Direito e sua contrariedade “a todas as formas de alteração da vida constitucional e jurídica com base em procedimentos violentos ou revolucionários”.¹⁹⁹

Compreendendo-o dentro do direito público, Kant conceitua o direito de punir como aquele “que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei”.²⁰⁰ A pena jurídica, então, deve ser aplicada ao culpado “*pela única*

¹⁹⁸ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaração-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 23 ago. 2016: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...”; “**Art. 16.º** A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

¹⁹⁹ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 5.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 149 e 175.

razão de que delinuiu”, por haver querido a ação punível, o que evidencia ter Kant trazido o imperativo categórico à justiça criminal: a pena não há de ser aplicada como meio de se atingir outro bem, posto que em benefício do infrator ou da coletividade, mas consistir em aplicação do princípio da igualdade, promovendo-se o equilíbrio, com o mesmo mal causado pelo delito, mas aplicado por um tribunal.²⁰¹ Ficaria vedado ao soberano, porém, perdoar ou mitigar as penas dos culpados por crimes praticados por súditos contra outros súditos, uma vez que a impunidade seria uma grande injustiça contra as vítimas, os súditos que sofreram a lesão.²⁰²

Não se deve ignorar, todavia, como observa Junqueira, as críticas à legitimação da concepção de Kant acerca da pena, mormente diante do conceito de imperativo categórico, fundado na ideia de igualdade entre as pessoas, enquanto a realidade social é farta de amostras de desigualdade brutal, de modo que não está ao alcance de todos o desenvolvimento de suas potencialidades com a mesma intensidade.²⁰³ Tais condições acabam por permitir a escolha, por parte de um seletivo grupo, do conteúdo dos imperativos, reproduzindo-se a lógica da desigualdade pela via da própria legislação.²⁰⁴

Hegel, por sua vez, ao discorrer sobre a violência e o crime em seus *Princípios da Filosofia do Direito*, trata do direito abstrato como direito de coação exercido contra uma violência anterior (à liberdade) que vem a ser suprimida.²⁰⁵ Nesse sentido, a aplicação da pena permite restaurar o direito, mediante a supressão do crime oriundo da

²⁰¹ *Ibidem*, p. 176, 177 e 181.

²⁰² *Ibidem*, p. 184: “Com relação aos crimes dos súditos uns contra os outros, o direito de graça não toca ao soberano porque então a impunidade do crime seria uma grande injustiça cometida contra os súditos que sofreram a lesão. O soberano não pode, pois, indultar senão no caso em que a lesão tenha sido feita contra *ele mesmo* (nos crimes de lesa-majestade). E neste caso tampouco teria direito caso a impunidade pudesse ser perigosa para a segurança pública”.

²⁰³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 44: “A concepção kantiana, no entanto, é duramente atacada no que se refere a sua legitimação. A ideia do imperativo que é alcançado por todos por via *racional* parte de premissa fortemente humanista e idealista, que compreende a igualdade entre as pessoas, mas despreza a realidade social de imensa desigualdade, que não permite a todos o desenvolvimento de suas potencialidades com a mesma força.”

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 44 e 45: “Assim, um grupo de *eleitos* acaba por *revelar* quais são os chamados imperativos, nem sempre com o auxílio da razão, mas constantemente utilizando o argumento de uma *ilusória verdade objetiva* como força de convencimento no discurso. Dessa forma, a ideia kantiana, concebida com base em uma concepção que nos atrevemos classificar de *utópica* de igualdade, permite grande arbitrariedade, quer no que diz respeito ao *conteúdo* do imperativo, quer no que tange à legitimação”.

²⁰⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martin Fontes, 1997, p. 84 e 85.

vontade do criminoso – violação, por sinal, que somente para este teria existência positiva, enquanto para a vítima e para os outros, consistiria em algo de negativo.²⁰⁶ A própria dignidade do criminoso, como ser racional, seria afirmada mediante a imposição da pena, em consequência do exercício de sua liberdade desviada do Direito, ao qual, como todos, há de se submeter.²⁰⁷

Duek Marques elucida que “a pena, sob essa ótica, é justa, por reafirmar o Direito, e não por produzir um mal correspondente ao crime cometido, pois é irracional objetivar um mal pela via do castigo...”,²⁰⁸ criticando, porém, na teoria retributiva tanto de Hegel quanto de Kant, a possível ausência de limites na quantidade e qualidade da pena, assim como a indemonstrável presunção da liberdade humana, de modo a concluir pela necessidade de que a pena tenha fins construtivos e não apenas em si mesma.²⁰⁹

2.5.2 A Escola Clássica: contribuições de Bentham e Carrara

Outro autor cuja obra anima o espírito da contemporaneidade, Bentham – inserido na linha do pensamento clássico²¹⁰ – define as penas legais como males acompanhados de formalidades jurídicas a incidir sobre aqueles que tenham cometido algum ato prejudicial, vedado pela lei, a fim de se prevenirem semelhantes ações no

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 87 e 88: “No entanto, a violação, na medida em que atinge a vontade que existe em si (e tanto, por conseguinte, a do criminoso como a da vítima), não tem uma existência positiva nesta vontade em si como tal nem nos resultados dela. Para si, esta vontade em si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe exteriormente, o que, portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito”.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 89: “A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito”.

²⁰⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 99.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 100 e 101.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 92 a 94. Há de se ter em conta, como adverte Sérgio Salomão Shecaira, que vários pensadores são considerados como representantes do pensamento clássico, muito embora não tenham agido enquanto escola, apenas comungando de certas ideias, das quais Carrara foi o principal expoente (*Criminologia*. Prefácio Alvin August de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 105 e 106).

futuro, de acordo com o princípio da utilidade.²¹¹ Compreendendo-as como castigos legais, Bentham atrela a justificativa das penas à sua maior utilidade ou, melhor, necessidade, afirmando que sua diferença para os delitos não se encontra em sua natureza, mas no fato de as penas serem abonadas pela lei, dela emanando, ao passo que os delitos são ilegítimos, proibidos.²¹² Além disso, seus efeitos também não se confundem:

[...] o crime produz um *mal da primeira ordem*, e um *mal da segunda*: causa dano a um indivíduo que o não pode evitar, e espalha um terror mais ou menos geral: a pena causa um *mal da primeira ordem*, e um *bem da segunda*: faz passar o criminoso por um padecimento, em que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade.²¹³

Considerada a compreensão de Bentham, é possível engendrar a vítima do crime como sendo aquela a sofrer o mal da primeira ordem produzido pelo delito, enquanto no que tange aos efeitos da pena, o ofendido se insere entre os demais membros da sociedade, que, diante do bem da segunda ordem, têm o alento de sua conservação. Observe-se que a reparação do dano – tão cara ao desenvolvimento dos estudos vitimológicos – é também vista por Bentham como um dos pensamentos a orientar o legislador ou o magistrado:

Quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do Legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado.²¹⁴

Bentham defendia que as ações humanas eram regidas por um cálculo sobre prazeres e penas: sendo maior o valor total da pena em relação ao valor total do prazer proporcionado pelo crime, a força daquela prevalece, afastando do sujeito o ânimo

²¹¹ BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Tradução clássica revisada. São Paulo: Logos, [S. d.], p. 17. As citações desse livro, neste trabalho, tiveram a ortografia atualizada.

²¹² *Ibidem*, p. 17 e 18.

²¹³ *Ibidem*, p. 18 e 19.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

infrator, o que resultará na conclusão de que o mal da pena deva ser maior do que o proveito que se pode obter com o crime.²¹⁵

Como se pode notar, a evolução dos estudos sobre o papel da vítima no evento criminoso passou a ser lentamente retomada, conquanto se registre maior preocupação com o papel exercido pelo agente do crime, como “protagonista do drama criminal”, relegando-se a vítima à marginalização, quando muito, levada em consideração “como sujeito passivo de um processo, mas nunca como agente desse mesmo processo”,²¹⁶ o que veio a se reproduzir nas Escolas Clássica e Positiva.

Carrara, principal expoente da Escola Clássica, percebe a punição dos delinquentes como princípio universal e absoluto, observado em todas as civilizações, chegando-se a seu reconhecimento não somente como direito da vítima, da autoridade religiosa ou do poder real, mas da humanidade como um todo.²¹⁷

Em seu *Programa do curso de direito criminal*, defende a “necessidade de punir as ofensas causadas aos direitos do homem” como razão absoluta da existência da sociedade civil, sendo a liberdade humana o fundamento do Direito Penal.²¹⁸ Reconhecendo, pois, as ações humanas lesivas ao direito como princípio fundamental da pena, Carrara não vê como fim da pena que se faça a justiça, a vingança da vítima, o ressarcimento desta pelo dano sofrido, o temor dos cidadãos, a expiação do delinquente

²¹⁵ *Ibidem*, p. 19 e 20: “Todo homem se governa nas suas ações por um cálculo, bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão aturada: lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência duma ação, que lhe agrada: esta ideia faz um certo abalo no seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força, que o afasta do crime, venha por fim a vencer, e que não tenha lugar o desatino, que formava no seu pensamento”; e p. 23: “É necessário que o mal da pena seja maior que o interesse que se pode tirar do crime”.

²¹⁶ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007, p. 81.

²¹⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Volume II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 63 e 64: “Se existe um fato que examinado *a posteriori* se mostre o desenvolvimento de um princípio universal absoluto, tal é este, da punição dos delinquentes. Revelado ao homem, em todos os tempos e lugares, sob a forma do sentimento de vingança; purificado, nos primeiros albos da civilização, com a ideia religiosa; reconduzido pelo progresso das luzes ao seu verdadeiro caráter, exclusivamente terreno; e, finalmente, levado à sua última elaboração com o reconhecimento nele, não de um direito do ofendido, do sacerdote, ou do príncipe, mas da humanidade, o poder de punir conservou, através de todas as ideias e de todos os sistemas, um cetro a que se curvaram sempre e em toda parte as paixões humanas. Isso mostra, repito, que se existe preceito que revele, intuitivamente, a sua emanção da lei eterna que rege a humanidade, é ele o da punição dos culpados sobre a Terra”. As citações desse livro, neste trabalho, tiveram a ortografia atualizada.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 64 e 71.

nem sua correção, consideradas todas consequências acessórias, embora algumas desejáveis, que não afetam a essência da pena, cujo fim primário consiste no “restabelecimento da ordem externa da sociedade”.²¹⁹

2.5.3 As teses positivistas de Lombroso, Ferri e Garofalo

Diante, porém, do abismo entre o ideal clássico de racionalidade pura e a realidade, a evidenciar a desigualdade, gerando múltiplos fatores a influenciar o crime, bem como “uma pluralidade de instâncias que se interpõem entre a abstração da lei na concepção do legislador e sua aplicação concreta”, houve campo para o advento das críticas positivistas, a partir de um modelo causal explicativo.²²⁰

Lombroso, com a publicação, em 1876, de *L'uomo delinquente*, rompeu com os paradigmas até então predominantes para inaugurar o período científico da criminologia.²²¹ Valendo-se do método empírico-indutivo, trouxe para o âmbito criminal os saberes dos fisionomistas, articulando características físicas (formato do rosto, cabelos, barba, peso, estatura, tatuagens) com dados estatísticos e trazendo a lume os conceitos de atavismo e de criminoso nato.²²² Apesar de reconhecer a influência de fatores externos – e aqui, poderia situar-se o comportamento da vítima, por que não? –, o mundo circundante apenas propulsionaria um fator endógeno, clínico, uma vez que o criminoso sempre nasceria como tal, em viés, portanto, biológico determinista.²²³ Não obstante a insuficiência do atavismo para explicar crimes “que não guardam relação

²¹⁹ *Ibidem*, p. 73 e 74.

²²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Prefácio Alvino Augusto de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106 a 108.

²²¹ *Ibidem*, p. 107.

²²² LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*: in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Torino: Fratelli Bocca, 1878, p. 375 e ss.; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108 e 109: “Lombroso afirmava ser o criminoso um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem que já nasce delinquente. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia, que ataca os centros nervosos dele”.

²²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Prefácio Alvino Augusto de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

com as formas primárias da humanidade”,²²⁴ como aqueles decorrentes das transformações sociais e da sociedade industrial, em consequência dos estudos de Lombroso, foi possível o desenvolvimento da criminologia e das ciências a ela correlatas, bem como da percepção quanto à insuficiência da ideia de castigo, preparando-se o terreno para medidas de defesa social.²²⁵

A distinção elementar entre a Escola Clássica e a Escola Positiva residiria, notadamente, nos métodos adotados por cada uma: dedutivo, de lógica abstrata, no primeiro caso – tendo o crime como entidade jurídica por objeto – e indutivo, de observação dos fatos, no segundo – tendo por objeto o delinquente como pessoa, a apresentar maior ou menor perigo social.²²⁶

Segundo assinalado na obra de Enrico Ferri, faz-se necessária a investigação das causas da criminalidade, buscando-se sua eliminação ou atenuação mediante “reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica”, sustentando-se também que a defesa social há de se realizar não somente com a coerção do apenado, mas também por meio de um regime carcerário a permitir a reeducação social, considerando que a maioria dos delinquentes pode se readaptar à liberdade.²²⁷ Tanto causas internas (impulsos fisiopsíquicos) como condições externas, ambientais, podem preponderar para o cometimento de um crime, de modo que, ao menos enquanto realiza o fato criminoso, o sujeito se encontra em situação de anormalidade – o que se dá em contraposição à concepção de homem normal, que não é, porém, equivalente a perfeito, mas corresponde àquele adaptado ao ambiente em que

²²⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 108.

²²⁵ *Ibidem*, p. 109; FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Prefácio do Prof. Beza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 341: “Se a sanção penal tem sempre uma razão e um escopo de defesa social, quer mediante a prevenção *geral* (ameaça de pena por parte da lei a todos os cidadãos), quer mediante a prevenção *especial* (aplicação de tal ameaça ao cidadão que tiver violado a lei), é evidente que a eficácia prática de semelhante defesa vai aumentando da lei à sentença e desta à sua execução efetiva. (...) E já que a pena individualmente aplicada não pode ter senão uma destas duas finalidades – o tornar inócuo o delinquente incorrigível e incurável ou reeducar para a vida social o delinquente emendável e curável – disso resulta que a execução da sentença adquire, na realidade prática, o maior grau de eficácia defensiva e, portanto, de utilidade social”.

²²⁶ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Prefácio do Prof. Beza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 64.

²²⁷ *Ibidem*, p. 65 e 122 a 124.

vive.²²⁸ Para Ferri, posto que todo criminoso seja responsável pelo delito que pratica – para o que contribuem os motivos determinantes –, a pena deve ser adaptada conforme a personalidade fisiopsíquica e social do infrator em relação com a infração penal que lhe é imputada.²²⁹

Interessante notar que, em capítulo sobre a adaptação legal da sanção, Ferri lista, entre as modalidades do fato criminoso a demonstrar maior grau de periculosidade, o caso de se tornar mais difícil a defesa da vítima, assim como o abuso das condições de inferioridade pessoal, sejam físicas ou psíquicas, por parte do ofendido ou de circunstâncias que lhe sejam desfavoráveis, abordando, ainda, o sujeito passivo do crime como “terceiro protagonista da justiça penal” – ao lado do réu e do Ministério Público –, reivindicando à Escola Positiva o relevo à “condição jurídico-social da parte lesada ou vítima do crime e a obrigação, além da conveniência social, de lhe tutelar mais eficazmente os direitos e interesses”.²³⁰ No entanto, apesar de tal intento, é possível perceber que o centro das atenções remanesca voltado ao agente criminoso, à sua personalidade, constituição biopsíquica, vida familiar e social, bem como seu comportamento “antes, durante e depois do crime”.²³¹

Outro pensador positivista a cujo pensamento há de se fazer menção é Raffaele Garofalo, a quem se atribui o conceito de delito natural.²³² Garofalo analisa o criminoso como alguém que apresenta uma anomalia moral, da qual o crime é um sintoma.²³³ Para ele, tal anomalia é, sociologicamente, uma degeneração, decorrente de causas hereditárias ou do meio, não sendo, porém, as circunstâncias em que o sujeito se

²²⁸ *Ibidem*, p. 250 e 251.

²²⁹ *Ibidem*, p. 239, 294 e ss.

²³⁰ *Ibidem*, p. 325 e 377 a 379.

²³¹ *Ibidem*, p. 331: “... a Escola Positiva tem, desde o seu início, proclamado a necessidade de que na justiça penal – da descoberta do delinqüente à sua condenação – toda a indagação, toda a discussão, toda a decisão se devem concentrar sobre a personalidade do acusado na sua constituição biopsíquica, nos seus precedentes de vida familiar e social, no seu comportamento antes, durante e depois do crime”.

²³² GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 4.^a edição. Lisboa: Clássica, 1925, p. 64: “... pode concluir-se que o elemento de moralidade necessário para que a consciência pública qualifique de criminosa uma ação, é a ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade* – não, bem entendido, à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum, à que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade. Essa ofensa é precisamente o que nós chamaremos *delito natural*”. As citações desse livro, neste trabalho, tiveram a ortografia atualizada.

²³³ *Ibidem*, p. 96.

encontra a causa do delito, mas sua degeneração individual.²³⁴ Segundo Garofalo, o fim da pena, embora aparente ser a vingança social ou o desejo de se fazer ao culpado mal análogo ao por ele produzido, corresponde a, em primeiro lugar, excluir os delinquentes inassimiláveis do meio coletivo e, depois, constranger o autor de um mal a repará-lo o quanto possível.²³⁵

Garofalo distingue os crimes em duas espécies: haveria, por um lado, os crimes que demandam meios eliminativos (tais como a pena de morte, o exílio ou rejeição, a internação manicomial e a alocação em companhias de trabalho e colônias agrícolas por tempo indeterminado) e, por outro, aqueles que se satisfazem com uma reparação à vítima, levando-se em conta seu prejuízo moral, agitação e medo, praticamente eliminando do sistema que propõe as penas chamadas correcionais, bem como todas as que não tenham por fim a segregação do infrator, mas tão somente a imposição de um castigo.²³⁶

2.5.4 A Escola Correcionalista e a contribuição de Concepción Arenal

Além da contribuição da Escola Positiva para a compreensão da pena e sua finalidade, é relevante que se proceda também, conquanto sucintamente vista a ênfase dada ao delincente e não à vítima, à análise das ideias desenvolvidas pelo correcionalismo, movimento que, diversamente do positivismo criminológico, pugnou

²³⁴ *Ibidem*, p. 129: “O que neste momento desejamos estabelecer é o seguinte: - que o criminoso, muitas vezes fisicamente anômalo, o é sempre moralmente; - que essa anomalia, colocando-o em condições de inferioridade relativamente à raça a que pertence, é, sociologicamente, uma *degeneração*, imputável como veremos, a causas hereditárias ou do meio; e que, portanto, *não* são as circunstâncias em que o delincente se encontra, mas a sua *degeneração individual*, a causa do crime. As circunstâncias externas são, é certo, as causas *diretas e imediatas* da *determinação voluntária num dado momento e numa dada ordem de fatos*; e, contudo, atuando eles identicamente em mil indivíduos, destes um só delinque. Por quê? Sem dúvida, porque esse indivíduo sente de um modo particular a influência de tais circunstâncias ou, o que vale o mesmo, porque tem em si próprio alguma coisa de exclusiva, uma *diátese*, um modo de ser privativo”.

²³⁵ *Ibidem*, p. 301.

²³⁶ *Ibidem*, p. 435, 442 e 542.

pela possibilidade de transformação interna dos criminosos, acreditando em sua correção.²³⁷

A respeito da Escola Correcionalista, anota Bitencourt que sua característica marcante consiste na fixação da correção ou emenda do delinquente como único e exclusivo fim da pena, que deve buscar converter sua vontade criminosa de acordo com os ditames jurídicos.²³⁸

Em *El Visitador del Pobre*, Concepción Arenal traz a ideia da dor como uma necessidade, um elemento indispensável da natureza humana e não como algo transitório, devendo ser vista como, ao invés de um inimigo, um amigo triste a fazer companhia pelo resto da vida: “Sem luta, sem contrariedade, sem abnegação, sem prova, sem sacrifício, por fim, sem dor, não é possível moralidade nem virtude”.²³⁹

Nesse sentido, evidenciando-se a centralidade ocupada pelo delinquente na visão do correcionalismo, cabe ao visitador dos pobres a qualidade da caridade – sem soberba, ambição, inveja, ira, iniquidade –, agindo com verdade, paciência e benignidade para com aqueles com quem se tem muito a aprender – e que dão exemplos virtuosos – e outros que precisam de auxílio para não se perderem do bom caminho ou de socorro para a ele voltarem.²⁴⁰

2.5.5 A Nova Defesa Social e a contribuição de Marc Ancel

O início do século XX foi marcado, porém, pelo recrudescimento do Direito Penal, que, diante do predomínio do tecnicismo jurídico, distanciou-se da corrente humanitária, olvidando da interlocução com as demais ciências, de modo pelo qual a

²³⁷ Após situar Carlos David Augusto Röder, Concepción Arenal e Pedro Dorado Montero como expoentes das ideias correcionalistas, Duek Marques assim sintetiza seu pensamento (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 116): “Na visão desses autores, não há criminosos incorrigíveis, mas somente não corrigidos”.

²³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

²³⁹ ARENAL, Concepción. *El Visitador del Pobre*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1941, p. 10.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 39 e 40.

preocupação com o crime e a pena se restringiram ao arcabouço normativo vigente, reduzindo-se sua análise tão somente ao aspecto jurídico.²⁴¹

O legado do período pós Segunda Guerra Mundial, contudo, permitiu a retomada das concepções humanitárias,²⁴² agora sob outra roupagem: desenvolveu-se uma doutrina de defesa social sob novo viés, não mais reduzido à proteção da sociedade contra o crime e à repressão dos delinquentes,²⁴³ cujo tratamento também passou a ser enfatizado, na busca de sua socialização.²⁴⁴

Sob tal ângulo, registra-se a contribuição de Felippo Gramatica com a fundação, em 1945, do Centro de Estudos de Defesa Social em Gênova, o que foi sucedido pela realização do I e II Congressos Internacionais de Defesa Social, em 1947 (Sanremo) e 1949 (Liège), respectivamente, sendo, ao término do último, criada a Sociedade Internacional de Defesa Social.²⁴⁵

Marc Ancel, um dos principais expoentes da Nova Defesa Social,²⁴⁶ apresenta-a como reação a um sistema meramente retributivo e à concepção do Direito Penal como técnica jurídica, tendo como premissa o crime como “um fato social e um ato humano”, a fundar uma política criminal lastreada nas ciências sociais e na criminologia – o que é

²⁴¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 125 e 126.

²⁴² *Ibidem*: “Após a Segunda Guerra Mundial, em reação aos crimes contra a humanidade nela cometidos, ocorreu um movimento de retorno às concepções humanitárias, que contribuiu para a atualização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e para o respeito à dignidade da pessoa humana. Em decorrência desse movimento, foi elaborada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujos princípios liberais tiveram grande reflexo no Direito Penal...”.

²⁴³ ANCEL, Marc. *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução do original da 2. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 2 e 3.

²⁴⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 126 a 128.

²⁴⁵ ANCEL, Marc. *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução do original da 2. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979, Introdução à 1ª edição.

²⁴⁶ Não é demasiado registrar gradações nas concepções engendradas no movimento da Nova Defesa Social, desde a valorização da sanção penal, mas sob um aspecto preventivo, passando por uma ativa política de prevenção e tratamento adequado às especificidades do delinquente, até o menoscabo ao direito penal repressivo, a ser substituído por um sistema não punitivo, com o estabelecimento de soluções visando ao aperfeiçoamento e à harmonia da sociedade (ANCEL, Marc. *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução do original da 2. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 11 a 14).

exemplificado pela fórmula “*a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes*” adotada, em 1948, pelas Nações Unidas.²⁴⁷

Assim, a defesa social passa a ser entendida como “verdadeiro humanismo judiciário que tende a transformar, afora qualquer rejeição do sistema de direito penal, e de forma resoluta, a administração da própria justiça penal”.²⁴⁸ Marc Ancel critica veementemente o autoritarismo de políticas criminais repressivas marcadas pela intransigência de regimes totalitários, marcados pelo desprezo à dignidade humana, do que foi prova a Segunda Guerra Mundial:

Toda afirmação intransigente de uma política criminal de repressão, pretendendo ignorar o tratamento do delinqüente e hostil a todas as formas de reinserção social, procede de uma ideologia autoritária e anti-humanista, ainda que se dissimule sob apelos à moral e invoque o respeito à tradição.

Mas o próprio excesso do totalitarismo, particularmente do totalitarismo nazista, desde 1945 provocaria fatalmente, sobretudo na Europa continental, então liberada, uma forte reação contra o desprezo à pessoa humana e às garantias da liberdade individual pelo direito penal autoritário. Compreende-se então por que os regimes autoritários haviam naturalmente adotado uma hostilidade resoluta aos princípios da defesa social e como, para lembrar as ideias mais primitivas do castigo e de talião, eles combateram a noção de reeducação e mesmo a de proteção social baseadas na aplicação de medidas de caráter não punitivo.²⁴⁹

É possível observar, de tal modo, como percebe Duek Marques, harmonia entre o desenvolvimento dos estudos vitimológicos no período pós-Segunda Guerra Mundial e as teses sustentadas pela Nova Defesa Social, notadamente no que concerne à

²⁴⁷ ANCEL, Marc. *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução do original da 2. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 9 e 10.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 112.

assistência à vítima e à reparação do dano, esta considerada uma das mais eficazes medidas para a revitalização do tecido social.²⁵⁰

2.5.6 Teorias da pena em Roxin, Jakobs e Ferrajoli

Diante dos estudos desenvolvidos no pós-guerra a refletir nas atuais concepções quanto à finalidade da pena, pertinente se faz menção a entendimento de Claus Roxin, cujos estudos problematizam a própria justificação do Direito Penal – que tem reconhecida importância como instituição social, proporcionando premissas para o livre desenvolvimento da personalidade humana –, dados os males que provoca, tais como a estigmatização do condenado, submissão de cidadãos, ainda sem prova de culpa, a graves medidas persecutórias, sem se ignorar, ademais, as próprias condições do sistema carcerário. Segundo Roxin, só deve haver imputação de crime ao agente que tenha criado um risco não permitido para o objeto da ação, que tal risco efetivamente se realize e que o resultado ocorrido esteja ao alcance do tipo penal.²⁵¹

Roxin, apesar de concluir pela tendência de aumento da taxa de criminalidade – consideradas novas formas de comportamentos puníveis e a demanda de sociedades complexas por regulamentação –, posiciona-se no sentido de que as penas devem se tornar mais suaves, explicando o aparente paradoxo:

[...] diversificação ou pena de multa são meios mais humanos, baratos e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização, e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade. Todos os argumentos, portanto, são favoráveis a uma suavização do direito penal.²⁵²

²⁵⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 131 a 133.

²⁵¹ Roxin reconhece no Direito Penal a finalidade de garantia dos pressupostos para uma pacífica, livre e igualitária convivência social, na medida em que outras instâncias sociopolíticas de controle o sejam incapazes de fazê-lo. Não fosse isso o bastante, sustenta que uma proibição penal não pode ser legitimada pela imoralidade ou reprovabilidade ética de um comportamento caso não haja lesão aos pressupostos de uma convivência pacífica. (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1 a 3, 32, 33, 37 e 104).

²⁵² ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15 a 20.

Em contraposição a modalidades de penas cuja deletéria imposição se verificou historicamente – como penas corporais e de banimento –, Roxin vislumbra novas penas e medidas de segurança, mais suaves, tais quais a prisão domiciliar, a proibição de dirigir e medidas social-terapêuticas, além de outras sanções desprovidas do caráter coativo da pena, como o trabalho de utilidade comum (prestação de serviços em instituições estatais, a exemplo de hospitais e lares assistenciais) e a reparação voluntária da vítima.²⁵³

Chega a anotar, frise-se, que a rápida e não burocrática reparação consiste em uma decisiva vitória para uma justiça penal da vítima, reconhecendo a crescente importância dos estudos de vitimologia.²⁵⁴ Em contato com a vítima, o autor tem a oportunidade de repensar seu comportamento e o dano provocado, de modo construtivo, o que pode não só contribuir com sua ressocialização, mas também com a prevenção geral de forma positiva, “pois a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e o *status quo ante* reestabelecido”.²⁵⁵

Roxin não se contenta com as explicações fornecidas pela teoria retributiva, pela teoria da prevenção especial, nem pela teoria da prevenção geral fundada na intimidação. Quanto à primeira, as críticas podem assim ser sintetizadas: ausência de limite quanto ao conteúdo do poder punitivo estatal, concedendo um “cheque em branco ao legislador”; insatisfatoriedade da justificação da pena com base na ideia de compensação de culpa, haja vista ser indemonstrável a liberdade humana; e a irracionalidade em se pagar um mal cometido com um segundo mal, concebido como impulso de vingança.²⁵⁶

No que concerne à prevenção especial – pela qual se busca evitar que o delincente cometa novos crimes, o que poderia se dar por sua ressocialização, intimidação ou, diante da ineficácia dessas hipóteses, por torná-lo inofensivo –, Roxin também censura a ausência de delimitação de conteúdo do poder punitivo e argumenta que a ideia de prevenção especial não se coaduna com períodos de tempos rígidos,

²⁵³ *Ibidem*, p. 20 a 27.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 25 e 26.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 26.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª edição. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004, p. 16 a 25.

fixos, tendendo a deixar o sujeito “ilimitadamente à mercê da intervenção estatal”.²⁵⁷ Questiona, ainda, a hipótese em que, em razão dos crimes cometidos, não haja risco de reiteração – o que exemplifica por meio dos assassinos dos campos de concentração, em sua maioria vivendo de modo integrado à sociedade –, inexistindo, em consequência, necessidade de ressocialização, situação em que a teoria da prevenção especial não conseguiria justificar a aplicação da pena. Além disso, tal teoria sujeita-se a críticas pela submissão a tratamento de pessoas adultas contra sua própria vontade, a critério de uma maioria da população.²⁵⁸

A seu turno, sustenta que a teoria da prevenção geral, assim como as anteriores, deixaria de esclarecer os limites a justificarem a intimidação dos membros da coletividade, estendendo-se as objeções de Roxin à impossibilidade de se comprovar sua efetividade em muitos grupos de crimes e infratores e à imposição de um castigo não apenas em consideração ao delinquente, mas à coletividade, o que, segundo a própria concepção de Kant acerca do imperativo categórico, violaria a dignidade humana, por tornar o delinquente meio de intimidação dos demais membros da sociedade.²⁵⁹

Diante, porém, de um panorama em que o Direito Penal assume natureza subsidiária e de sua vinculação à tutela de bens jurídicos, posto que a pena assuma a finalidade de prevenção geral – dada sua precedência temporal em relação ao “sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial” –, a necessidade da comunidade jurídica quanto à aplicação da pena há de ser conciliada “com a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem de garantir”.²⁶⁰ Em sendo assim, Roxin não vislumbra ofensa à dignidade humana apenas por se imporem deveres ao particular no interesse da sociedade, o que se daria somente se o julgamento se desse por critérios de utilidade para fins alheios e não “segundo a medida da sua pessoa”.²⁶¹ A medida da culpa, então, ao invés de fundamentar o poder punitivo do Estado, seria limitadora da aplicação da pena, cuja execução não deve humilhar nem

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 21.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 21 e 22.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 23 a 25.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 28 a 43.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 35.

ofender a personalidade do condenado, mas despertar sua consciência de responsabilidade, desenvolvendo-o espiritual e intelectualmente.²⁶²

Há de se pontuar também as linhas gerais sobre a pena contidas no desenvolvimento da teoria de Günther Jakobs,²⁶³ outro autor alemão cujo pensamento tem sido muito difundido na atualidade. Segundo ele, são passíveis de críticas as teorias da pena que buscam combinar suas finalidades retributivas e preventivas como que por adição, uma vez que, ao invés disso, tratar-se-ia de uma recíproca paralisação do que restara reunido, de modo a não vislumbrar harmonia nessa tentativa de conciliação.²⁶⁴

Jakobs considera ambos os vieses, isolada ou conjuntamente, como pontos de partida insuficientes para a compreensão da pena, vindo a perceber como decisivo o aspecto de confirmação da configuração normativa concreta, real, da sociedade, visto que “existe para caracterizar el delito como delito”.²⁶⁵ Caso se pretenda adotar a terminologia de prevenção geral positiva, sustenta Jakobs, não se trata de prevenção por se querer o alcance de algo mediante a pena, mas porque esta, em si, tem como efeito a vigência da norma, ao passo que a generalidade não está relacionada aos efeitos perante um considerável número de pessoas, mas à configuração da comunicação em geral, o que é garantido genericamente.²⁶⁶

²⁶² *Ibidem*, p. 35 e 42.

²⁶³ Como explica Alexis Couto de Brito, Jakobs tem promovido certas modificações no aperfeiçoamento de sua teoria da pena: “É certo que a teoria da pena de Jakobs não se manteve a mesma desde a publicação de seu artigo em 1976, e tem passado, ao longo de mais de 30 anos de estudos, por algumas alterações. Por isso, não se pode falar da teoria da pena de Jakobs sem se fazer referência ao período em que foi formulada. Entretanto, trata-se não só de uma alteração, mas sim de uma evolução contínua de sua teoria. Os autores que estudam os aportes de Jakobs têm apontado, ao menos, três fases. Na primeira, a principal finalidade da pena é a influência psicológica nos membros da sociedade para que continuem confiando na norma, ou seja, fiéis ao direito. Em uma segunda fase, Jakobs relega a influência pessoal a um segundo plano (evidentemente por ausência de comprovação prática), e a pena passa a ter a finalidade principal de confirmar a identidade da sociedade na medida em que marginaliza o delito e reafirma a estabilidade normativa, ou seja, a vigência da norma. Em seus últimos textos, Jakobs passa a admitir e até justificar a ‘dor penal’ que carrega a pena, como forma fática de apoio cognitivo ou consolidação cognitiva.” (BRITO, Alexis Couto de. “As finalidades da pena em Günther Jakobs”. Artigo originalmente publicado em Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 110, ano 22, set-out de 2014, pp 15-50. Disponível em: <https://www.academia.edu/11605356/Finalidades_da_Pena_em_Jakobs>. Acesso em: 03 set. 2016).

²⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1998, p. 12 e 13.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 33.

Jakobs traz a pena como reação ante a infração de uma norma, de cuja observância depende a configuração social básica, não podendo, portanto, dela renunciar.²⁶⁷ Para Jakobs, a pena tem, em síntese, por missão reafirmar a vigência da norma, constituindo modelo de orientação das relações sociais.²⁶⁸ Para se autorizar a reação estatal, o conflito há de assumir dimensão pública, o que não significa, porém, desconsiderar a afetação individual da vítima quando isto vier a ocorrer.²⁶⁹

Apresenta-se como relevante também, ainda que de modo sucinto, menção à concepção da pena de Luigi Ferrajoli, para quem só é possível uma adequada doutrina de justificação do poder punitivo estatal mediante um modelo garantista, que proteja os valores ou direitos fundamentais ainda que contrariamente ao interesse da maioria, defendendo o cidadão contra a arbitrariedade estatal:

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. [...]

É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários.²⁷⁰

O modelo garantista proposto por Ferrajoli abarca, como se pode notar, a proteção de todas as pessoas – seja da vítima ofendida ou ameaçada por um crime, seja do réu pela vingança –, tutelando, enfim, os direitos fundamentais do mais fraco contra o mais forte contra violências arbitrárias.

²⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquin Cuello Contreras, e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 8 e 12.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 13 e 14.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 12.

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 311 e 312.

Em suma, diante do estudo dos fundamentos assumidos pela pena no transcorrer da história, cabe, como sinalizado por Duek Marques, refletir sobre como ela pode ser eficazmente preventiva, ao mesmo passo em que capaz de revitalizar o tecido social ultrajado pelo delito,²⁷¹ no qual a vítima se encontra inserida.

Diante das ideias expostas no presente capítulo, é possível constatar que a reflexão sobre a pena, incluído o tratamento conferido à vítima, transcende uma postura que parta de uma ótica puramente normativa, sendo todo um panorama histórico, político, econômico, social e cultural levado em consideração.

Nesse sentido, conforme observado no primeiro capítulo ao se abordar a evolução do movimento vitimológico no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, há de se ressaltar que, na atualidade, a vítima reassumiu um papel de relevo também no que concerne ao fenômeno criminal, percebendo-se a convergência de objetivos entre referido movimento e o Direito Internacional dos Direitos Humanos no sentido da efetividade dos direitos da vítima e da adequada reparação dos danos que esta venha a sofrer.

Passa-se, então, à análise do conteúdo das disposições normativas trazidas no bojo do Código Penal em vigor quanto à consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena à luz de aspectos sociológicos e jurídicos da formação do Brasil contemporâneo, a fim de se verificar se elas efetivamente se encontram em harmonia com os Direitos Humanos.

²⁷¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1 e 2.

CAPÍTULO III

3 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NA APLICAÇÃO DA PENA ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS

O ordenamento jurídico-penal brasileiro passou a prever expressamente o comportamento da vítima como circunstância judicial na fixação da pena somente a partir do ano de 1984,²⁷² com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, oriunda da Lei n. 7.209, daquele ano.²⁷³ Antes disso, porém, tal diploma já previa a injusta provocação da vítima a gerar, no agente, estado de violenta emoção como atenuante (a disposição original, situada no artigo 48, IV, c, foi alocada no novo artigo 65, III, c, parte final) e causa de diminuição de pena (artigos 121, § 1º, e 129, § 4º), o que remanesce em vigor.²⁷⁴

Ainda que referida modificação legislativa introduzida pela reforma da Parte Geral do Código Penal tenha sido editada com vistas a lograr maior precisão nos critérios adotados na individualização da pena, é possível verificar já nos motivos expostos para tanto resquícios de um passado patriarcal, a permear compreensões equivocadas, com potencial para perpetrar violações aos direitos das vítimas.

Considerada a evolução normativa referente à consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena, procede-se ao cotejo entre o quanto se pode extrair do conteúdo normativo do Direito Penal pátrio e as conquistas proporcionadas pelo influxo

²⁷² Em 1984, aliás, foi fundada a Sociedade Brasileira de Vitimologia, aos 28 de julho, no Rio de Janeiro, tendo se realizado no mesmo ano o I Congresso Brasileiro de Vitimologia (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 72).

²⁷³ Na redação conferida pela lei em questão, em vigor até os dias atuais, o artigo 59 do Código Penal assim prevê: “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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”.

²⁷⁴ BRASIL. *Código Penal* – Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 19 nov. 2016.

dos Direitos Humanos, vislumbrando-se, assim, um caminho para a efetivação dos direitos humanos da vítima de crime.

3.1 O comportamento da vítima na aplicação da pena de acordo com a legislação brasileira

Como esboçado no início do capítulo presente, o comportamento da vítima foi alçado ao patamar de circunstância judicial de aplicação da pena (artigo 59, *caput*, do Código Penal) pela Nova Parte Geral oriunda da Lei n. 7.209/84, mantendo-se, contudo, a injusta provocação da vítima a ocasionar, no autor, estado de violenta emoção como atenuante (agora situada no artigo 65, III, *c*, parte final, do Código Penal) e como causa de diminuição de pena (objeto de consideração da terceira fase do cálculo em questão), conforme supra-assinalado.

Diante do corte epistemológico proposto na pesquisa ora empreendida, parte-se do pressuposto de que o crime tenha se consubstanciado, restando devidamente apurado mediante a conclusão da instrução criminal – de modo a se afastar o comportamento da vítima como excludente da tipicidade ou antijuridicidade do fato, ou até mesmo como hipótese de perdão judicial (v.g. artigo 140, § 1º, I, do Código Penal) –, encontrando-se o processo no momento da individualização da pena.

Atualmente, respeitando-se o quanto previsto no artigo 68 do Código Penal, adota-se o critério trifásico de aplicação da pena: inicialmente, fixa-se a pena-base, avaliando-se as circunstâncias judiciais (alocadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal), seguindo-se a etapa em que é estabelecida a pena provisória, em que se analisam as circunstâncias agravantes e atenuantes (dispostas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal), para, enfim, chegar-se à pena definitiva, obtida mediante a incidência de eventuais causas de aumento e de diminuição da pena (estas, estabelecidas em quantidades fixas, encontram-se esparsas tanto na Parte Geral do Código Penal, quanto em sua Parte Especial, ressaltando-se também sua verificação na legislação penal extravagante).

Conforme elucidado por Juarez Cirino dos Santos, a sequência metodológica trazida pelo artigo 68 do Código Penal permite a consecução do objetivo de se

estabelecer a pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, de modo a transformar o juízo qualitativo da culpabilidade como categoria do crime no juízo qualitativo como medida da pena, a fim de se obstem arbitrariedades.²⁷⁵

Nem sempre, porém, o Direito Penal vigente no Brasil primou pela busca de critérios objetivos e racionais no que diz respeito às penas e à sua aplicação. Aliás, merece menção relato de Pierangeli acerca das instituições indígenas que precederam a colonização portuguesa:

Toda ideia de Direito Penal que se possa atribuir aos indígenas está ligada ao direito costumeiro e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o talião.

[...]. O motivo das hostilidades era capturar os prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou para vingar os parentes mortos.²⁷⁶

Como se nota, assim como já visto ao se abordarem as origens da pena e sua relação com a vítima, as instituições indígenas atribuíam valor considerável à vingança das vítimas, tendo-se registrado, sob a égide de um direito costumeiro, além da vingança privada, a aplicação da lei de talião.

Desde quando iniciada a colonização do Brasil por Portugal até a promulgação do Código Criminal do Império brasileiro, de 1830, verifica-se referência às Ordenações do Reino como diplomas normativos que deveriam reger as relações jurídicas em todos os territórios.

As primeiras, as Ordenações Afonsinas, não chegaram a influenciar, contudo, a colônia brasileira,²⁷⁷ tendo as Ordenações Manuelinas, que as sucederam, recebido, ao menos, certa aplicação.²⁷⁸ Em relação a ambas, a dificuldade de lograrem eficácia atrela-se ao cipoal de leis e decretos reais visando a soluções casuísticas, registrando-se,

²⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 564 e 565.

²⁷⁶ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 5.

²⁷⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 413.

²⁷⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 6 e 7.

ainda, no caso das segundas, os óbices proporcionados pelo arbítrio dos donatários das capitâneas hereditárias no exercício da justiça.²⁷⁹

Sucederam-se, então, as Ordenações Filipinas, que lograram maior aplicação, tendo perdurado até o Código Criminal de 1830, ressalvados os limites trazidos pela Constituição de 1824 e por determinadas leis de conteúdo penal editadas em tal contexto.²⁸⁰

Todas as Ordenações do Reino, há de se pontuar, foram marcadas pela exorbitância das penas e crueldade nas execuções, como observado por Basileu Garcia:

As Ordenações assinalavam-se pela exorbitância das penas, que alcançavam ferozmente fatos às vezes insignificantes, pela desigualdade de tratamento entre os vários agentes do delito, pela confusão entre o Direito, a Moral e a Religião e por muitos outros vícios. Dentre as penas, a de morte era prodigalizada. As execuções efetuavam-se na forca e na fogueira. Em alguns casos, eram precedidas de suplícios, como a amputação dos braços ou das mãos do condenado.²⁸¹

Não obstante a crueldade das sanções previstas no Livro V das Ordenações Filipinas, sua própria escolha ficava ao arbítrio do julgador, não se adotando o princípio da legalidade,²⁸² de modo a evidenciar, assim, a ausência de critérios objetivos a balizar a aplicação da pena, não havendo, portanto, registro do comportamento da vítima como referência nesse sentido.

Após a Independência do Brasil, foi outorgada, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, prevendo, em seu artigo 179, XVIII, a

²⁷⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 7; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

²⁸⁰ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980, p. 7; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90; ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 417.

²⁸¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

necessidade de se organizar, o quanto antes, um Código Criminal, fundado na justiça e na equidade.²⁸³

Em 1830, então, editou-se o Código Criminal do Império, que proscreeu penas que não estivessem estabelecidas na lei, assim como sua dosimetria em grau maior ou menor do que aquele correlato ao respectivo crime, ressaltando, critique-se, o caso em que permitido arbítrio aos juízos, como disposto em seu artigo 33.²⁸⁴ Ainda a respeito do Código Criminal de 1830, tendo-se em vista a relação com o comportamento da vítima na fixação da pena, vale salientar a previsão da agressão por parte do ofendido e a provocação do delinquente como circunstâncias atenuantes, elencadas no bojo de seu artigo 18.

Com a Proclamação da República em 1889, no ano seguinte – antes mesmo do advento da Constituição de 1891 – foi elaborado o primeiro Código Penal republicano que vigorou no Brasil, tendo sido alvo, porém, de severas críticas. Trouxe, em seu artigo 1º, além da vedação quanto à punição por fatos que anteriormente não tenham sido qualificados como crimes, a proibição de penas que não estivessem previamente estabelecidas.²⁸⁵

No mesmo passo que o diploma anterior, em se tratando do comportamento da vítima, estabeleceu a provocação ou prévia agressão por parte do ofendido como circunstância atenuante do crime (artigo 42, § 5º), influenciando, assim, na pena aplicável. O Código Penal de 1890 foi objeto de severas críticas, vindo a ser reformado por uma série de leis extravagantes, a culminar na Consolidação das Leis Penais de autoria de Vicente Piragibe, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que manteve o quadro atinente ao comportamento da vítima provocadora ou agressora como circunstância atenuante.²⁸⁶

²⁸³ Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁸⁴ Código Criminal do Império – Lei de 13 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁸⁵ Código Penal de 1890 - Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁸⁶ Consolidação das Leis Penais. Aprovada e adotada pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Já em 1940, do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro, originou-se o Código Penal que se encontra em vigor até os dias atuais, tendo sido objeto de uma série de reformas, entre elas uma particularmente abordada no presente capítulo. Em sua redação original, manteve o espírito do quanto previsto pelos diplomas que o antecederam ao tratar da influência do ofendido, estabelecendo como circunstância atenuante a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima. Trouxe em seu bojo, porém, em se tratando de homicídio simples e de lesão corporal, que o cometimento do crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação ²⁸⁷ da vítima constitui causa de diminuição de pena de um sexto a um terço, prevalecendo, assim, sobre a atenuante genérica anteriormente referida por incidência do mencionado princípio do *ne bis in idem*.

No que diz respeito à alteração do Código Penal vigente a guardar íntima relação com o objeto da presente pesquisa, enfatiza-se o advento da Lei n. 7.209/84, que culminou na reforma de sua Parte Geral, elevando o comportamento da vítima à condição de circunstância judicial a ser avaliada na primeira fase de aplicação da pena.

Consignou-se, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, que foi feita “referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa”, o que se buscou exemplificar com “o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (Item n. 50). ²⁸⁸

Ora, como constatado por Bitencourt, que adjetiva a exemplificação em tela como “momento de rara infelicidade”, ainda que se sustente que o Direito Penal se mostraria, então, preocupado com a vítima, estabelecendo seu comportamento como parâmetro na dosagem da pena, a previsão em questão “não milita em favor da vítima,

²⁸⁷ Ao discorrer sobre o assunto, Bitencourt esclarece que provocação não deve ser confundida com agressão, uma vez que esta autoriza a legítima defesa, excluindo, assim, a antijuridicidade do ato (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

²⁸⁸ Convém registrar que, por meio da Lei n. 12.015/2009, o Título VI da Parte Especial do Código Penal, anteriormente sob a denominação de “Dos crimes contra os costumes” passou à rubrica de “Dos crimes contra a dignidade sexual”, entre os quais se situam o estupro, a violação sexual mediante fraude, o assédio sexual, o estupro de vulnerável, a corrupção de menores, entre outros.

mas contra ela”, cujo agir passa a ser visto como fator criminógeno.²⁸⁹ Segundo o referido autor:

Enfim, a vítima, em vez de sujeito de direitos, de direitos violados (violados e ignorados), é tratada como objeto, objeto de investigação, que, ao invés de direitos, tem deveres, o dever de “colaborar com a investigação criminal”, de permitir a invasão de sua privacidade, para facilitar os esclarecimentos dos fatos etc. Espera-se da vítima que cumpra seu *papel testemunhal*, deixando-a abandonada à própria sorte, ignorando-se todos os riscos que o sistema brasileiro lhe proporciona.²⁹⁰

Entendimento semelhante pode ser encontrado em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que compreendeu, ao analisar determinado caso concreto, que a circunstância judicial condizente com o comportamento da vítima não há de ser avaliada em desfavor do criminoso:

De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição. Precedentes.²⁹¹

A inclusão, portanto, do comportamento da vítima como circunstância judicial a ser avaliada na aplicação da pena, da forma prevista no artigo 59 do Código Penal, longe de estar afinada com a proteção dos direitos da vítima, possui potencial para resultar em seu indevido cerceamento, conforme, em seguida, abordado.

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.284.562-SE. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, votação unânime, data de julgamento 05 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60694175&num_registro=201102275696&data=20160517&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2016.

3.2 Riscos aos direitos das vítimas diante do teor do artigo 59 do Código Penal vigente e resquícios de um passado patriarcal

Tendo-se em vista o quanto disposto no *caput* do artigo 59 do Código Penal vigente acerca do comportamento da vítima como circunstância judicial na dosimetria da pena, não se olvidando do quanto justificado na Exposição de Motivos (item n. 50) para sua inserção do bojo do texto legal, faz-se mister proceder a considerações a guardarem relação com a sociologia jurídica.

Isso porque, na tarefa proposta de reflexão, a sociologia do direito permite não a adaptação, mas a compreensão recíproca entre fatos e normas, permitindo-se sua comunicação, como elucidado por Febbrajo.²⁹² É a partir de tal compreensão, do estudo da conduta jurídica enquanto conduta social,²⁹³ que se possibilitará a construção de uma crítica, permeada pelos Direitos Humanos, quanto à consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena. Como apontado por Carnio e Gonzaga ao abordarem a regulação atinente ao direito e seu dever de contribuir com o desenvolvimento humano e seu bem estar social:

[...] o que interessa é frisar o fato de o direito estar necessariamente engendrado, desde a sua formação, no processo de humanização, cabendo a todos que com ele laborem - desde aportes teóricos até práticos – o reconhecimento desta significativa potencialidade de contribuir na projeção das relações humanas.²⁹⁴

Ao abordar o momento atravessado atualmente pelo Brasil, Campilongo percebe a concomitância em que se verificam crises de diversas naturezas: políticas, econômicas, sociais e culturais, tendo como resultado “uma grande crise da matriz jurídico-organizacional do Estado”, a refletir na ausência de suporte do governo junto à sociedade e na desconexão entre instituições e opinião pública.²⁹⁵ Nesse sentido, ainda

²⁹² *Apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 14 e 15.

²⁹³ CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Curso de sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 145.

²⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

que se produza “uma legalidade abrangente das diversas gerações de direitos”, não se verificam condições para se exigir do governo a submissão à legalidade e menos ainda para tais direitos sejam exercidos.²⁹⁶

A partir de tais compreensões, faz-se relevante notar o potencial do quanto disposto no *caput* do artigo 59 do Código Penal de influenciar a percepção social quanto à responsabilidade da vítima no fenômeno criminoso ainda que o comportamento desta tenha se adstrito ao legítimo exercício de seus direitos. Nesse passo, ao dar azo a interpretações hábeis a culminar no abrandamento da pena do infrator não obstante a vítima tenha atuado dentro dos limites de sua liberdade e demais direitos, o dispositivo em questão sustentaria violações aos direitos humanos da vítima, não obstante o arcabouço de proteção que lhe deveria ser assegurado pelas instituições.

A evidência de tal margem a ensejar violação aos direitos da vítima pode ser colhida dos próprios exemplos trazidos pela doutrina ao abordar o comportamento da vítima como circunstância judicial na fixação da pena.

Percebam-se os exemplos elencados em obra de Nucci:

São exemplos de comportamento da vítima a considerar na fixação da pena: o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o mundano, delitos sexuais; o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato; o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente. Não se quer dizer que a pessoa de hábitos mundanos, por exemplo, vítima de crime sexual, não esteja protegida pela lei penal, nem mesmo que o agente deva ser absolvido, porém é óbvio que, nesse caso, a pena do autor da infração penal não deve ser especialmente agravada. Diferentemente, quando se tratar de pessoa recatada e tímida, colhida em seu recanto doméstico por um agressor sexual, é natural que a pena seja exasperada, pois a vítima não deu, de modo algum, margem ao ataque sofrido.²⁹⁷

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 56.

²⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 192.

Em seu *Manual de direito penal*, Mirabete elenca comportamentos que considera diminuir a censurabilidade da conduta do infrator, posto que não justifiquem o crime:

Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria. Quem vive mostrando sua carteira, recheada de dinheiro, aumenta as probabilidades do furto e do roubo; o adúltero há de ser morto pelo cônjuge. A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes etc.²⁹⁸

Confira-se posição consignada em obra de Delmanto sobre a matéria:

As atitudes do ofendido que deixa seus valores soltos, o comportamento sensual da jovem que provoca os homens que por ela passam – embora não justifiquem o furto nem o crime sexual – podem diminuir o grau de reprovabilidade da conduta do agente.²⁹⁹

Note-se que os excertos doutrinários em destaque argumentam no sentido de que a vítima não se encontra desprotegida, nem que restaria justificado o crime, inviabilizando-se a absolvição do autor, mas acabam por revelar a possibilidade de se restringirem os direitos da vítima ao se abrandar a pena do criminoso ainda que o comportamento daquela não tenha atingido a esfera jurídica deste, bastando o descuido com o manuseio ou com a guarda de dinheiro ou até mesmo as roupas, palavras e atitudes de uma mulher que venham a excitar um delinquente sexual.

Por sinal, em se tratando da liberdade e da moral sexual na sociedade patriarcal, Gilberto Freyre já havia notado a diferenciação entre a mulher e o homem:

À exploração da mulher pelo homem, característica de outros tipos de sociedade ou de organização social, mas notadamente do tipo patriarcal-agrário – tal como o que dominou longo tempo no Brasil – convém a extrema especialização ou diferenciação dos sexos. Por essa

²⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 1, parte geral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 294.

²⁹⁹ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atualizada e ampliada por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 90.

diferenciação exagerada, se justifica o chamado padrão duplo de moralidade, dando ao homem todas as liberdades de gozo físico do amor e limitando o da mulher a ir para a cama com o marido, toda a santa noite que ele estiver disposto a procriar. Gozo acompanhado da obrigação, para a mulher, de conceber, parir, ter filho, criar menino. O padrão duplo de moralidade, característico do sistema patriarcal, dá também ao homem todas as oportunidades de iniciativa, de ação social, de contatos diversos, limitando as oportunidades da mulher ao serviço e às artes domésticas, ao contato com os filhos, a parentela, as amas, as velhas, os escravos.³⁰⁰

À luz do item 50 consignado na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal atualmente em vigor – ao mencionar o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes como fator criminógeno –,³⁰¹ bem como das concepções doutrinárias supratranscritas, observa-se que, até a atualidade, remanescem presentes traços de patriarcalismo na sociedade brasileira, atribuindo-se parcela de responsabilidade à mulher pelos crimes sexuais de que são vítimas.

Aliás, pesquisa recente realizada pelo Datafolha por encomenda do Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontou que um terço dos brasileiros concorda com o raciocínio de que a mulher que usa roupas provocativas não pode reclamar se for vítima de estupro,³⁰² demonstrando a atualidade de concepções, na sociedade brasileira, violadoras dos direitos humanos das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, podendo resultar, ainda que não explicitamente, no abrandamento da pena do infrator por ocasião da consideração do comportamento da vítima.

Como já haviam constatado Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian, estereótipos, preconceitos e discriminações de natureza semelhante à descrita nas linhas acima

³⁰⁰ FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 4ª edição. 1º Tomo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968, p. 93. A citação desse livro, neste trabalho, teve a ortografia atualizada.

³⁰¹ Destaque-se, ainda, que pela redação então vigente do artigo 213 do Código Penal, apenas a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, primeiro tipo penal do título à época sob a rubrica de “Dos crimes contra os costumes”.

³⁰² Com margem de erro de 2 (dois) pontos percentuais, mencionada pesquisa entrevistou 3.625 brasileiros com 16 (dezesesseis) anos ou mais entre 1º e 5 de agosto de 2016, sendo noticiada no jornal *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, em 21 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1815301-um-terco-dos-brasileiros-culpa-mulheres-por-estupros-sofridos.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

acabam sendo absorvidos pelos operadores jurídicos, chegando a resultar, inclusive, na inversão de papéis entre vítima e delinquente:

Estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero estão presentes na nossa cultura e profundamente inculcados nas (in)consciências dos indivíduos; são, portanto, absorvidos também pelos operadores do Direito e refletidos em sua praxis jurídica. Essa absorção, por vezes, implica em uma verdadeira “inversão de atores” nos processos, vale dizer, através dos discursos proferidos pelos operadores do Direito, vítimas transformam-se em réus e *vice-versa*.³⁰³

A partir da constatação quanto à irradiação de tais percepções sociais sobre a norma, observam-se os elementos hábeis à formação de um pensamento crítico, orientado pelos Direitos Humanos, no que diz respeito à avaliação do comportamento da vítima na dosimetria da pena, garantindo-se a esta que seus direitos não sejam, ainda que indiretamente, cerceados pelo Estado ao abrandar a pena do infrator.

Afinal, como apontado por Lola Aniyar de Castro, “Os direitos humanos têm sido propostos como limite e como objeto do Direito Penal”, não se encontrando este legitimado caso não contribua para a diminuição da violência punitiva.³⁰⁴

Identificam-se, assim, deletérios reflexos de um passado arbitrário nos dispositivos ainda vigentes da legislação penal brasileira, sendo mister que se proceda a uma reflexão quanto ao futuro que se projeta na busca de efetividade para os direitos humanos das vítimas.

Posto que o comportamento da vítima possa ser objeto de análise diante do fenômeno delitivo, o regular exercício de seus direitos não há de refletir em amenização da pena a ser imposta ao criminoso, sob pena de se caracterizar indevida subversão de papéis.

³⁰³ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia?* Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 203.

³⁰⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. “A Criminologia Crítica no século XXI como Criminologia dos Direitos Humanos”, p. 259 a 282. In: *Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano: homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 267 e 268.

3.3 Tratamento internacionalmente conferido ao comportamento da vítima na aplicação da pena

Tendo-se em vista consistirem em países de tradição romanística – com primado do processo legislativo –, de língua latina e com histórico de relações internacionais com o Brasil, foram selecionadas disposições normativas, a título comparativo, de Portugal, Argentina e Espanha acerca do comportamento da vítima na aplicação da pena, de acordo com seus respectivos Códigos Penais.

Além disso, considerando-se que vem ganhando corpo na doutrina uma renovação do questionamento etiológico da vítima em face do evento criminal intitulada “vitimodogmática” – em que se examina, como assinala Silva Sánchez, até que ponto o reconhecimento da existência de vítimas que contribuem para o fato delitivo pode conduzir à afirmação de que estas são, por ele, corresponsáveis e, assim, atenuar ou eximir a responsabilidade criminal do autor –, ³⁰⁵ o presente capítulo também fará alusão a sua percepção teórica na Espanha e na Alemanha, países em que tem se desenvolvido com notoriedade. ³⁰⁶

Em se tratando do Código Penal português, há de se fazer menção ao fato de, já em sua exposição de motivos, a problemática da vítima ser tratada como ponto de extrema importância, reconhecendo-se os estudos vitimológicos desenvolvidos notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial que revelaram o descuido com a vítima pela opinião pública e pela doutrina do Direito Penal, de forma pela qual passou a constituir “um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: Estado-delinquente-vítima”.

Na legislação portuguesa, nota-se não apenas a preocupação com a efetiva indenização da vítima, mas também a preocupação no sentido de evitar que o sistema penal acabe por provocar a repetição de agressões e traumas resultantes do crime (vitimização secundária). Além disso, prevê o artigo 72.2 *b* do Código Penal português,

³⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’”. Revista Brasileira de Ciência Criminais, n. 34, v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 168.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

a título de causa de atenuação especial de pena, ter sido a conduta do agente determinada por tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida.

No que condiz com a experiência comparada junto ao Código Penal argentino, há de se ressaltar o quanto trazido na parte final do segundo parágrafo de seu artigo 41, que estabelece que o juiz deverá tomar conhecimento direto do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida do que seja requerido para cada caso entre as regras a serem objeto de avaliação judicial a título de circunstâncias atenuantes ou agravantes – a par da idade, escolaridade, costumes, comportamento prévio do ofensor, qualidade dos motivos que o determinaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o próprio sustento ou dos seus, a participação que tenha tido no fato, a reincidência e, entre outras, as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião a indicarem o perigo que representa.

Ao discorrer criticamente sobre o dispositivo em questão, Elías Neuman afirma que, do ponto de vista vitimológico, resta inevitável, para a adequada compreensão do delito, que o juiz tome conhecimento da vítima, além de isso permitir a prolação de sentença mais ajustada ao que tenha realmente ocorrido.³⁰⁷ Para Neuman, todo o comportamento da vítima, desde o início do *iter criminis* até a reação provocada pelo ilícito, não deve passar inadvertidamente pelo julgador, a quem, de posse de todos os elementos de convicção obtidos, incumbe avaliar a influência da vítima no delito e, assim, a margem de culpabilidade do autor do fato.³⁰⁸

Já com vistas ao disposto no Código Penal espanhol acerca do comportamento da vítima na aplicação da pena, em se tratando das circunstâncias atenuantes, seu artigo 21 prevê genericamente a influência de causas ou estímulos tão poderosos que tenham produzido “arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”, sem direta menção a ato da vítima.

Ao tratar da responsabilidade civil derivada de atos ilícitos, interessante também o quanto trazido no artigo 114 do diploma penal espanhol, que autoriza os juízes ou

³⁰⁷ NEUMAN, Elías. *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Segunda edición, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 96.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 235 e 236.

tribunais a moderarem o importe da reparação quando a vítima tenha contribuído com sua conduta à produção do dano sofrido.

Registre-se, ainda, no que atine à legislação espanhola, a vigência do Estatuto da vítima do delito (Lei n. 4/2015, de 27 de abril), objetivando oferecer, pelos poderes públicos, uma resposta mais ampla possível às vítimas, não somente do ponto de vista jurídico, mas também social, assim como garantir, além da reparação do dano no plano do processo penal, a minimização de outros efeitos morais traumáticos que sua condição pode ensejar.

Já em sede da denominada vitimodogmática, Ana Sofia Schmidt de Oliveira situa, na doutrina alemã, duas posições básicas assinaladas por Silva Sánchez: uma mais moderada, de acordo com a qual o comportamento da vítima deve ser avaliado nos lindes da fixação judicial da pena, não podendo extrapolar, contudo, os limites da tipicidade; e outra mais radical, sustentada, entre outros, por Schünemann, segundo a qual seria possível não apenas se chegar ao abrandamento da pena, mas até mesmo à isenção de responsabilidade do autor.³⁰⁹

Em seu *Programa de Política Criminal voltado para a vítima de crime*, Guilherme Costa Câmara, ao abordar a relevância e repercussão dogmáticas do comportamento da vítima, assim registra as duas concepções desenvolvidas pela doutrina alemã: enquanto o pensamento de Schünemann é engendrado numa compreensão fundada na autorresponsabilidade da vítima e segundo a qual não necessitaria de proteção aquele que facilmente poderia proteger-se a si próprio; a linha defendida, entre outros, por Arzt, Hillekamp e Roxin recusa a absolutização do princípio vitimológico, sustentando que a vítima não há de ficar sem proteção, podendo o criminoso, apenas, vir a ter sua pena reduzida.³¹⁰

Segundo Câmara, “alguns delitos comportam, efetivamente, uma valoração mais cautelosa do comportamento da vítima a implicar, eventualmente, em atenuação da pena ou até mesmo exclusão da tipicidade”, mas isso não implica generalização do princípio

³⁰⁹ Apud OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

³¹⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 360 e ss.

da autorresponsabilidade (vitimológico), refutando, portanto, a existência de um dever de autoproteção, sob pena de ser retirada a proteção penal.³¹¹

Na doutrina espanhola, pode-se destacar posicionamento expresso, aliás, por Silva Sánchez, segundo quem a consideração do comportamento da vítima a refletir em potencial atenuação ou isenção de pena não significa uma perda de proteção estatal por parte da vítima, mas corresponde à noção de âmbitos de responsabilidade diversos entre autor e vítima, distinguindo-se, assim, suas contribuições para o fato criminoso:

[...] em minha opinião a eventual atenuação ou isenção de pena para o autor, como consequência da corresponsabilidade da vítima, não consiste em uma perda de merecimento de proteção por parte das vítimas cuja desídia as leva a não se protegerem. Ao contrário, trata-se de distinguir as contribuições de autor e vítima para o fato, com a consequente atribuição de âmbitos de responsabilidade para um e para outra.³¹²

Ao discorrer sobre a vitimodogmática, Silva Sánchez constata serem insatisfatórias soluções extremadas: seja o rechaço da tese vitimodogmática, pois se configuraria violação a princípios como os da proporcionalidade, da proibição do excesso, da fragmentariedade na proteção de bens jurídicos e da necessidade de intervenção penal; seja a transferência da responsabilidade do autor para a vítima, provocando-se uma inversão de papéis, a favorecer prejuízos psicológicos e um clima de tensão social.³¹³ Segundo referido autor, uma aproximação satisfatória da perspectiva vitimológica deve se relacionar com um risco relevante qualitativa e quantitativamente a que a vítima opta por se expor, não devendo, assim, favorecer conscientemente a colocação em perigo nem intensificar o grau a que estão submetidos os bens jurídicos que titulariza.³¹⁴

³¹¹ *Ibidem*, p. 366.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

³¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’”. *Revista Brasileira de Ciência Criminas*, n. 34, v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 170.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 177 e 178.

Em sua tese de doutoramento junto à Universidade Autônoma de Madri, Manuel Cancio Meliá resume como pretensão da Vitimologia a sistematização dos conhecimentos empíricos concernentes à vítima, demandando maior eficiência na repressão de comportamentos desviados e influenciando o ordenamento jurídico, sobretudo em relação à adoção de medidas de atenção à vítima e mecanismos de reparação, havendo aqueles que ressaltassem a intervenção da vítima como um dos fatores determinantes do que lhe tenha sucedido.³¹⁵ Enquanto isso, sob a denominação de “vitimodogmática”, restaria a investigação quanto à medida da corresponsabilidade da vítima nos fatos ocorridos, podendo, assim, repercutir sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do criminoso.³¹⁶

Entre as características da “vitimodogmática”, elencam-se um caráter mais específico quanto ao objeto a que se dedica – composto pelo fenômeno da valoração da possível influência do comportamento da vítima na determinação da responsabilidade do autor – e a amplitude de sua incidência, que extravasaria a dogmática da Parte Geral do Direito Penal substantivo, refletindo-se sobre sua Parte Especial, sobre abordagens criminológicas e sobre a concepção do processo criminal, devendo-se consignar que, para Meliá, a própria dogmática seria apta a resolver a tarefa proposta.³¹⁷

Dessa feita, elencadas perspectivas alienígenas quanto ao tratamento do comportamento da vítima diante do fenômeno delitivo, observa-se, diante dos paradigmas consultados, seu reconhecimento como circunstância a atenuar a pena a ser imposta ao ofensor, sendo digno de nota o estatuto jurídico espanhol de proteção à vítima do delito.

Ademais, em sede doutrinária, registram-se investigações no campo etiológico em relação à influência da vítima no fenômeno delitivo, com perspectivas que vão da avaliação do comportamento da vítima dentro da dosimetria da pena até a isenção de responsabilidade criminal ao autor do fato.

³¹⁵ 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 arriesgadas*. Tese de Doutorado. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho; Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 343 a 345.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 345 e 346.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 346 a 348 e 405 e ss.

Ainda assim, remanesceria aberta a reflexão proposta por Elena Larrani, segundo quem a afirmação quanto à precipitação do delito pela vítima é insuscetível de responder à pergunta sobre se ela teria direito de se comportar como o fez,³¹⁸ o que guarda perfeita relação de conformidade com o objeto de estudo ora proposto.

Mencionada autora enfatiza a importância de se acolherem, entre outros, os preceitos da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1985 – abordados no capítulo primeiro do presente trabalho –, tendentes a melhorar o trato com a vítima, tanto no nível policial – recebendo informação dos serviços assistenciais e jurídicos disponíveis, assim como ajuda e proteção imediatas –, quanto no nível processual – por meio de medidas a fim de evitar a vitimização secundária e de aumentar seu papel no processo, evitando desconfiança no sistema penal.

A propósito da função exercida pela justiça penal na proteção das vítimas, não se deve ignorar, contudo, a advertência de Louk Hulsman quanto à insuficiência da polícia e das cortes para ajudarem as vítimas na abordagem de seus problemas decorrentes de fatos puníveis, devendo-se atentar para os entraves que podem vir a representar para tal mister.³¹⁹

Desse modo, essencial se faz reconhecer a importância do tratamento conferido às vítimas pelos órgãos e instituições responsáveis pela aplicação do Direito, não se olvidando dos obstáculos que a proteção dos direitos da vítima pode vir a enfrentar, fazendo-se necessária a adoção de uma perspectiva orientada pelos Direitos Humanos, conforme se passa a expor.

³¹⁸ LARRAURI, Elena. “¿Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”. In: *Revista Jueces para la democracia*, n. 15, 1992, p. 21 a 31, p. 25. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520556>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³¹⁹ “Podemos estar seguros de que no existen diferencias cualitativas entre la gente que se siente victimizada en hechos punibles y no punibles. El único fator comum de las víctimas de delito es que todas incurren en el peligro de tomar contacto con las prácticas de la justicia penal y de que consideren a la policía y a las cortes como las organizaciones que abordan la classe de problemas que ellos sufren. Esto implica que no debemos mirar a la policía y a las cortes como las organizaciones ‘normales’ para ayudar a las víctimas a abordar los problemas que sufren en los hechos punibles. A los efectos de esto, debiéramos estar interesados en organizaciones y em instituciones que tratan estos problemas de una manera más amplia. [...] Nuestro foco sobre la policía y la corte, en tanto que trabajan en el marco de la justicia penal, no debiera otorgarles en primera instancia un plus de *ayuda positiva* hacia las víctimas, sino más bien recordar los *obstáculos* que representan como ayuda a las víctimas.” (HULSMAN, Louk. “In pensar em clave abolicionista”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 143 a 151. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 149 e 150).

3.4 Perspectiva de futuro orientada pelos Direitos Humanos

Diante da indagação sobre se teria a vítima direito de se comportar como tenha agido ainda que sua conduta possa ser situada entre os fatores que culminaram no evento criminoso, relevante se faz buscar uma possível resposta orientada pelos Direitos Humanos.

Esse é o desafio que se apresenta para o futuro, constatada a lacuna entre a consideração, pelo Direito Penal brasileiro, do comportamento da vítima na aplicação da pena e os avanços propiciados pelo reconhecimento de seus direitos humanos.

Afinal, como constatado por Arendt, “não é o passado, e toda verdade fatural diz respeito evidentemente ao passado, nem o presente, na medida em que este é o resultado do passado, porém o futuro que está aberto à ação.”³²⁰

Posto isso, importa dar sequência a missão anteriormente proposta por Scarance Fernandes no sentido de se avaliarem os textos normativos vigentes à luz da nova realidade na qual a vítima volta a exercer protagonismo.³²¹

Em uma de suas obras, aliás, Piovesan alerta para anacronismos na ordem jurídica brasileira, reclamando seu urgente saneamento, “com a imediata eliminação das normas discriminatórias que esvaziam e restringem o alcance de dispositivos normativos avançados”, em especial em se tratando da condição jurídica da mulher,³²² cujo comportamento, como já foi visto, é tido por parcela da doutrina e por parte significativa da sociedade como fator criminógeno de delitos sexuais, ainda que se restrinja a roupas, modos e palavras, sem ofender a esfera jurídica alheia.

Assim, além da crítica ao Direito Penal e à repressão institucional, pertinente que seja feita a crítica, como consignado por Lola Aniyar de Castro, à repressão

³²⁰ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 319.

³²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

³²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 348 e ss.

internalizada pela coletividade, na qual referida autora situa o maior perigo para os Direitos Humanos.³²³

Dessa maneira, a prevalência dos direitos humanos, reconhecida pelo artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, bem como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III, da Constituição), conformada em Estado Democrático de Direito, permitem o influxo de uma série de direitos consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, a par daqueles que vieram a ser insculpidos na ordem jurídica interna.

Nos termos assinalados no capítulo primeiro, a Carta das Nações Unidas, de 1945, já evidenciava preocupação com a melhoria das condições de vida em um contexto de ampla liberdade e respeito aos direitos humanos, vindo a refletir no teor da Declaração Universal de Direitos Humanos, que consagrou, no plano internacional, uma série de direitos que podem ser relacionados às vítimas de crimes.

Da mesma forma, há de se enfatizar o relevo assumido pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, pelos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional, assim como pela Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, entre uma série de outros instrumentos a compor a arquitetura internacional apta à proteção dos direitos humanos das vítimas de crimes.

Nesse contexto, a par da democrática ordem constitucional em vigor no Brasil, é reconhecida às vítimas, como pessoas, no plano internacional, a plena realização de seus direitos – à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade pessoal, à não interferência na vida privada, à liberdade de locomoção, à propriedade, à segurança pessoal e social, à liberdade de opinião e de expressão, ao repouso e ao lazer, à participação na vida cultural da comunidade, ao reconhecimento de seus direitos como pessoa onde quer que seja, ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à saúde física e mental e, entre

³²³ CASTRO, Lola Aniyar de. “A Criminologia Crítica no século XXI como Criminologia dos Direitos Humanos”, p. 259 a 282. In: *Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano: homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 279.

outros, à proteção judicial –, sujeitando-se unicamente às limitações legalmente determinadas com o fim exclusivo de preservar os direitos de seu próximo.

Por tais razões, não se vislumbra sentido em se considerar o comportamento da vítima na aplicação da pena quando esta não tenha ofendido nem exposto a perigo bens jurídicos de terceiros, situando-se dentro de sua esfera de liberdade, fazendo-se apropriado destacar entendimento de Duek Marques quanto ao tema:

Todavia, o comportamento da vítima não deveria ser considerado como circunstância judicial na individualização da pena do infrator, se tal comportamento não chega a ofender ou a pôr em perigo bens jurídicos de terceiros, permanecendo dentro da esfera de liberdade conferida constitucionalmente às pessoas, sob pena de ofensa aos Direitos e Garantias Fundamentais. A análise do comportamento da vítima, nos crimes contra elas cometidos, deve ser levada em conta exclusivamente para serem estabelecidas medidas de prevenção da criminalidade e de assistência às vítimas. Isto porque em inúmeras situações da vida social a vítima pode revelar um maior grau de vulnerabilidade do que outras pessoas, seja do ponto de vista intelectual ou psíquico, seja quanto ao seu aspecto comportamental (psíquica, intelectual, comportamental etc.). Essa vulnerabilidade pode facilitar ou estimular a conduta delituosa, mas, como já comentado, não deve influir na responsabilidade individual do infrator.³²⁴

Como visto, caso o comportamento da vítima sequer tenha chegado a expor a perigo, quanto menos ofender, bens jurídicos alheios, sua conduta não há de ser objeto de consideração na forma proposta pelo *caput* do artigo 59 do Código Penal, cabendo, assim, o afastamento do comportamento da vítima como circunstância judicial na aplicação da pena, conclusão a que chega mencionado autor.³²⁵

Abrandar a pena do criminoso em tais casos resultaria em violação aos direitos humanos da vítima, constatado que esta tenha se adstrito ao legítimo exercício de seus direitos, sem sequer colocar em risco os direitos de seu próximo. Tal postura contradiz, inclusive, o dever estatal de proteger as pessoas em geral e as vítimas em particular,

³²⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. “A Perspectiva da Vitimologia”. In: DINIZ, Maria Helena (coordenação). *Atualidades jurídicas*, 3. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 370 a 384, p. 382.

³²⁵ *Ibidem*, p. 384.

garantindo-lhes o gozo e a realização de seus direitos, nos quais se incluem a segurança e a liberdade, esta, por sinal, compreendida por Arendt como apta a conferir significado à vida política: “A *raison d’être* da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação”.³²⁶

Nesse passo, é possível notar descompasso entre o quanto regido pelo Direito Penal brasileiro em se tratando do comportamento da vítima na aplicação da pena e os Direitos Humanos.

Da forma como posta, a disposição do artigo 59, *caput*, do Código Penal é capaz de deixar os direitos humanos das vítimas suscetíveis a arbitrariedades, restando a atenuante do artigo 65, III, *c*, parte final, do Código Penal e, pontualmente, as causas de diminuição de pena previstas dos artigos 121, § 1º, e 129, § 4º, também do Código Penal, restritas aos casos em que o agente cometer o delito movido por violenta emoção provocada por ato injusto da vítima.

Se a vítima for falsa, simuladora ou imaginária, nem mesmo a condição de vítima deveria ostentar, não havendo crime, nem conseqüentemente pena, a serem atribuídos ao suposto ofensor; se inteiramente inocente, seu comportamento não há de abrandar a pena do infrator; se, porventura, a conduta da vítima se situar entre tais extremos, apenas quando atuar injustamente, extravasando os limites do regular exercício de seus direitos, é que seu comportamento deveria repercutir no abrandamento da pena do infrator.

Entende-se, assim, que se caracterizaria ofensa aos direitos humanos das vítimas a suavização da pena de criminosos quando aquelas tenham agido dentro dos limites de seus direitos, podendo ser o caso, para se relacionarem as concepções doutrinárias alvo de crítica, do exibicionista ao atrair um crime contra seu patrimônio, do mundano em se tratando de crimes sexuais, da pessoa que não seja recatada e tímida em relação a crimes contra a dignidade sexual, de homossexuais, prostitutas e marginais quanto a violências ou até mesmo de quem ostente comportamento sensual ou vulgar, desde que seu comportamento não tenha resultado em lesão nem oferecido perigo aos direitos de seu próximo.

³²⁶ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 192.

Pelo exposto, conquanto se vislumbre a dificuldade de se superar uma tradição que permeia consciências humanas e práticas sociais e jurídicas ³²⁷ – o que pode ser exemplificado, como visto, pelos resquícios de patriarcalismo no trato da violência sexual contra a mulher –, faz-se imperativa a busca por um caminho em que os direitos humanos das vítimas de crimes logrem efetividade, partindo-se, então, para a ação, para o que se sugere, de imediato, que se vede o abrandamento da pena do infrator quando o comportamento da vítima tenha se restringido ao legítimo exercício de seus direitos, sem sequer expor a perigo a esfera jurídica alheia.

³²⁷ De acordo com Arendt: “O fim de uma tradição não significa necessariamente que os conceitos tradicionais tenham perdido seu poder sobre as mentes dos homens. Pelo contrário, às vezes parece que esse poder das noções e categorias cediças e púidas torna-se mais tirânico à medida que a tradição perde sua força viva e se distancia a memória de seu início; ela pode mesmo revelar toda sua força coerciva somente depois de vindo seu fim, quando os homens nem mesmo se rebelam mais contra ela.” (ARENDR, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 53).

CONCLUSÃO

Em recapitulação sintética acerca dos resultados da pesquisa, foi possível observar que, com o término da Segunda Guerra Mundial, forjou-se a reconstrução dos direitos humanos, sob o prisma da proteção do ser humano no plano universal propiciada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a revisão do conceito de soberania, submetida ao Direito Internacional Público.

A afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos não apenas encontra paralelo temporal com o desenvolvimento dos estudos vitimológicos, mas com estes compartilha objetivos comuns, consubstanciados pela busca de eficácia na proteção dos direitos humanos das vítimas e de adequada reparação dos danos perpetrados no processo de vitimização.

Constatou-se a vigência de uma série de instrumentos internacionais hábeis a tutelar os direitos das vítimas de crimes, desde a precursora Carta das Nações Unidas, de 1945, passando pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pelos Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional, chegando, entre outros documentos, à Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

Discorreu-se sobre a abertura, pela Constituição Federal brasileira, aos direitos humanos, de modo que os direitos e garantias nela expressos não excluem aqueles que sejam decorrentes do regime e princípios constitucionalmente adotados, nem dos tratados internacionais de que o Brasil é parte. Consignando-se a adoção da fórmula política de Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e regido, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, foi adotada, quanto ao influxo dos tratados internacionais sobre direitos humanos diante da ordem jurídica pátria, posição de Celso de Albuquerque Mello no sentido de que deve ser aplicada a norma, seja ela interna ou internacional, mais benéfica ao ser humano.

A partir de tais premissas, tendo-se em vista a regularidade com que o crime e a pena se apresentam nas diversas condições de vida social, procedeu-se a catálogo de concepções quanto à pena e ao tratamento conferido à vítima ao longo da História, colhido a partir de obras de filósofos dos variados períodos atravessados pela humanidade. Foi possível notar que não apenas a reflexão quanto à finalidade assumida pela pena, mas também o próprio tratamento conferido às vítimas de crimes transcendem aspectos puramente normativos, sendo relevante considerar todo o panorama histórico, político, econômico, social e cultural presente na sociedade. Compartilhou-se, assim, da ótica apresentada por Duek Marques ao propor a reflexão sobre como pode a pena ser eficazmente preventiva, revitalizando, ao mesmo passo, o tecido social – em que se engendra a vítima – violado pelo crime.

No que respeita à perspectiva entre o Direito Penal pátrio e os Direitos Humanos em se tratando da consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro o prevê expressamente como circunstância judicial (artigo 59, *caput*, do Código Penal), assim como dispõe ser o ato injusto da vítima a provocar, no agente, influência de violenta emoção circunstância atenuante (artigo 65, III, *c*, parte final) e causa de diminuição de pena nos delitos de homicídio simples e lesão corporal (artigos 121, § 1º, e 129, § 4º, ambos do Código Penal).

Diante do quanto justificado na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal em seu item n. 50 – que, editado em 1984, previu o pouco recato da vítima como fator criminógeno nos crimes contra os costumes, hoje sob a rubrica de crimes contra a dignidade sexual –, bem como da atualidade de resquícios de patriarcalismo na percepção social quanto à influência da mulher nos crimes sexuais de que é vítima, ao lado de compreensões doutrinárias no sentido de censurar comportamentos de vítimas que, apesar de sua influência no fenômeno delitivo, tenham se atido ao legítimo exercício de seus direitos, apresentaram-se riscos aos direitos humanos das vítimas, podendo-se chegar até mesmo a uma indevida subversão de papéis entre vítima e delinquente.

Cotejadas perspectivas alienígenas quanto à avaliação do comportamento da vítima na fixação da pena, observou-se que remanesce em aberto precisa reflexão proposta por Elena Larrani quanto à insuscetibilidade de se responder à pergunta sobre

se a vítima teria direito de se comportar com o tenha feito ainda que se afirme a possibilidade de ter precipitado o delito.

Na busca de uma resposta orientada pelos Direitos Humanos, adotou-se orientação de Duek Marques no sentido de defender o afastamento do comportamento da vítima como circunstância judicial na aplicação da pena quando sua conduta sequer tenha chegado a expor a perigo, quanto menos ofender, bens jurídicos alheios. Isso porque, caso o comportamento da vítima sequer tenha chegado a expor a perigo, quanto menos lesar, bens jurídicos alheios, sua conduta não há de refletir em abrandamento da pena do infrator, visto não diminuir a reprovabilidade do crime.

Não se desconsiderando estudos no sentido de apontar que a vítima pode influir no evento criminoso, observou-se que o Código Penal, em seu artigo 59, *caput*, enseja situação de vulnerabilidade aos direitos da vítima, reservando-se as hipóteses de seus artigos artigo 65, III, *c*, parte final, 121, § 1º, e 129, § 4º apenas aos casos em que o sujeito ativo age impelido por violenta emoção decorrente de ato injusto da vítima.

Dessa feita, é possível concluir, constatada a lacuna entre o Direito Penal brasileiro e os avanços propiciados pelo reconhecimento dos direitos humanos da vítima, que, da forma como posta pelo ordenamento jurídico pátrio, a consideração do comportamento da vítima na aplicação da pena encontra-se suscetível a contradizer o próprio dever estatal de proteção das pessoas em geral e das vítimas em particular, admitindo potencialmente a violação aos direitos humanos das vítimas de crimes, notadamente à sua liberdade, cuja essência, como salientado por Hannah Arendt, é atribuir significado à vida política.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANCEL, Marc. *A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução do original da 2. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ARENAL, Concepción. *El Visitador del Pobre*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1941.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 3. ed., 1. reimp. 2013.

BALERA, Wagner. “Comentário ao art. XXVII”, p. 147 e 148. In: *Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Wagner Balera: Coordenação. Brasília: Fortium, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Tradução clássica revisada. São Paulo: Logos, [S. d.].

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina*. 2. ed. São Paulo: EUD, 1978.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália: um ensaio*. Tradução de Vera Lucia de Oliveira Sarmiento e Fernando de Azevedo Corrêa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

BURKE, Peter. *O Renascimento Italiano*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Nova Alexandria, 2010.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Curso de sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral, Volume II*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. “A Criminologia Crítica no século XXI como Criminologia dos Direitos Humanos”, p. 259 a 282. *In: Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano: homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atualizada e ampliada por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*, volume I. Tradução: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Prefácio do Prof. Beleza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FREUD, Sigmund. *Obras completas*, volume 11: *totem e tabu*, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. 4ª edição. 1º Tomo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 4.ª edição. Lisboa: Clássica, 1925.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. “Delação premiada”, p. 147 a 183. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coordenação). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A Inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENTIG, Hans von. *The criminal & his victim: studies in the sociobiology of crime*. New Haven: Yale University Press, 1948.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D’Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBBS, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HULSMAN, Louk. “In pensar em clave abolicionista”. *In*: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 143 a 151. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011, p. 149 e 150.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquin Cuello Contreras, e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri, SP: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KOSOVSKI, Ester. “Vitimologia e Judaísmo”. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (Organizadores). *Novos estudos de vitimologia*. P. 23 a 27. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *A Construção da Cidadania e o Direito à Educação*. Tese de Livre-Docência em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*. Torino: Fratelli Bocca, 1878.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução e notas de Henrique Amat Rêgo Monteiro. 2. ed. São Paulo: Clio Editora, 2012.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. “A Perspectiva da Vitimologia”. In: DINIZ, Maria Helena (coordenação). *Atualidades jurídicas*, 3. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 370 a 384.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUTTI, Vanessa De Buassui. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectivada vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.

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 arriesgadas*. Tese de Doutorado. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho; Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio de M. Franchini Netto à 1. ed. 11. ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. Em: MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque [et al]. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 1, parte geral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEUMAN, Elías. *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Segunda edición, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9.ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6ª ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro, Maanaim, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. *As leis, ou da legislação e epinomis*. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 1ª ed., 1999.

PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*. Tradução, textos complementares e notas Edson Bini. 2ª ed., 1. reimp. São Paulo: EDIPRO, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª edição. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*, vol. III. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Volume 4, I Seção da II Parte, Questões 49 – 114. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Volume 6, II Seção da II Parte, Questões 57 – 122. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Prefácio Alvino Augusto de Sá. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’”. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, n. 34, v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 5.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.

REFERÊNCIAS DA INTERNET

ATLETA negro americano Jesse Owens vence Hitler nos Jogos Olímpicos de 1936. *O Globo*, caderno Mundo, Rio de Janeiro, 06 set. 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/atleta-negro-americano-jesse-owens-vence-hitler-nos-jogos-olimpicos-de-1936-9859599>>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL. *Código Criminal do Império* – Lei de 13 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. *Código Penal* – Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. *Código Penal de 1890* – Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. *Consolidação das Leis Penais*. Aprovada e adotada pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Regimento Interno*: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal. 2015. Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até julho de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.284.562-SE. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, votação unânime, data de julgamento 05 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60694175&num_registro=201102275696&data=20160517&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado pelo Tribunal Pleno em 03 dez. 2008, em votação unânime. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRITO, Alexis Couto de. “As finalidades da pena em Günther Jakobs”. Artigo originalmente publicado em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 110, ano 22, set-out de 2014, pp 15-50. Disponível em: <https://www.academia.edu/11605356/Finalidades_da_Pena_em_Jakobs>. Acesso em: 03 set. 2016.

CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana em abril de 1948 em Bogotá. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organização-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em 03 nov. 2016.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 23 ago. 2016.

DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração-da-Justiça.-Proteção-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Proteção-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 03 nov. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *In: Direitos Humanos – atos internacionais e normas correlatas*. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 out. 2015.

FERNANDES, David Augusto. “Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal”. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova fase – 1962. Belo Horizonte, n. 64, p. 379 a 411, jan./jun. 2014, p. 381 e 382. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2014v64p379/1544>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

LARRAURI, Elena. “¿Victimologia: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”. *In: Revista Jueces para la democracia*, n. 15, 1992, p. 21 a 31, p. 25. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520556>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MENA, Fernanda. Um terço dos brasileiros culpa mulheres por estupros sofridos. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, São Paulo, 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1815301-um-terco-dos-brasileiros-culpa-mulheres-por-estupros-sofridos.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

MORAES, Vinícius de. Rosa de Hiroshima. *Antologia poética*. Rio de Janeiro: A Noite, 1954. Disponível em: <<http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/rosa-de-hiroxima>>. Acesso em: 18 set. 2016.

PACTO Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

PACTO Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

PROTOCOLO Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.