

Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva

EDUARDO SAAD-DINIZ
GUSTAVO DE CARVALHO MARIN

Resumo: Neste artigo, analisa-se de que modo os processos de imputação moral orientados às vítimas influenciam a compreensão destas nas teorias da imputação objetiva de responsabilidade penal. Revisitando os estágios evolutivos dos estudos vitimológicos, o trabalho recorre à orientação moral sugerida pela teoria social e pelas teorias da comunicação, buscando identificar referências válidas para reinterpretar a realização das liberdades pessoais da vítima por meio da imputação penal.

Palavras-chave: Vítima. Imputação objetiva. Teorias da comunicação. Teoria social. Imputação penal.

1. Imputação objetiva: que mais pode ser dito?

As teses sobre a imputação objetiva de responsabilidade, desde seus estudos pioneiros na doutrina brasileira, têm dedicado pouca ou nenhuma atenção aos processos de imputação moral orientada à vítima. A forte influência da política criminal na moderna dogmática impôs debates sobre os limites e os critérios de relevância da lesão a interesses de terceiros. Porém, se bem é certo que promovem importante operação de deslegitimação dos abusos da sanção penal, a apropriação político-criminal da dogmática jurídico-penal tem demonstrado resultados de baixo rendimento para uma melhoria efetiva do Sistema de Justiça criminal, especialmente no que diz respeito ao caso brasileiro, obsessivo na sua cruzada pelo encarceramento em massa. O elevado nível de contingência e subserviência desse comportamento decisório em face das relações de poder político condena a imputação de responsabilidade a um estado de infracomplexidade teórica, afetando a coerência sistêmica

Recebido em 20/6/16
Aprovado em 15/8/16

e a consistência funcional que confere legitimidade ao caráter vinculante das normas penais¹. Ainda que apresentem uma série de variantes, as teses de política criminal promoveram uma verdadeira supremacia do idealismo alemão, fazendo incidir sobre os processos de atribuição de responsabilidade penal juízos de relevância orientados à função apelativa de provocar a “pré-compreensão da sensibilidade de Justiça” (PAWLIK, 2012, p. 50).

O principal entrave das interpretações convencionais é que a centralidade do conceito de autonomia no direito penal cinde a realidade do indivíduo e a capacidade de rendimento da tutela estatal, sem que o comportamento dos indivíduos e a distribuição de suas liberdades pessoais ascendam à formação das normas penais – ou seja, sem racionalizar um Sistema de Justiça criminal centrado na promoção de condições para a realização subjetiva. Para dar conta desse problema, além da revisão dos próprios postulados de imputação objetiva, que envolvem modificações significativas na estrutura do delito e a fundamentação da pena (PAWLIK, 2012, p. 258), os processos de legitimação material de uma “justa” distribuição das liberdades pessoais oferecem um reduzido espaço à compreensão do lugar da vítima no Sistema de Justiça criminal.

Neste trabalho, recorrendo a uma revisão sistemática dos estudos de vitimologia, assume-se como hipótese a necessidade de revisão crítica orientada pelas gramáticas morais da teoria social, como uma releitura do lugar da vítima e dos processos de vitimização que pretende reacender as justificações morais em torno das quais a interpretação do direito penal redimensiona suas relações interpessoais. Por meio da revisão dos postulados da vitimologia, o artigo se propõe a analisar a posição da vítima com base na orientação moral sugerida pela teoria social e pelas teorias da comunicação, com a finalidade de identificar referências válidas para se reinterpretar a realização das liberdades pessoais da vítima por meio da imputação penal.

2. Vitimologia: capítulo esquecido das ciências criminais?

Inicialmente, a importância da vítima em sua relação com o direito penal se fragmentava em dois períodos distintos. No primeiro deles, a “idade de ouro”, atribuía-se à vítima ou a seus próximos a possibilidade de reagir ao injusto sofrido, baseando-se em mecanismos inclinados à ideia de vingança privada. Gradativamente, contudo, à medida que o

¹Recentemente, a construção de um sistema de imputação objetiva pode ser encontrada em Jakobs (2012, p. 16).

direito penal se consolida como ramo do direito público e o Estado detém o monopólio do exercício do poder punitivo, inicia-se um processo de neutralização da vítima no sistema jurídico-penal. O que em princípio constituía uma tentativa de consolidar critérios objetivos para atribuição de responsabilidade penal, visando assegurar que excessos passionais não vulnerassem direitos do ofensor, acabou por converter a vítima em mero sujeito passivo do delito, inserido em posição de neutralidade. Esse lugar reservado à vítima acabou permanecendo reduzido, restringindo-se principalmente a (i) suas pretensões reparatórias e indenizatórias – o que, todavia, guarda relação muito mais com mecanismos privados de reparação do dano e restauração do conflito (SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 145-147)² –, e, (ii) no plano processual penal, a seu papel como relevante fonte de prova para o convencimento decisório (ESER, 1992, p. 18)³.

² A criação de mecanismos civis de reparação, na realidade, é reconhecida como método relevante de prestar assistência às vítimas de crime e seus familiares, sendo inclusive uma das ferramentas previstas na *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1985. Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas ressalta que o ressarcimento a cargo do infrator, bem como a indenização por parte do Estado podem ser fontes relevantes de recursos para vítimas incapazes de recuperar por si mesmas as condições necessárias para sua sobrevivência, perdas em decorrência da vitimização sofrida. Para maiores detalhes acerca da operacionalização destes instrumentos na legislação brasileira, em consonância com as normas internacionais, ver Freitas (2011, p. 9-24). O problema parece não ser isoladamente a transferência de facultades às vítimas no âmbito jurídico-civil, mas sim a desarticulação desses mecanismos com outras formas de assistência, além da tímida revalorização da vítima como sujeito moralmente responsável *também* em matéria jurídico-penal.

³ Sobre o tema da vítima e o processo penal no Brasil, ver Antonio Fernandes (1995). Desenvolvendo o assunto, Marcio César Alvarez et al. analisa as correlações entre o modelo processual penal brasileiro e as vítimas do delito, com base em duas iniciativas legislativas que, a seu ver, prestariam uma atenção diferenciada às pessoas afetadas pelo delito. A primeira seria a Lei nº 9.099/1995, a qual instituiu os Juizados Especiais Criminais e positivou mecanismos restaurativos e consensuais de resolução

Uma das consequências dessa passagem foi o progressivo alheamento da vítima das discussões das ciências criminais, as quais concentraram seus esforços na problematização da relação entre Estado e agente. Nessa tendência neutralizante, primeiramente em plano abstrato, a vítima é considerada sujeito com interesses juridicamente garantidos, que conta com uma promessa de atuação estatal no caso de eles serem violados. Posteriormente, se concretizado o injusto típico, é ela então encarada como receptora do delito, figura anônima que se dissolve na supraindividualidade do interesse protegido. Ambas as percepções se estruturaram e persistem na indiferença de observações vitimológicas, que buscam compreender a vítima como um sujeito que sofreu perturbações decorrentes de um conflito humano, que carece de atenção individualizada e que tem algo a comunicar acerca de sua experiência com a vitimização. Se a absolutização das perspectivas da vítima poderia conduzir o Sistema de Justiça a uma configuração particularista e imediatista, parece verdade também que a oficialização do problema penal

de conflitos, buscando “combater a despersonalização do conflito e os efeitos vitimizadores da abordagem clássica jurídico-punitiva”. A segunda, surgida em larga medida com base na constatação de que a Lei nº 9.099/1995 mostrava-se subcomplexa para lidar com os problemas vivenciados por vítimas de violência de gênero, consistiria na Lei nº 13.840/2006 (Lei Maria da Penha), a qual, além de trazer novas tipificações penais relacionadas a tais formas de violência contra a mulher, estruturou mecanismos processuais voltados à prevenção dessas formas específicas de vitimização. No entanto, por meio de uma pesquisa empírica – com observações e entrevistas semipadronizadas de vítimas e atores do Sistema de Justiça –, verificou-se que mesmo medidas legislativas como essas não foram suficientes para atribuir um efetivo protagonismo às vítimas no plano processual penal brasileiro. Muitas dessas conclusões se devem a déficits na implementação prática dos dispositivos previstos em tais documentos normativos. Embora de forma não exaustiva, tais déficits constatados pelos pesquisadores passam pela escassez de condições efetivas para que a vítima demonstre seu ponto de vista no curso do processo, bem como pela insuficiente aplicação de mecanismos de natureza protetiva e satisfativa (ALVAREZ et al., 2010).

e as construções dogmáticas dela advindas desconsideraram a vítima como sujeito protagonista do conflito que se pretende regular (HERRERA MORENO, 1995, p. 481-489)⁴.

Ainda que essa progressiva preocupação com a vítima estivesse relacionada fundamentalmente aos limites de legitimação da imputação penal ao ofensor, a orientação à vítima na dogmática penal, no entanto, parece não haver acompanhado a evolução histórica das investigações vitimológicas. Partindo de um estágio em que se buscava classificar as espécies de vítimas e delimitar hipóteses de “precipitação vitimal”, a compreensão da vítima como pessoa introduz a experiência de vitimização ao mesmo tempo individual e socialmente contextualizada. Revisitar os estágios evolutivos da vitimologia pode auxiliar não apenas no entendimento dos motivos que levaram as ciências criminais a se mostrarem pouco receptivas às preocupações vitimológicas, mas também na delimitação de possíveis novas indagações quanto aos processos de imputação moral orientada à vítima. Ainda que a problemática da vítima tenha sido analisada em estudos anteriores, o termo vitimologia foi cunhado por Benjamin Mendelsohn em 1947 (DUSSICH, 2006, p. 116) e, em 1948, foi publicada a primeira investigação mais sistemática acerca da figura da vítima. Em seu *The criminal and his victim*, Hans von Hentig enfatizou principalmente a contribuição da vítima à sua própria

vitimização. Nessa perspectiva teórica, a vítima passa a ter alguma relevância na condição de agente moralmente responsável, tendo em vista que seu comportamento e suas interações com o agente passam a ser trabalhadas como elementos importantes para a compreensão do crime – o que difere de sua posição anterior como mero e estático sujeito passivo do delito (FATTAH, 2000, p. 22-23). Esse momento inicial da vitimologia, por mais que tenha impulsionado o movimento científico de “redescoberta da vítima”, é ainda bastante problemático.

Pouca atenção se dedica ao sujeito afetado pelo delito como pessoa, cuja experiência empírica e necessidades concretas devem ser levadas em consideração na atribuição de responsabilidade penal. Uma das críticas a tais estudos vitimológicos originais é justamente que, ao buscarem distribuir entre os dois polos da interação as responsabilidades pelo delito, acabam por fornecer argumentos que viabilizam a responsabilização das vítimas por seu próprio sofrimento (*blaming the victim*). O especial interesse desse campo de estudo por alternativas não punitivas – seja ao não se responsabilizar o ofensor, seja ao propor alternativas reconciliatórias – seriam pautadas pela busca de um *equilíbrio*, consubstanciado no direcionamento de uma atenção humanitária pretensamente igual à vítima e ao ofensor. Entretanto, tal equilíbrio pode ser de difícil justificação em determinados cenários, especialmente nas relações interpessoais em que se faz presente uma assimetria de poder (VAN DJIK, 1999, p. 2-3). Seria esse o caso de agressões relacionadas a questões raciais, de gênero ou de orientação sexual, além de outros contextos de vulnerabilidade da vítima e déficits democráticos históricos, acentuando-se diante da concentração de poder político ou econômico por parte do ofensor. A busca de uma atenção indiferenciada ao ofensor e à vítima poderia

⁴Descrevendo o isolamento da vítima tanto no âmbito científico como nas práticas do Sistema de Justiça, Myriam Herrera Moreno (1995, p. 481-489) afirma que tal “desterro prático, apenas parcialmente levantado ou suavizado pelas doutrinas jurídicas posteriores, acarreta especial carga onerosa à instituição vitimal. Com efeito, o estudo teórico e empírico do fenômeno criminal, a compreensão do delinquente e seu mundo, será, a não muito tardar, objeto científico entusiasticamente abraçado pela já próxima disciplina criminológica; muito ao contrário, a vítima constituirá, por longos anos todavia, uma espécie de ‘holandês errante’, visualizado como visão aflitiva, tão eterna como irremediável, entre o fluxo das ondas das nascentes ciências penais”.

ter como consequência a vulneração das liberdades pessoais da vítima, cujas perspectivas e necessidades poderiam ser silenciadas em virtude da incapacidade da resposta penal de atuar em contextos de assimetria social.

Essas críticas às etapas iniciais dos estudos vitimológicos despertaram a necessidade de serem redefinidas as redes teóricas e institucionais dedicadas à problemática da vítima. A introdução de novas ideias, especialmente após a década de 1980, impulsionou a vitimologia a adotar uma agenda científica propositiva qualitativamente diversa daquela que mobilizava os estudos característicos de sua fase inicial. O desenvolvimento da compreensão da vitimologia envolveu iniciativas integradas, como a coleta de dados, a formulação de novas teorias, a criação de programas, além da instituição de mecanismos processuais, com o propósito de ajudar vítimas a se recuperarem do trauma decorrente da vitimização – movimento de reconfiguração científica que influenciou e, ao mesmo tempo, foi alavancado por avanços legislativos internos aos países e em âmbito transnacional. Um dos passos mais importantes foi a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1985, da *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, na qual se reafirma a existência de milhões de pessoas que sofrem os danos decorrentes de crime e abuso de poder, constatando-se ainda que os direitos dessas vítimas “não têm sido adequadamente reconhecidos” (FATTAH, 2000, p. 26-27)⁵.

Com isso, a vitimologia gradativamente ganha um novo enfoque: se antes os estudos buscavam precipuamente compreender formas pelas quais o “ofendido” contribuía para o delito, a nova orientação vitimológica encara essa tendência com restrições, dedicando-se na realidade a compreender cientificamente novos preenchimentos morais do processo de vitimização, na linha de reafirmação das liberdades pessoais. A percepção passa a ser de que o vitimólogo não se confunde com a vítima, mas tem com ela um compromisso que é levado adiante em suas pesquisas. É nesse sentido que a vítima é trabalhada como um vínculo entre sociedade e ciência, que compreende as experiências individuais de vitimização e as demandas sociais relacionadas como genuínos objetos de estudo (HERRERA MORENO, 2012, p. 74-75).

A vitimologia passa, dessa forma, a ganhar contornos mais críticos, contexto teórico em que se busca compreender as estruturas sociais em

⁵ Consta dessa Declaração o conceito de vítima: “pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, inclusive lesões de ordem física ou mental, sofrimento emocional, prejuízo econômico ou debilitação substancial de seus direitos fundamentais, por atos ou omissões praticadas em violação às leis penais em vigor nos Estados Membros, incluindo-se nele que proíbem o abuso criminoso de poder” (NAÇÕES UNIDAS, 1985).

que se realiza cada processo de vitimização, bem como de que forma a vítima, como sujeito empírico, se relaciona ou pode vir a se relacionar com tais estruturas. Para esse novo quadro, as experiências individuais de sofrimento assumem relevância como objeto de estudo, mas também revelam o potencial das vítimas de, dinamicamente, *manter* ou *modificar* as condições estruturais em que atuam socialmente.

Não é por outra razão que os movimentos de defesa dos direitos das vítimas são fundamentais para as pesquisas desenvolvidas nessa nova linha de investigação vitimológica, na medida em que, neles, as pessoas não apenas interpretam o conteúdo de sua vitimização, como também buscam formas de avaliar criticamente as estruturas que ensejaram o conflito e propor mecanismos de superação dos problemas vivenciados⁶. Se antes os estudos sobre a “precipitação vitimal” consideravam as vítimas – de certo modo – como moralmente responsáveis, a fim de compreender como a condução livre de suas vidas poderia aumentar os riscos de materialização do delito, a evolução da vitimologia expande de forma significativa essa atribuição de capacidade moral: a vítima não apenas interage com o criminoso, como também (i) possui e comunica uma experiência individual de vitimização; (ii) é situada em um contexto social estrutural que, em maior ou menor medida, influencia o delito e a forma que ele assume; e (iii) atua socialmente no sentido de se relacionar mais ou menos criticamente com tais estruturas sociais, seja de forma individual ou em associação. Essa confluência entre a produção científica e as teses de reafirmação das liberdades pessoais da vítima resultou em seu maior reconhecimento como sujeito relevante para a ordem jurídica e moralmente responsável, na medida em que lhe é reconhecido potencial protagonismo na interação com o meio social, despertando ainda a atenção para a necessidade de se adotarem medidas de proteção adequadas às distintas formas de vitimização.

Entretanto, sob outro ponto de vista, Ezzat A. Fattah (2000, p. 25) atenta para o fato de que o mesmo processo de reorientação vitimológica teve como efeito colateral sua apropriação por razões populistas, na linha da vingança social e do ideário de lei e ordem. Esse acoplamento do discurso de defesa dos interesses das vítimas se deu por meio

⁶Como exemplo paradigmático da reconstrução do pensamento vitimológico como afirmação das liberdades pessoais da vítima, os movimentos feministas expuseram como as bases vitimológicas tradicionais não consideravam realidades materiais que inseriam mulheres em determinadas posições sociais que acabavam por influenciar até mesmo a construção da noção de vítima. Com isso, estimulou-se a discussão acerca da abertura do conceito de vitimização para o sofrimento vivenciado pelas mulheres no âmbito privado, discutindo-se como o direito poderia desenvolver formas mais adequadas de resposta à vitimização feminina. As mulheres vítimas, por sua vez, eram consideradas não meros sujeitos passivos de um comportamento delitivo, mas agentes verdadeiramente ativos, com estratégias próprias de sobrevivência e resistência. Sobre esse conjunto de ideias, ver Walklate (1990).

de sérias distorções. Não obstante se verifique a existência de movimentos que exigem contundentemente a exasperação punitiva como forma de proteção⁷, as respostas estatais à criminalidade ficaram longe de abranger a complexidade das exigências canalizadas por esses agrupamentos sociais.

Para além das demandas por recrudescimento punitivo, parcela significativa dos grupos em questão assumem agenda de compensação, assistência, reconhecimento e proteção das pessoas afetadas pelo delito. Esses fragmentos do discurso vitimológico, entretanto, encontraram pouco amparo nas propostas estatais mais comuns de gerenciamento da criminalidade, centradas quase que exclusivamente na justificação moral do reforço penal com base em uma vítima simbolicamente construída. A vítima deixa de ser uma pessoa socialmente atuante, que merece atenção por ter sofrido os efeitos de um delito, e cujo cuidado se coaduna com a proteção de interesses sociais mais amplos. Em vez disso, reverte-se em construção abstrata de *personagem representativa*, que exterioriza as preocupações securitárias da sociedade e que serve à justificação do populismo punitivo (GARLAND, 2005, p. 47; 341). Longe de elevar as vítimas à condição de sujeitos, cujas comunicações efetivamente repercutem sobre as definições das políticas criminais, tal distorção na realidade acaba por mantê-las em seu já conhecido estado de isolamento – desta vez, no entanto, agravado por uma instrumentalização política que não faz mais que camuflar a perpetuação da indiferença com relação à vítima, não reconhecida como agente moralmente responsável e comunicativamente capaz de *realmente* to-

⁷ Para analisar criticamente movimentos de vítimas brasileiros e suas demandas por recrudescimento penal, ver Pastana (2003, p. 103-108). Sobre o assunto, ver também Shecaira (2011, p. 65-66).

mar parte no processo de criação e interpretação das normas penais.

Não por acaso, é comum entre os penalistas a ressalva à capacidade da dogmática jurídico-penal de recepcionar as tensões morais que compõem o processo de vitimização e as respostas a ele conferidas pela sociedade. A participação de movimentos de defesa dos direitos das vítimas na conformação das normas penais é interpretada como um elemento frequentemente causador de irracionalidade na produção legislativa, argumento com base no qual se estabelece uma duvidosa conexão entre (i) as pressões sociais por proteção penal de vítimas e (ii) a instituição de medidas punitivas de especial gravidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 36-37). A manifestação dessa desconfiança acaba por restringir o potencial de reorientação do processo de imputação moral orientado à vítima, principalmente pelo receio de reposição de certos níveis de revanchismo nas ideias penais (SILVA SANCHEZ, 2009).

Mais especificamente, nas teses sobre a imputação objetiva, essa restrição torna-se ainda mais evidente. Se é certo que houve algum diálogo entre o direito penal e as ideias de matiz vitimológica nesse campo, também é verdade que isso está adstrito às linhas teóricas características dos momentos originais da vitimologia, mais propensas à categorização do comportamento da vítima que contribui para a produção de determinado resultado⁸. Embora nem sempre recorrendo a noções “vitimodogmáticas”⁹, a dogmática jurídico-penal de tradição alemã concentrou

⁸ Para um enfoque mais propriamente vitimodogmático, ver Schunemann (2002).

⁹ Acerca do desenvolvimento dos estudos vitimodogmáticos e da passagem às diferentes teorizações mais voltadas à noção de imputação objetiva, ver Bonet Esteva e Hassemer (1999, p. 209). Sobre o tema e especificamente sobre as discussões para o direito penal brasileiro, ver Greco (2004).

suas investigações de orientação à vítima nas consequências da “autocolocação em perigo” para a teoria do delito, principalmente como problema de imputação objetiva¹⁰. Também chamada de “imputação à vítima”, a autocolocação em risco funda-se em dois postulados principais: a liberdade pessoal e o princípio da autorresponsabilidade, por meio da afirmação de que um Estado que trata seus cidadãos como moralmente imputáveis atribui a eles a responsabilidade pelas consequências de suas ações, inclusive com relação à possibilidade de uma autolesão ou autocolocação em risco¹¹. A orientação à vítima exerceu influência direta sobre a teoria do injusto penal, especialmente no plano da tipicidade, com a delimitação de critérios de imputação objetiva, em que se buscava atribuir à vítima a corresponsabilidade pela ocorrência de um determinado risco ou resultado danoso, originado de sua ação livre e consciente¹².

Contudo, essas construções teóricas parecem se caracterizar por uma ambivalência

¹⁰ Em 1993, Cornelius Prittwitz atualiza essa discussão por meio da problematização da tensão entre direito penal e risco. O debate tem como ponto de partida o delito de periclitación da vida e os critérios de punibilidade que incidem nas hipóteses em que uma pessoa infectada pelo vírus HIV se relaciona sexualmente com um determinado parceiro, sem informá-lo acerca de sua condição. Tal discussão permite a Prittwitz a cisão entre, de um lado, um direito de absorção simbólica das expectativas sociais por produção legislativa e, de outro, a criação de uma “dogmática do risco” voltada ao delineamento de mecanismos de prevenção de perigos (PRITTWITZ, 1993, p. 27-28).

¹¹ Para maior aprofundamento e problematização dessa teorização na perspectiva da imputação objetiva, ver Polaino Navarrete e Polaino-Orts (2015, p. 122).

¹² A autorresponsabilidade seria delimitada por uma série de critérios que, se presentes, retirariam o conteúdo de injusto da conduta: (i) a disponibilidade do interesse colocado em risco pela vítima; (ii) que ela seja seu titular único; (iii) que ela tenha capacidade de dar consentimento; (iv) que o consentimento não seja prestado em decorrência de fraude, coação ou violação de um dever; (v) que o consentimento seja dado antes da ocorrência do fato que gerou o resultado; (vi) que o conteúdo desse consentimento não seja contrário ao núcleo fundamental de uma determinada ordem jurídica concreta (TAVARES, 2002, p. 290-291).

no que concerne à imputabilidade moral da vítima, em suas possíveis correlações com o problema da imputação objetiva. De um lado, por mais que a dogmática jurídico-penal da imputação à vítima eleve o risco de submissão a situações de vulneração de direitos – como veiculado pela crítica vitimológica –, é certo que tais modelos teóricos conferem à vítima espaços de liberdade nos quais ela é reconhecida como sujeito capaz de gerenciar, de forma autorresponsável, os riscos que derivam de suas próprias decisões. Por outro lado, parece igualmente verdadeiro que essas mesmas esferas de liberdade são abstratamente reconhecidas à vítima *apenas* na medida em que sua imputação moral serve à limitação do poder punitivo que incidiria sobre o ofensor. A unilateralidade do movimento de imputação moral à vítima pode levar à desconsideração não apenas das circunstâncias concretas em que se deu o exercício de sua liberdade de avaliação e escolha, mas também de outras formas pelas quais as mediações normativas poderiam considerar as vítimas como agentes moralmente imputáveis.

A dogmática jurídico-penal relega a um segundo plano outros modos pelos quais a capacidade comunicativa da vítima e sua experiência individual de vitimização poderiam contribuir para a definição dos critérios que permitem realizar a imputação objetiva – para além, portanto, das hipóteses de consentimento e da autocolocação em risco. Uma reorientação dos processos de imputação em direção à vítima, reconhecendo-a como agente moralmente capaz cuja perspectiva importa, aporta novos elementos para uma nova conformação do sistema jurídico-penal, aproximando-o das tendências do pensamento vitimológico. Afinal, com base na consideração da vítima como sujeito individualizado e protagonista do conflito criminal, o delito repercute diferentemente

te na medida em que também distintas são as circunstâncias das vítimas e as estruturas de uma determinada realidade social em que se realiza o delito, de modo que conhecer as situações e os padrões de vitimização pode fornecer o material necessário para formulação de melhores estratégias de resposta penal à criminalidade.

Nessa linha de revalorização da vítima para a imputação objetiva, o conhecimento de *quantos* e *quem* são de fato os sujeitos afetados pelo delito permite a coleta de dados que expõem realidades nem sempre contempladas pelas estatísticas oficiais¹³, pelas ciências criminais ou por aqueles responsáveis pela conformação das intervenções punitivas. Pesquisas que englobam os processos de vitimização permitem a obtenção de informações, como a amplitude e a distribuição da criminalidade, o perfil das vítimas reais e potenciais de um determinado delito, a aferição de indicadores que permitem avaliar o funcionamento do Sistema de Justiça criminal, além da possibilidade de se verificar o modo e intensidade pelos quais certos crimes repercutem sobre diferentes vítimas (CUAREZMA TERÁM, 1996, p. 305-306)¹⁴. Com base nisso, torna-se possível não apenas a construção de teorias mais sensíveis ao problema das vítimas, mas também a formulação de políticas mais elaboradas de prevenção da criminalidade, com lastro em evidências válidas e confiáveis¹⁵.

Mesmo assim, o conhecimento das vítimas ganha maior capacidade de rendimento se aliado à atribuição de *accountability* moral. As vítimas

¹³ Além da desconsideração da cifra oculta, Sergio Adorno identifica uma série de outros problemas envolvendo as estatísticas oficiais acerca do delito, entre os quais a interferência de critérios burocráticos na mensuração da criminalidade e na avaliação do desempenho da administração em seu gerenciamento; as negociações paralelas frequentes entre agressor, vítima e poder público; a desistência da vítima em levar seu caso ao conhecimento dos poderes públicos, geralmente por desconfiança nas instituições do Sistema de Justiça (ADORNO, 1999, p. 136). Em outro trabalho, no entanto, o mesmo autor ressalva que também as pesquisas vitimológicas precisam ser analisadas com algumas ressalvas: embora sejam comumente conduzidas com grande sofisticação metodológica, têm como obstáculo o fato de lidarem com a memória das vítimas (ADORNO, 1998, p. 30).

¹⁴ Para análise dos resultados da *International Crime Victims Survey*, ver Pérez Cepeda e Benito Sánchez (2013, p. 5-8).

¹⁵ Utilizando classificação de Jan van Dijk e J. de Waard (1991, p. 488-489), no plano da prevenção primária (a qual engloba intervenções sobre um público menos específico, mais difuso), é possível a conscientização da população acerca de formas comuns de se precaver contra o delito, geralmente por meio de campanhas informativas sobre como evitar ser vitimado. Já a prevenção secundária tem como enfoque parcelas da população consideradas vulneráveis a certas formas de vitimização, de modo que o conhecimento acerca de quem são esses grupos de risco viabiliza a formulação de políticas específicas contra aqueles delitos mais frequentes. Por fim, possibilita-se com maior segurança a implementação de mecanismos de prevenção terciária, tais como instrumentos de assistência, suporte, compensação e formas alternativas de gerenciar os conflitos, todos com a orientação comum de ajudar vítimas a superarem problemas de ordem prática e emocional decorrentes de sua vitimização. Os autores definem a prevenção da criminalidade como "o total de todas as iniciativas privadas e políticas estatais outras que não a aplicação do direito penal, direcionadas à redução do dano causado pelos atos definidos como criminosos pelo Estado". Desse modo, das medidas de prevenção em suas três escalas, van Dijk e Waard excluem a investigação criminal, a condenação, a punição e a execução das penas.

passam a ser ouvidas não na condição de meros sujeitos passivos, afetados por um comportamento delitivo e carentes de uma proteção estatal verticalizada. Em vez disso, tornam-se agentes verdadeiramente ativos, cujos direitos, responsabilidades e mundivivências importam para a compreensão do delito e para a delimitação de formas mais apropriadas de gerenciá-lo. A imputação moral da vítima a desloca para a condição de sujeito empírico que interage ativamente com o agente, com as estruturas sociais – seja para sua sustentação ou enfrentamento – e com o próprio Sistema de Justiça criminal. A superação da indiferença às pessoas afetadas pelo delito, compreendendo-as como sujeitos cuja perspectiva individual é considerada relevante e levada a sério, pode tornar as intervenções jurídico-penais mais condizentes com relação às demais políticas não punitivas de atendimento às vítimas, reduzindo a seletividade das medidas penais e incrementando as práticas do Sistema de Justiça.

O resultado tem grandes chances de ser não apenas um ganho em *crime prevention*, mas, com base na valorização da imputação moral orientada à vítima, também a determinação da vítima como sujeito empírico dotado de capacidade comunicativa e protagonista do conflito criminal juridicamente regulado. O problema passa a se definir *se e em que medida* é possível transpor esse novo preenchimento moral às categorias da teoria do delito, especialmente na redefinição de critérios para a imputação objetiva. Quer dizer, a imputação moral orientada à vítima requer dos cânones da teoria do delito a necessidade de equacionar, de um lado, (i) a admissão da experiência delitiva como fator *individualizado*, socialmente contextualizado e que informa a interpretação penal; e, de outro, (ii) a necessidade de se conformar, com base nisso, um sistema de distribuição de responsabilidade penal cuja aplicação se estende a uma generalidade de casos, delimitando-se formas de imputação jurídica que estejam acompanhadas da imputação moral dos indivíduos relacionados ao problema criminal analisado.

3. Imputação moral e o reconhecimento da vítima como problema de imputação objetiva

A tentativa de uma reorientação da atenção dispensada à vítima nos debates em torno dos conflitos penais teve como efeito colateral a distorção por *policy makers* das repercussões para o Sistema de Justiça criminal. A reorientação à vítima não escapa à ambiguidade de promover políticas rígidas de enfrentamento à criminalidade, cujo conteúdo não apenas desafia as noções liberais de pena proporcional, como também abre espaço para a justificação utilitária da sanção penal como

instrumento de neutralização de indivíduos perigosos. Michael Tonry (c2011, p. 5), descrevendo a experiência inglesa a partir do final da década de 1990, demonstra como as políticas – caracterizadas pela facilitação de condenações e por um recrudescimento punitivo – eram expressamente legitimadas pelas lideranças governamentais britânicas como uma forma de “reequilibrar o sistema [de justiça criminal] em favor da vítima”¹⁶. No entanto, essa tendência não implicou efetiva superação da indiferença direcionada pelo sistema penal à perspectiva da vítima e a suas experiências concretas com o delito. Mesmo nesses contextos de pretensa revalorização da vítima, o foco das intervenções punitivas continuava a ser, essencialmente, o ofensor – antes a ser reabilitado, agora inocuizado. Já a vítima é convertida em mera personagem simbólica, instrumentalizada nas justificações políticas das medidas de recrudescimento, as quais, por sua vez, mostravam-se essencialmente desconectadas da complexidade dos discursos de reafirmação das liberdades pessoais da vítima.

As novas tendências consolidaram o já conhecido estado de isolamento das vítimas, na medida em que não as consideram como agentes morais cujas perspectivas individualizadas são relevantes para a interpretação penal, além de não as levar efetivamente em conta na definição das políticas de gerenciamento do problema delitivo. Tanto o *welfarismo* penal como as políticas de inocuização parecem, na realidade, tratar seus destinatários mais como *objetos* de uma intervenção estatal e menos como *sujeitos* efetivamente participantes da vida social (GÜNTHER, 2014, p. 4). Ao seguirem

¹⁶ Além disso, mais adiante em seu texto, o autor traz ainda a discussão para o modelo estadunidense, argumentando que as leis *three-strikes* eram incapazes de serem moralmente justificadas, por gerarem a aplicação de penas desproporcionais, que comprometem a coerência de um sistema penal.

essa linha, desconsideram os indivíduos como agentes morais que, não obstante falhos e por vezes inclinados à transgressão, são capazes de apreender os apelos normativos e a censura veiculada por meio da reação penal (VON HIRSCH; ASHWORTH, 2005, p. 23).

Isso denota, primeiramente, uma possível aproximação entre a imputação jurídico-penal e a imputação moral dos indivíduos, despertando para a possibilidade de se desenvolver um processo mais amplo de redefinição dos modos pelos quais o sujeito se insere nas categorias dogmáticas: a capacidade de agir e de ser imputado guarda relação direta com a compreensão da *pessoa* como sujeito moralmente capaz de agir e se expressar, responsabilizando-se pelas comunicações que exterioriza. Nesse modelo teórico, a responsabilidade está inserida em diversas interações comunicativas da sociedade e pressupõe a existência de indivíduos dispostos a comportamento crítico com relação tanto a esferas de organização alheias quanto às pretensões de validade levadas a cabo por eles próprios (MACHADO; PUSCHEL, 2013, p. 255). Essa “guinada reflexiva” no conceito de responsabilidade parecer ter o potencial de redefinir a própria noção de imputação, na medida em que os critérios para realizá-la passam a ser compreendidos não como elementos prévia e substancialmente dados por um programa apriorístico, mas sim construídos por meio de interações sociais que pressupõem a existência de agentes moralmente imputáveis. Em decorrência desse trânsito a um paradigma comunicativo¹⁷ e dessa

¹⁷ Enquanto o agir orientado a consequências implica coordenação intersubjetiva *estratégica* que se funda no entrosamento de cálculos egocêntricos de ganho, no “agir comunicativo” há uma orientação ao “entendimento mútuo”: os atores estabelecem que perseguirão seus fins apenas se houver um acordo prévio ou potencial acerca da situação e das consequências previstas. Com isso, a teoria social crítica é reconstruída em torno de um paradigma comunicativo, segundo o qual a consciência indi-

atribuição de maior relevância aos processos de imputação moral dos indivíduos, a pessoa é interpretada como “fonte autogeradora” de suas condutas e manifestações, com *competência performativa* para se posicionar criticamente frente a suas escolhas e circunstâncias¹⁸.

A condição da pessoa como moral e juridicamente imputável não advém tão somente das capacidades cognitivas individualizadas de autorregulação e autoconsciência. Na realidade, o juízo de imputação busca seu fundamento nos processos de reconhecimento mútuo entre indivíduos¹⁹ – iguais entre si e

vidual se constrói intersubjetivamente em relações sociais linguisticamente mediadas (HABERMAS, 2003, p. 165-165). Como será demonstrado, as posteriores teorias do reconhecimento, ao reforçarem o caráter assimétrico e frequentemente conflituoso das relações intersubjetivas, questionaram essa capacidade de se obter um consenso mediante discursos praticados por sujeitos em uma idealizada condição de igualdade.

¹⁸Esse conceito mais amplo, trabalhado por Klaus Günther como definidor de uma “pessoa deliberativa”, assume duas formas distintas, conforme o papel exercido pelo sujeito nas relações sociais: (i) *cidadão*, referente aos espaços de sociabilidade em que o sujeito participa de uma rede discursiva formatada para produção jurídico-normativa; e, ao mesmo tempo, (ii) *pessoa de direito*, como indivíduo que, além de autor, é também destinatário das normas jurídicas (GÜNTHER, 2009b, p. 34-37).

¹⁹O cerne da teoria hegeliana do reconhecimento residiria na ideia segundo a qual a autocompreensão qualitativa de um indivíduo depende do reconhecimento e da afirmação por parte dos demais, processo que depende do reconhecimento de todos os participantes dessa interação na condição de iguais (FORST, 2010, p. 327). O reconhecimento ocorre em três esferas distintas, nas quais os indivíduos apresentam lutas por pretensões subjetivas relativas a aspectos de suas identidades, conforme as especificidades de cada espécie de interação intersubjetiva. A primeira dessas esferas é a das relações afetivas, na qual o *amor* desenvolve no sujeito uma relação de confiança em si próprio, permitindo-lhe relacionar-se na comunidade com maior facilidade e menor suscetibilidade à rejeição. A segunda esfera, por sua vez, é a do *direito*, na qual o reconhecimento parte da noção de uma igualdade universalizável, decorrente de demandas sociais pela *generalização* e *ampliação* de direitos, com base nas quais se reconhece aos sujeitos a condição de agentes juridicamente iguais e dotados de responsabilidade moral. Se na esfera do afeto a autorrelação prática se dá em termos de *autoconfiança*, o reconhecimento no direito produz *autorrespeito*. A terceira esfera de reconhecimento, por sua vez, voltada às relações de *solidariedade*, toma em consideração as particularidades do sujeito que definem distintamente sua individualidade, resguardando-a de avaliações puramente

moralmente capazes de responder por seus atos –, elaborado nas interações intersubjetivas e por meio do qual a existência de direitos e deveres se torna possível²⁰. Na formação da imputação moral se elaboram também os critérios de imputação com base em uma nova perspectiva do sujeito, que redimensiona sua posição no sistema jurídico-penal: mais precisamente, concebendo-o na nova condição de participante ativo e moralmente responsável, que transcende os papéis pessoais de mero espectador ou receptor da medida punitiva. Desse modo, o sujeito envolvido no conflito penal é interpretado como ator individualizável que interage comunicativamente com as demais pessoas e com a própria rede de comunicações estabelecida pelas medidas punitivas. É capaz, assim, de apreender a comunicação carregada pelas normas penais e pela intervenção punitiva, relacionando-se criticamente com ela e com sua própria posição.

Nesse processo, fundamentalmente conflituoso²¹, são exercidas pretensões de autoafirmação subjetiva, as quais podem ou não ser re-

coletivistas das propriedades subjetivas. É nessa terceira esfera que tem lugar a estima social, derivando da luta por reconhecimento a *autorrealização* do sujeito individualizado (HONNETH, 2003b, p. 159-211). Sobre o tema, no Brasil, entre outros, ver Souza (2000).

²⁰Da mesma forma que a responsabilidade implica o reconhecimento do indivíduo como sujeito moralmente imputável, Günther (2009a, p. 272-279) também provê caminhos para se identificarem situações em que o agente tem seu reconhecimento denegado. Isso ocorreria, fundamentalmente, quando o agressor moralmente imputável é tratado como se não o fosse, passando a ser tratado como não pessoa, foco de perigo, doente ou simplesmente como objeto de uma intervenção estatal. A negativa de reconhecimento ocorreria também ao se atribuir ao agente a responsabilidade por circunstâncias – mesmo extraindividuais – que ele não causou ou sobre as quais não tem controle.

²¹Axel Honneth parte da noção de intersubjetividade desenvolvida por Habermas, porém considera por demais abstrata a ideia de formação de um consenso por meio de relações discursivas que ocorreriam em condição de igualdade: antes, seria necessário investigar de que modo a formação de identidades está constantemente tensionada em contextos assimétricos de luta por reconhecimento (LEVY, 2012, p. 42-44).

conhecidas pelos demais atores que se relacionam com o delito e com as distintas formas de se reagir socialmente a ele. Desse conflito intersubjetivo podem derivar práticas tanto de *subjetivação* (reconhecimento) como de *dessubjetivação*, dependendo de como se estrutura a dogmática jurídico-penal e de como o Sistema de Justiça criminal atua com relação à pessoa – isto é, encarando-a em maior ou menor medida como sujeito moralmente imputável. Daí a defesa de que, em vez de um instrumento de pura contenção de riscos, a reação penal deve ser compreendida como uma *comunicação* que veicula *censura*, apreensível por sujeitos moralmente imputáveis, capazes de compreender a mensagem transmitida pela pena e de se relacionarem criticamente com seu conteúdo. Se é verdade que a caracterização de um indivíduo como *sujeito* está intrinsecamente conectada às formas pelas quais a sociedade o reconhece como pessoa dotada de direitos e capaz de moralmente ser imputado pelas pretensões de validade que comunica, parece igualmente correto levantar a hipótese de a intervenção punitiva viabilizar subjetivação, nos moldes em que ela é aqui delimitada. Essa concepção, com bases eminentemente comunicativas, repercute não apenas no ofensor do delito, mas abre também amplo campo de investigação sobre o papel da vítima na atribuição de responsabilidade: o reconhecimento do ofensor, compreendido intersubjetivamente como agente moralmente responsável, “anda de mãos dadas” com o reconhecimento também da vítima, a qual é igualmente encarada como “agente comunicativo no Sistema de Justiça penal”. Com base na consideração dos indivíduos como sujeitos moralmente imputáveis, que interagem conflituosamente em relações sociais de busca por reconhecimento, a pena fundamenta uma *mensagem moral* canalizada não apenas ao ofensor, mas também à vítima e à sociedade como terceira interessada (GÜNTHER, 2014, p. 5)²².

Klaus Günther (2009a, p. 284)²³, em uma perspectiva teórica atenta à problemática do reconhecimento, estuda a questão da vítima de forma conjugada com sua teoria da responsabilidade: a tendência de autores do delito de pulverizarem sua responsabilidade em fatores extraindividuais, quando esses não se mostram idôneos para de fato mitigar a culpa, teria como consequência o desrespeito à vítima, deficitariamente reconhecida e abandonada a seu próprio destino. Na linha da interpre-

²²Embora não adentrando os debates acerca do reconhecimento, Andrew von Hirsch (1998, p. 36) trabalha em sentido similar, ao demonstrar que a ascendência da vítima se coaduna com a tese de que a punição, ao expressar censura ao autor do delito, assume que o dano sofrido é importante e atribuível a um indivíduo moralmente imputável.

²³Não obstante, a crítica de Pawlik (2005, p. 40) a Günther é contundente, já que, no plano da filosofia política, as possibilidades de subjetivação para além da violência de Estado podem significar uma regressão ao estado de natureza (*Naturzustand*) e, por sua vez, no plano da aplicação concreta do Sistema de Justiça criminal as “reais oportunidades de participação” de cada um dos indivíduos seguem dependentes de sua determinação.

tação de Günther, o paradigma comunicativo é estabelecido como estruturante das relações sociais, influenciando diretamente sobre a pena. Ao mesmo tempo em que se redescobre o ofensor como agente comunicativo, tendo em vista que a censura é a forma pela qual membros de uma comunidade tratam uns aos outros na condição de agentes moralmente responsáveis, a vítima, antes esquecida nas políticas de reabilitação do ofensor, é retomada também como agente comunicativo, munida tanto de direitos de pedir justificações como de deveres de prover respostas. Com isso, sugere-se que a reconfiguração da pena como censura de caráter simbólico-expressivo, cuja consequência é a imputação moral ao ofensor, carrega consigo a potencialidade de se atribuir reconhecimento também à vítima. Sustentando a relevância de uma declaração pública de culpa que restitua simbolicamente as autorrelações positivas e as interações intersubjetivas abaladas pelo crime, Günther (2002, p. 218) expõe que a reação penal assim configurada comunica que a violação não é decorrência do acaso ou do azar, mas sim de um injusto que afetou a vítima, e que a sociedade entende ser inaceitável²⁴.

O embate entre formas de reconhecimento da vítima e do ofensor diante das expectativas sociais direcionadas ao direito penal, na realidade, repõe o debate clássico acerca da orientação da dogmática jurídico-penal pela filosofia política, em que se contrapõem, de um lado, o discurso liberal das preferências pessoais e da autonomia individual e, de outro, a impositividade da vida comunitária. O problema central de uma teoria da justiça com fundamentação moral encontra-se na oposição entre liberalismo e comunitarismo, embora, como sustenta Rainer Forst (2010, p. 9-11), a complexidade e a multiplicidade das diferentes teorias que transitam entre esses dois grupos dificultem defini-los como tradições teóricas uniformes e claramente definidas. De todo modo, a tese central do comunitarismo seria que o “contexto da justiça” residiria na figura da comunidade, a qual – com suas práticas, valores e instituições – define um “horizonte normativo” que delimita não apenas a identidade da própria comunidade, mas também a de seus membros. A constituição desse *contexto* de justiça teria também um conteúdo normativo, extraído exclusivamente do ambiente comunitário. As concepções liberais, por sua vez, fundam-se prevalentemente na ideia de direitos individuais e procedimentos formais, contando com indivíduos que decidem acerca da justiça de forma “impessoal”, “imparcial”, descontextualizada e não vinculada a uma identidade edificada com base

²⁴ Joel Feinberg (2011, p. 114-115) afirma que a punição expressa a reprovação por parte da comunidade – algo distinto da mera exteriorização de emoções – acerca do que o criminoso fez, retornando a ele mediante a intervenção punitiva de matiz retributiva carregada de sentido.

na comunidade. Assim, a teoria liberal “censura a teoria comunitarista caracterizando-a como *obcecada pelo contexto*”.

Inserida nos termos desse debate, a vítima repõe a controvérsia sobre a acomodação dos interesses das próprias vítimas e a apreensão dos conflitos intersubjetivos presentes nos processos de vitimização, além da questão de como esses fatores podem ser internalizados pelo sistema penal²⁵ sem que os direitos individuais do ofensor sejam indiscriminadamente vulnerados. A questão reflete também uma tensão mais ampla entre a persecução de interesses comunitários e o lugar que resta ao indivíduo – ofensor e vítima – diante deles. Precisamente essa reabilitação moral do conflito desperta a necessidade de verificação dos postulados clássicos da teoria do delito e da pena. Com base em reflexões da filosofia do sujeito, poderia ser admitido algo comumente visto com reserva pelos penalistas: a interpenetração da moral nos conflitos jurídicos, especificada para a problemática da vítima e suas interfaces com o sistema jurídico-penal²⁶.

Nessa reorientação das ideias pela filosofia do sujeito, os indivíduos se organizam

²⁵ “[Um] ordenamento jurídico estatal está longe de ser algo monolítico e organicamente coeso. Antes, é o resultado heteróclito da sedimentação de lutas sociais entre várias disposições contrárias e mesmo contraditórias no interior da sociedade. O ordenamento jurídico traz as marcas dessas lutas e conflitos. Nesse sentido, cabe à filosofia do direito apresentar as lutas e conflitos que imprimiram ao ordenamento jurídico sua tendência de racionalidade” (SAFATLE, 2012, p. 60).

²⁶ Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 94), em seu *O processo penal como instrumento de política criminal*, chega ao “trilema regulatório” de Günther Teubner (1984, p. 289-334) nos processos de juridificação (*Verrechtlichung*), os quais – no embate entre direito, política e sociedade – terminam por alienar os conflitos sociais na construção social de sentido do direito. Sobre a especificação desse raciocínio para os casos de Justiça de Transição, ver Saad-Diniz (2010). Niklas Luhmann (2008) é ainda mais contundente ao mencionar o lugar da moral na observação sociológica da teoria dos sistemas: a moral pode estar presente ou ausente de qualquer comportamento decisório, mas sob nenhuma hipótese ou contingência pode constituir, ela própria, um sistema diferenciado funcionalmente.

racionalmente em relação às mediações normativas, o que possibilita a expansão de suas potencialidades individuais e a elaboração de práticas de subjetivação normativamente aptas a lidar com situações concretas de assimetria social²⁷. O propósito deste novo paradigma seria entender de que forma os procedimentos de racionalização do direito viabilizam práticas de subjetivação com relação às assimetrias sociais, propondo-se a possibilitar aos indivíduos o desenvolvimento livre de sua personalidade e recuperar o sentido da realização prática do comportamento do sujeito como categoria filosófica. Assim, a diminuição das “assimetrias” por meio da ideia de simetrização dos conflitos possivelmente elevaria o potencial crítico das medidas punitivas, revisando o alcance de suas consequências e redefinindo os parâmetros normativos de soluções simétricas. Compensar assimetrias e elevar práticas de subjetivação nas mediações normativas em casos que envolvem vitimização parece em grande medida depender do ponto de vista das vítimas, reconhecendo-se sua condição de sujeito comunicativo: ser afetado pelo delito é uma experiência individual, vivenciada de forma distinta conforme as peculiaridades pessoais e circunstanciais da pessoa vitimada, cuja perspectiva é importante para compreensão do delito e de como o Sistema de Justiça pode se inserir em um contexto interacionista de reconhecimento.

Particularmente, a noção de *desrespeito* e suas conexões com as relações de reconhecimento podem fornecer uma chave de leitura interessante para a questão. Compreendido como injúria moral que se consubstancia na denegação de reconhecimento em uma de suas esferas (relações afetivas, direito e solidarieda-

²⁷ Sobre a “força normativa das soluções simétricas”, porém com o propósito de superar a dimensão social das assimetrias, ver Nassehi (2009, p. 351-352).

de), o desrespeito abala as condições necessárias tanto para a ocorrência de relações intersubjetivas adequadas como para a proteção da integridade dos indivíduos. Nesse sentido, impacta as autorrelações positivas dos sujeitos e, conseqüentemente, a própria capacidade deles de se relacionarem consigo mesmos e com os outros²⁸. Os conflitos sociais que impulsionam demandas por reconhecimento advêm dessas experiências de injustiça, sendo despertados quando não se constatam, em situações concretas, aqueles motivos que seriam capazes de fazer com que práticas, regras e medidas fossem classificadas como socialmente aceitáveis. A filosofia do sujeito traz o indivíduo para o cerne do problema, ao afirmar que as razões para entender como “boas” essas mesmas práticas, regras e medidas devem considerar as expectativas que os indivíduos direcionam à comunidade. A delimitação material do desrespeito – ou seja, de seu conteúdo moral – depende da perspectiva individual de suas vítimas, assim como o ponto de vista dos sujeitos em interação é determinante para a definição também das formas concretas que devem assumir as relações positivas de reconhecimento (HONNETH, 2003b, p. 129-134; CAMARGO, 2006, p. 131). Essa nova conexão se daria por meio da consideração da vítima como agente capaz de apreender e exteriorizar comunicação, cuja perspectiva individual acerca da vi-

²⁸ Honneth (2007, p. 133-134; 137) assevera que a possibilidade de ser socialmente lesado também se dá em âmbito intersubjetivo: a vulnerabilidade moral dos seres humanos seria consequência do fato de que eles devem a conformação de suas identidades à construção de uma autorrelação, a qual, por sua vez, é dependente da forma como esse sujeito se relaciona e é recepcionado pelos demais participantes da vida social. Nesse sentido, e abrangendo a questão do que significa a proteção das relações de reconhecimento em suas relações com a moralidade, Honneth define tal moral como “a quintessência das atitudes as quais estamos mutuamente obrigados a adotar, a fim de assegurar conjuntamente as condições de nossa integridade pessoal”.

timização é importante para a compreensão dos processos de imputação e de formas mais sofisticadas de gerenciar o problema da criminalidade.

A reorientação do direito penal em direção à filosofia do sujeito pode trazer novos rumos para o reconhecimento das pessoas afetadas pelo crime, ao compreender a vitimização como experiência individual cujas repercussões são tão distintas quanto igualmente distintas são as circunstâncias concretas daqueles que a sofrem. O reconhecimento do outro poderia proporcionar uma revisão das mediações normativas das relações intersubjetivas, renovando os estudos acerca da fundamentação do direito de punir²⁹. Desse modo, parecem abrir-se novos horizontes para se conseguir

²⁹ Ao contrário de mudanças pontuais, inovações mais genuínas no direito penal exigem uma maior amplitude. Isso, no entanto, não enseja a necessidade de alterações em diversos níveis do sistema, dizendo respeito a mudanças que promovam uma revisão dos fundamentos que embasam a racionalidade penal moderna, produzindo transformações não esperadas pelo direito penal tradicional. Demanda, primeiramente, uma redefinição da autorrepresentação do sistema penal, o qual caracteriza a si mesmo como mecanismo de distribuição de sofrimento por meio da pena (independentemente da teoria adotada acerca da finalidade dela). Entre as possibilidades abertas por essa redefinição, está a abertura de alternativas que viabilizam uma “maior participação da vítima”, além de instrumentos menos expiatórios e mais conciliatórios. Além disso, exige que a transformação não seja eventual, havendo na realidade que ser mais difusa, estabilizando a reorientação do sistema (XAVIER, 2015, p. 454-456). Segundo os teóricos da racionalidade penal moderna, trata-se de um sistema de pensamento construído no mundo ocidental a partir da segunda metade do século XVIII, dedicado a compreender e conformar uma série de práticas institucionais que são designadas conjuntamente como “justiça penal”, com base em dois sentidos principais: um teórico-formal, nova forma de pensar a justiça criminal que distingue a si mesma de outras racionalidades presentes em outros sistemas; e outro empírico-descritivo, o qual faz referência a uma racionalidade concreta, historicamente situada no contexto de transformações do sistema penal com base no pensamento europeu moderno. Entre as características da racionalidade penal moderna estaria uma “estrutura normativa telescópica” – que justapõe uma norma sancionadora a outra de comportamento –, além da noção de que a reação penal deve ser imprescindivelmente afliitiva e proporcional ao mal causado pelo agente (PIRES, 2004, p. 39-41).

que o Sistema de Justiça e a comunicação da pena reconheçam a vítima (*subjetivação*), sem que isso implique, por outro lado, a denegação de reconhecimento ao ofensor (*dessubjetivação*)³⁰.

4. Conclusão

Se a hipótese de reorientação do direito penal pela filosofia do sujeito tiver algum sentido, tolerância, solidariedade e reconhecimento de si no outro poderiam oferecer um rendimento maior do que a disseminada pauta puramente negativa para a incriminação, a qual isola a vítima do debate ao compreendê-la como elemento de distorção de um direito penal que busca se tornar racional. A preocupação em evitar que a perspectiva da vítima no direito penal vulnere os direitos individuais do acusado, embora legítima, tendo em vista as distorções levadas a efeito por *policy makers*, acaba alheando-se da compreensão segundo a qual a subjetividade se constrói – e inclusive se protege – mediante tramas de solidariedade. O mais desafiador aqui seria avaliar as possibilidades de operar imputações morais que possam dar conta de oferecer uma pauta positiva para a intervenção punitiva, mediante o reconhecimento de situações concretas em que se possa efetivamente produzir a subjetivação das pessoas envolvidas nos conflitos penais.

No plano concreto do cotidiano do Sistema de Justiça criminal, foi pouco explorada até o momento a avaliação da efetividade de normas penais que buscam fomentar o empoderamento da cidadania e a criação de concretas condições para o exercício da autonomia. Ao menos no meio científico brasileiro, convivem, de um lado, um conceito superestimado de autonomia – que desconsidera as redes de solidariedade e reconhecimento intersubjetivo – e, de outro, uma mal estimada eficácia da tutela penal dos direitos humanos. Se esse mecanismo de interpene-tração da moral dos conflitos jurídicos fosse realmente possível, a revisão dos padrões tradicionais de imputação poderiam encontrar raízes sólidas no reconhecimento intersubjetivo das necessidades humanas, encontrando formas mais sofisticadas e constitucionalmente adequadas de gerenciar os conflitos envolvendo ofensor e vítima, além da própria sociedade como terceira interessada. Verificar as condições em que os cânones da imputação objetiva, das estruturas do delito e da fundamentação da pena são afetados pela reintrodução da imputação moral na

³⁰ “A pergunta elementar de Honneth é que tipo de práticas sociais estão institucionalizadas em nossa sociedade de tal maneira que impliquem formas de reconhecimento recíproco e se baseiem em princípios normativos, reconstruíveis a modo de uma gramática moral da vida social” (BAUSURE, 2011, p. 76-77).

interpretação das normas penais constitui uma ambiciosa, mas promissora agenda de pesquisa.

Sobre os autores

Eduardo Saad-Diniz é doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor no doutorado e no mestrado do programa de pós-graduação Interunidades em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: eduardo@saaddiniz.com.br

Gustavo de Carvalho Marin é doutorando e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: gustavo.marin@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

MORAL IMPUTATION ORIENTED TO THE VICTIM AS A MATTER OF OBJECTIVE IMPUTATION

ABSTRACT: This paper analyzes in what way the processes of moral imputation of victims influence how victims are comprehended in the legal theories of objective imputation of criminal liability. Revisiting the evolutionary stages of the victimological studies, the article addresses the moral orientation suggested by the social theory and the communication theories, in order to identify valid references to reinterpret the realization of victims' personal freedoms through criminal imputation.

KEYWORDS: VICTIM. OBJECTIVE IMPUTATION. COMMUNICATION THEORIES. SOCIAL THEORY. CRIMINAL IMPUTATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 113-133, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p113>.

(APA)

Saad-Diniz, E., & Marin, G. de C. (2017). Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 113-133. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p113

³¹ Sem revisão do editor.

Referências

ADORNO, Sergio. Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. *Tempo Social*, v. 10, n. 1, p. 19-47, maio 1998.

_____. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social*, v. 11, n. 1, p. 129-153, out. 1999.

ALVAREZ, Marcos César et al. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 247-288, set./out. 2010.

BAUSURE, Mauro. Reificación y crítica de las patologías sociales en el marco del proyecto de teoría crítica de Axel Honneth. *Enrahonar*, n. 46, p. 75-91, 2011.

BONET ESTEVA, Margarita; HASSEMER, Winfried. *La víctima del delito: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Madrid: McGraw Hill, 1999.

CAMARGO, Silvio. Axel Honneth e o legado da teoria crítica. *Política e Trabalho*, n. 24, p. 123-138, abr. 2006.

CUAREZMA TERÁM, Sergio J. La victimología. In: ESTUDIOS básicos de derechos humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. t. 5.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

DUSSICH, John P. J. Victimology: past, present and future. *Resource Material Serie*, n. 70, p. 116-129, 2006.

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans; ROXIN, Claus et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 1992.

FATTAH, Ezzat A. Victimology: past, present and future. *Criminologie*, v. 33, n. 1, p. 17-46, 2000.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

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

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão (Org.). *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

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

GÜNTHER, Klaus. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention. In: PRITTWITZ, Klaus; BAURMANN, Michael; GÜNTHER, Klaus (Org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

_____. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da*

responsabilidade no Estado democrático de direito: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer; HARTMANN, Martin; JAEGGI, Rahel et al. (Org.). *Sozialphilosophie und Kritik*. Frankfurt: Suhrkamp, 2009b.

_____. Criminal law, crime and punishment as communication. *Normative orders working paper*, n. 2, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA MORENO, Myriam. Sobre los orígenes científicos de la victimología. *Cuadernos de política criminal*, n. 56, p. 481-489, 1995.

_____. Humanización social y luz victimológica. *Eguzkilore*, n. 26, p.73-85, 2012.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

_____. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003b.

_____. *Disrespect: the normative foundations of critical theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012.

LEVY, Wilson. *Teoria democrática e reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft: suhrkamp taschenbuch wissenschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella. Klaus Günther: culpa penal no Estado democrático de direito. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2013.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power*. 29 nov. 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

NASSEHI, Armin. Asymmetrien als Problem und als Lösung. In: FATEH-MOGHADAM, Bijan. SELLMAYER, Stephan; VOSENKUHL, Wilhelm. *Grenzen des Paternalismus: Ethik im Diskurs 3*. Stuttgart: Kohlhammer, 2009.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n. 61, p. 40, 14 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/der-buerger-moechte-bestaft-werden-1215032.html>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

_____. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ CEPEDA Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Estudios de los instrumentos existentes para medir la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 15, n. 08, p. 1-34, 2013. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, 2004.

POLAINO NAVERRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales. In: ROXIN, Claus; POLAINO

NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Dogmática penal y política criminal*: cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal. México: Flores editor y distribuidor, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1993.

SAAD-DINIZ, Eduardo. El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 289-316, 2010.

SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abismo*: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del derecho penal y victimodogmática. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

_____. Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, p. 35-56, 2009.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova*, n. 50, p. 133-158, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEUBNER, Günther. Verrechtlichung: Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: KÜBLER, Friedrich. (Org.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*: vergleichende Analysen. Baden-Baden: Nomos, 1984.

TONRY, Michael. Can twenty-first century punishment policies be justified in principle? In: TONRY, Michael (Ed.). *Retributivism has a past: has it a future?*, Nova York: Oxford University Press, c2011. p. 3-29.

VAN DJIK, Jan J. M. Introducing victimology. In: VAN DJIK, Jan J. M.; VAN KAAM, Ron G. H.; WEMMERS, Jo-Anne M. (Eds.). *Caring for crime victims*: selected proceedings of the Ninth International Symposium on Victimology. Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

VAN DJIK, Jan J.; DE WAARD, J. Two-dimensional typology of crime prevention projects; with a bibliography. *Criminal Justice Abstracts*, v. 23, n. 3, p. 483-503, set. 1991.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALKLATE, Sandra. Researching victims of crime: critical victimology. *Social Justice*, v. 17, n. 3, p. 25-42, 1990.

WOLHUTER, Lorraine; OLLEY, Neil; DENHAM, David. *Victimology*: victimization and victims' rights. Nova York: Roudledge Cavendish, 2008.

XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Direito & Práxis*, v. 6, n. 12, p. 428-463, 2015.