

3.4.3 A participação da vítima no crime ¹

Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves

Graduada em Engenharia Civil pela UFMG, bacharel em Direito pela PUC Minas, oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Virgínia M. N. Chaves

Necessário se faz analisar o comportamento e a participação da vítima em alguns crimes, de forma mais realista e menos paternalista, trazendo à tona a vítima inserida em um contexto de interação com o criminoso. Percebe-se, de chofre, que o tema em questão é complexo e polêmico.

Desse modo, em que pese à existência, e não tão rara, de vítimas inocentes, não culpadas, em que se revela a normal boa-fé, direcionar-se-ão os holofotes do presente artigo, principalmente, para as vítimas que contribuem de forma eficaz para a ocorrência do delito. Propugna-se que se deve fazer uma diferenciação quanto à punibilidade do agente no que diz respeito a essas duas tipologias de vítimas.

Hoje em dia não há estudar seriamente o direito penal analisando-se apenas o fato e o criminoso. O estudo da vítima em alguns casos é tão importante quanto o estudo acerca do criminoso, porque, muitas vezes, a vítima, por si só, é a verdadeira causa criminógena. Mas ainda quando não o seja, a vítima

desempenha no contexto do crime um papel que não pode ser esquecido, justamente por participar, de alguma forma, da relação criminosa.

Nesse contexto, insere-se a vitimodogmática, que estuda a contribuição do comportamento da vítima no delito e a repercussão dessa participação na fixação da pena do autor, constituindo campo de pesquisa fundamental à busca de soluções mais justas, no que tange à aplicação mais racional da pena.

No tocante à aplicação da pena, no artigo 59 do CP, o **comportamento da vítima** foi inserido como um dos critérios determinantes na fixação da pena que o juiz deverá obrigatoriamente examinar em sua tarefa individualizadora. Dessa forma, quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delitiva do agente, diz-se que a oitava circunstância judicial está favorável ao réu. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, culminando a uma censura penal mais branda do que a que lhe caberia nos casos de ausência total de provocação da vítima.

A inclusão do comportamento da vítima como circunstância judicial, embora tímida, vem reafirmar a crescente impor-

tância da vitimodogmática no Direito Penal atual. A timidez do dispositivo, explica-se, existe na medida em que se estabelece tão somente a possibilidade de diminuição da pena-base, quando quiçá, adotando-se institutos como o consentimento da vítima, pudesse prever a exclusão do tipo ou da ilicitude.

Nesse momento, oportuno trazer à baila a questão do **consentimento da vítima**, um dos institutos mais intrigantes do Direito Penal. A matéria não ganhou tanta ênfase e desenvolvimento no direito penal pátrio pelo fato de não ser regulada ainda por um princípio geral.

Não há estudar a participação da vítima no crime, sem analisar o consentimento dela. O consentimento da vítima é uma forma de expressão de sua vontade ao autorizar ao agente a praticar o fato delituoso.

Manuel da Costa Andrade² explica que

a teoria do consentimento traz uma certa inquietação na dogmática penal, na medida em que representa um estigma de “corpo estranho” ao sistema das causas de justificação. Mas, em que pese esta insegurança, referida teoria vem atualmente assumindo enorme importância dogmática, por influência da criminologia, com os chamados “crimes precipitados pela vítima”.

O consentimento³ tem sido uma questão discutida no Direito Penal muito antes do surgimento da vitimologia e reside na liberdade dos cidadãos, na autonomia pessoal do indivíduo enquanto pedra angular de todo sistema democrático e de direitos humanos fundamentais.

Assim, uma pessoa capaz, por intermédio do consenso, transforma um ato, de outra forma criminoso, em um fato indiferente à lei penal. Afinal, os direitos pertencem aos cidadãos e, portanto, eles têm sua disponibilidade. Isso é inegável.

No direito penal, pode-se concluir que quando há consenso, não há que se falar em crime, colocando-se verdadeira barreira para a aplicação da lei penal. O consentimento retira o aspecto penal do fato.

Logicamente que o consentimento não pode ser feito de uma forma simplista e depende da análise de cada caso concreto. Vários elementos devem ser analisados para que o consentimento seja válido, como a ausência de qualquer vício de vontade (como o erro, fraude e coação), a capacidade para consentir e a disponibilidade do bem jurídico.

De fato, o consentimento somente será juridicamente eficaz em se tratando de bens jurídicos individuais, e, portanto, os bens coletivos não serão passíveis de disponibilidade, visto que o interesse protegido, neste caso, pertence a toda coletividade.

Quanto aos efeitos, o consentimento da vítima, pode funcionar como causa de exclusão da *ilicitude* ou da *tipicidade*.

Nos casos em que o dissenso da vítima não se encontrar descrito como elementar do crime, o consentimento do titular

do bem jurídico deve ser considerado como causa supralegal de exclusão de ilicitude, uma vez que o Código Penal pátrio não inclui o consentimento no rol de excludentes de ilicitude, elencadas no artigo 23, *caput*.

Por outro lado, quando a figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento da definição legal do crime, o consenso funciona como causa da exclusão da tipicidade, tornando o fato atípico, por absoluta impossibilidade de adequação da conduta à figura mencionada. É o que a doutrina denomina “acordo”.

São exemplos de crimes no Código Penal em que o acordo faz desaparecer a tipicidade do fato, entre outros: violação de domicílio, violação de correspondência, divulgação de segredo, furto, apropriação indébita.

Há que se ater para o fato que a não-concordância do detentor fático da coisa é essencial para a adequação da conduta ao tipo penal, embora não esteja expressamente no tipo, mas subentendida, como nos casos dos delitos de furto, apropriação indébita e nos crimes contra a honra. Nesses casos, comunga-se com o entendimento que, caso haja manifestação de acordo, será mais acertado do ponto de vista político-criminal, excluir a tipicidade e não a ilicitude.

Verifica-se que, tanto o acordo que exclui o tipo quanto o consentimento que justifica o ilícito, são formas impeditivas de punibilidade. Em ambos os casos parte-se sempre da autonomia pessoal e liberdade de ação, como valor constitucional de uma sociedade que valoriza a liberdade de decisão do portador do bem jurídico. Desse modo, o consentimento da vítima há que ser levado em consideração e exame pelos operadores jurídicos.

Percebe-se que a influência da conduta da vítima está presente em praticamente todos os delitos, fazendo com que a vítima sempre tenha qualquer possibilidade fática de provocar ou facilitar a conduta do agente. Vale salientar que, talvez em nenhum outro crime, a participação da vítima mereça tanto um cauteloso exame como na **torpeza bilateral**, no qual a suposta vítima contribui significativamente para a ocorrência do delito. São os denominados “contos-do-vigário”⁴, em que a vítima, também se utilizando de má-fé, desonestidade, do afã de lucro, é totalmente solidária com o agente, suas finalidades se complementam. Pode-se afirmar que a torpeza bilateral é o estelionato em mão dupla, em que vítima e autor revelam interesses homogêneos e até mesmo harmônicos nas relações que conduzem ao delito, havendo uma complexa interação entre eles.

Concorda-se, baseado no entendimento de Nélson Hungria⁵, que não há crime a ser punido, nos casos de fraude bilateral, em face dos motivos ilícitos e imorais que ensejaram o negócio, pois somente goza de proteção legal o patrimônio que serve a um fim legítimo, conforme o artigo 883 do Código Civil. Conforme esse artigo, o fim ilícito, imoral ou proibido por lei faz desaparecer o direito à restituição. Se no âmbito civil, com o intuito de obter fim ilícito, a pessoa lesada não tem o direito ao ressarcimento do dano sofrido ou à restituição da coisa que lhe foi captada,

então, na esfera penal esse mesmo dano não pode ser levado em conta, ou, em outros termos, o direito penal não pode proteger aquilo que o direito civil declara indigno de proteção. No caso da torpeza bilateral, o patrimônio deixa de ser considerado um interesse jurídico, visto que a lesão patrimonial não é apenas o dano material, mas também o dano jurídico.

Nesse contexto, não há estelionato visto que o dano patrimonial sofrido por uma das partes não é ressarcível, não é reparável.

Essa linha de raciocínio vitimodogmática sugere que o legislador teria sido mais justo se houvesse incluído um parágrafo no artigo referente ao delito de estelionato mencionando que na hipótese de reconhecida torpeza bilateral, viesse a ocorrer a

exclusão da tipicidade.

À guisa de conclusão, imperioso obtemperar que, lamentavelmente, a legislação penal brasileira ainda não tem um grande enfoque vitimodogmático para a exata compreensão do fenômeno da criminalidade. Assim, torna-se imprescindível, para um direito penal mais justo e humano, que os operadores jurídicos levem em consideração todas as partes envolvidas no conflito penal, não se esquecendo a importante participação da vítima na arquitetura do delito. Deve-se examinar cuidadosamente a ação da vítima, seu comportamento, seu desígnio por vezes imoral. Não há conceber juristas alheios à realidade, meros manipuladores teóricos de fatos e leis, envolvidos num dogmatismo cego e infundado.

Talvez esse seja um passo inicial de uma grande jornada a ser percorrida a fim de legitimar o sistema penal.

Notas e referências bibliográficas:

1 Este sintético artigo faz parte da monografia intitulada “Reflexões a respeito da participação da vítima no crime e seus efeitos no ordenamento jurídico”, apresentada a Banca de Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, campus Poços de Caldas, tendo como orientador Dr. Tadeu Antônio Dix Silva, defendida em 21/06/06, sendo-lhe atribuída a nota máxima.

2 ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.11.

3 RAMÍREZ, Juan Bustos. **Victimología: presente y futuro**. Barcelona: PPU, 1993, p.29/30 (nota 14)

4 Hodiernamente eles se multiplicam a cada instante: conto do bilhete premiado, conto do sabão, conto da máquina de fazer dinheiro, conto do paco, conto da guitarra, entre outros. A roupagem se modifica, são imprimidas novas nuances, mas o fim almejado continua sempre o mesmo: o aproveitamento pelo agente de um desígnio criminoso da vítima.

5 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. VII. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.191.