

A VÍTIMA NA DOUTRINA PENAL: CONCEITO, TIPOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Alessandra Orcesi Pedro Greco*

SUMÁRIO: 1. Conceito de vítima; 2. Tipos de vítima; 3. Evolução histórica do estudo da vítima.

1.1. Conceito de vítima

O presente trabalho tem como essência analisar o papel da vítima frente o crime, e, neste momento queremos deixar claro que nosso objetivo é estabelecer uma visão jurídica sobre o tema, e não vitimológica. Assim, estabeleceremos o conceito de vítima, bem como sua classificação visando somente obter elementos para que seja feita uma abordagem dogmática a respeito da autocolocação da vítima em risco, que constitui o núcleo deste estudo.

Verificamos que com o surgimento da Vitimologia como ramo científico autônomo da Criminologia, os estudiosos do Direito Penal passam a se preocupar com o conceito de vítima, suas diversas classificações, e com o comportamento desta diante do crime.

Primeiramente devemos entender que conceituar vítima é uma tarefa complexa e problemática, haja vista a existência de várias questões periféricas a respeito do tema. A expressão pode ser analisada sob diversos enfoques, como o religioso, o social, o político, o ambiental, o jurídico, e o tecnológico.

A seguir veremos como diversos autores abordam esta terminologia.

Edgard de Moura Bittencourt afirma que a palavra “vítima” tem uma origem no verbo “vincere”¹ e acrescenta que, de acordo com uma visão religiosa prevista na Bíblia, vítima é o “ser vivo que se imola em um sacrifício”.

Este autor propõe distinções interessantes sobre essa terminologia. Para ele temos no conceito de vítima o sentido originário com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à

* Doutora em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Penal pela Universidade Mackenzie. Professora Titular da Universidade Paulista, da Faculdade Anchieta e da Escola Paulista de Direito. Advogada.

¹MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *Vitimologia como ciência*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano 1, n. 1, p. 480, abr./jun. 1963.

divindade e o sentido geral significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso. Acrescenta ainda que há o sentido jurídico-geral representando aquele que é atingido diretamente pela ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito. Há, ainda, o sentido jurídico-penal-restrito designando o indivíduo que sofre diretamente as conseqüências da violação da norma penal. Temos, por fim, o sentido jurídico-penal-amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade que suportam diretamente as conseqüências do crime.²

Frederico Abrahão de Oliveira diz que vítima é “aquela pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica, bem como a que perde direitos fundamentais, seja em razão de violações de direitos humanos (reconhecidos internacionalmente) bem como por atos de criminosos comuns”.

No *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o termo “vítima” apresenta vários significados:

1. Homem ou animal imolado em holocausto aos deuses;
2. Pessoa arbitrariamente condenada à morte, ou torturada, violentada;
3. Pessoa sacrificada aos interesses ou paixões alheias;
4. Pessoa ferida ou assassinada;
5. Pessoa que sofreu algum infortúnio, ou que sucumbe a uma desgraça, ou morre num acidente, epidemia, catástrofe, guerra, revolta; etc.
6. Tudo quanto sofre qualquer dano;
7. Sujeito passivo do ilícito penal; paciente; pessoa contra quem se comete crime ou contravenção (conceito jurídico).

O vocábulo “vítima” tem recebido várias conceituações na Vitimologia.

Heitor Piedade Junior propõe uma distinção quanto ao uso das expressões e indica a palavra vítima para crimes contra a pessoa; ofendido, para crimes contra a honra e contra os costumes; e lesado nos crimes patrimoniais.³

As expressões “sujeito passivo” e “titular do bem jurídico”, não constam, expressamente, na nossa legislação, sendo utilizadas apenas pela doutrina, referindo-se à expressão vítima.

²Idem. *Ibidem*, p. 51.

³PIEDADE JUNIOR, Heitor. *Vitimologia, assistência às vítimas de crimes e de abuso de poder*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 8, p. 184, jul./dez. 1996.

Devemos entender que “vítima” para o Direito Penal é o sujeito passivo de um crime. Ele se identifica com o titular do interesse atingido pelo crime, de forma mediata ou imediata, mas desde que seja aquele que a norma tutela. Em todo crime há dois sujeitos passivos: um sujeito passivo constante que é o Estado-Administração, pois todo crime viola um interesse público, e um sujeito passivo eventual, que é o titular do interesse concreto.

Frederico Marques faz uma distinção entre vítima e prejudicado, o que fica mais destacado no crime de homicídio, onde vítima seria a pessoa que foi morta e, prejudicados seriam os familiares que dependiam financeiramente do falecido.⁴

Aníbal Bruno identifica o sujeito passivo do crime com o titular do bem jurídico ofendido ou ameaçado e esclarece que podem ser sujeitos passivos de fatos puníveis não só o homem individual, mas entidades coletivas, como o Estado, corporações, em relação aos bens ou interesses de que sejam titulares, e mesmo comunidades mais ou menos indefinidas, sem exata personalidade jurídica, como a família ou a sociedade”.⁵ Uma questão a ser ventilada é o caso dos “crimes sem vítimas”. Essa expressão se refere à criminalidade econômica, aos crimes ambientais, ao tráfico de entorpecentes e ao crime organizado. O que ocorre, na verdade, é que se trata de criminalidade difusa, onde não há uma relação interpessoal entre o delinqüente e a vítima, portanto, esta não é passível de identificação, não é específica, mas ainda assim existe. Assim sendo, preferimos evitar a expressão “crimes sem vítima”, que deve ser substituída por expressões mais pertinentes como crimes de vítima difusa, ou multivitimários.

Podemos utilizar, ainda no sentido de precisar a definição da terminologia “vítima”, um conceito aberto que permite o reconhecimento, nesta categoria, de toda pessoa física ou jurídica ou ente coletivo prejudicado por uma ação ou omissão humana que constitua infração penal, levando-se em conta as referências feitas ao conceito de crime pela Criminologia. Neste sentido, Costa Andrade afirma que a Vitimologia não deve circunscrever-se ao estudo da pessoa física apenas, mas às pessoas coletivas ou organizações estatais, isto porque estas também sofrem danos e são objeto de estudos vitimológicos⁶.

O enfoque etimológico da criminologia trouxe algumas contribuições, dentre elas o surgimento das expressões “dupla-penal” e “precipitação vitimal”.

⁴MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2. p. 56.

⁵Apud SCHIMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 87.

⁶COSTA ANDRADE, Manuel da. *A vítima e o problema criminal*. Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1980. p. 34.

⁷Vitimodogmática é uma ciência que estuda especificamente o papel da vítima frente ao crime, ou seja, sua contribuição para que o resultado lesivo se operasse como ocorreu.

Dupla penal se refere ao binômio delinqüente e sua vítima, e enseja uma análise dos papéis protagonizados por estes dois pólos do crime. Aqui entram princípios vitimodogmáticos relevantes que serão analisados em capítulo próprio.⁷

Precipitação vitimal diz respeito às situações em que a vítima contribui amplamente para o crime, de modo que, sem sua conduta precipitadora, o fato não teria ocorrido.⁸

A vítima, portanto, como um conceito para a análise do tema, pode ser definida como aquele que sofre as conseqüências de determinada conduta típica, de modo relevante, que propicia a atuação do Estado para atingir os fins do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito. Neste conceito ficam abrangidas todas as possíveis categorias de vítimas, tanto as pessoas físicas como as pessoas coletivas, ou aquelas que, na atualidade, sofrem as conseqüências de ações que atingem bens jurídicos difusos ou coletivos.

A doutrina espanhola, que tem origens até a metade deste século, se reporta, em relação à vítima, às correntes italianas. Assim, a maioria dos manuais espanhóis dedica um espaço ao sujeito passivo do delito, nos moldes italianos.⁹

Passamos agora a comentar o conceito de sujeito passivo para alguns autores espanhóis.

Antón Oneca, J.¹⁰, reproduz o debate italiano ao comentar a evolução desta doutrina desde o conceito de Carrara até o de Antolisei, que relaciona o sujeito passivo com a titularidade dos bens jurídicos. O mesmo autor, ainda, introduz o debate sobre a duplicidade de sujeitos passivos, ou seja, sobre se o Estado deve se constituir em sujeito passivo permanente de todo tipo de delitos.¹¹ E para acabar sua breve referência ao sujeito passivo, este autor comenta a questão da relação entre o sujeito passivo e prejudicado, admitindo que não são o mesmo, mas que podem coincidir.

Jimenez de Asúa¹² sugere que a polêmica sobre o sujeito passivo se deve ao encontro de temas como a confusão desse com o objeto material do delito.

Jímenez de Asúa também analisa o problema da compensação de culpas, reduzindo-o à concorrência de um atuar imprudente da vítima, não relevante no julgamento penal, sempre que fique demonstrada a relação de causalidade entre os atos realizados pelo autor e o resultado final.¹³

⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luiz. *Victimología: estudio de la víctima*. México: Porrúa, 1990. p. 128-129.

⁹BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito: la autopuesta em peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999. p. 123.

¹⁰ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal*. Madrid, 1949. t. 1, p. 157.

¹¹Idem. *Ibidem*, p. 158.

¹²JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*. 2ª.ed. Buenos Aires, 1961. p. 88-89.

¹³Idem. *Ibidem*, p. 866 e ss.

Puig Penã, discorrendo de sujeito passivo, reconheceu três figuras objeto do debate: toda a sociedade, a pessoa ou coisa sobre a que recai a ação e aquele ao que pertence o direito lesionado. E entende que sujeitos passivos tanto podem ser o homem individual como as pessoas coletivas, o Estado e coletividade social.¹⁴

Quanto à compensação de culpas, este autor se limita a reafirmar-se na opção clássica de que em matéria penal não cabe compensação de culpas por muito que a vítima atue de maneira imprudente.¹⁵

Sáinz Cantero limita o sujeito passivo à titularidade do interesse jurídico lesado pelo autor e admitindo, simultaneamente, que este pode ser uma pessoa física ou jurídica, o Estado ou uma comunidade social.¹⁶

Este autor ainda diferencia sujeito passivo de prejudicado, descrevendo esta última noção ao conceito civilístico passível de indenização por danos.

No que se refere ao sujeito passivo, a doutrina espanhola pouco evoluiu. Sempre manteve a menção ao sujeito passivo do delito como um elemento mais de sua estrutura, identificando-o como titular do bem ou interesse protegido e chegando a colocá-lo no tipo objetivo. Em todo caso, na maioria das ocasiões, o interesse ao sujeito passivo do delito não passa deste ponto.¹⁷

Nesta dinâmica da doutrina espanhola mais recente se destacam Cabo Del Rosal e Vives Antón porque, a partir da descrição do sujeito passivo como titular do bem jurídico protegido, discutem a polémica clássica da duplicidade de sujeitos passivos mediato e imediato para deduzir que esta carece de utilidade por ter um carácter excessivamente genérico e abstrato e, em consequência, não resultar funcional em relação à concretização da estrutura da infração que se julga.¹⁸

Para estes autores resulta mais operativa a distinção entre sujeito passivo da ação e sujeito passivo do delito, pois o primeiro será quem sofre materialmente o delito e o segundo o titular desse bem jurídico.¹⁹

Cabo e Vives admitem que podem ser considerados sujeitos passivos a pessoa física, as pessoas jurídicas e o Estado, mas suscitam dúvidas sobre a admissibilidade dos coletivos sem personalidade jurídica. Para outros autores, a resolução deste dilema vem dada pela vinculação ao Direito positivo e a proteção que este possa oferecer a bens

¹⁴PUIG PEÑA, I. *Derecho penal*. 6ª.ed. Madrid, 1969. p. 326 e ss.

¹⁵Idem. *Ibidem*, p. 275-276.

¹⁶SÁINZ CANTERO, J. A. *Lecciones de derecho penal*. Barcelona, 1982. p. 250.

¹⁷BONET ESTEVA, Margarita. *op. cit.* p. 125.

¹⁸CABO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal: parte geral*. Valencia, 1987. p. 249.

¹⁹Idem, *loc. cit.*

atribuídos a entes que não constituam pessoas jurídicas.²⁰ Também tratam os autores da relação entre sujeito passivo e prejudicado, vinculando esta última noção a um conceito muito mais amplo que inclui os terceiro afetado pelo delito²¹.

Mir Puig não se limita só a descrever as definições de sujeito passivo, como titular ou portador do bem jurídico, como sujeito que suporta conseqüências prejudiciais mais ou menos diretas do delito, mas coloca o sujeito passivo na estrutura do tipo penal. Dentro desta estrutura destaca a “importância construtiva” que esta figura adquire na existência do delito, pois de seu comportamento se pode derivar a impunidade do autor ou a atenuação ou agravação da pena, tomando como exemplo principal o consentimento.²²

Luzón Peña, em seu “Curso de Derecho Penal”, estabelece uma distinção entre sujeito passivo do delito e sujeito passivo da ação, se referindo àquela classificação que se refere à identidade dos sujeitos passivos segundo sejam unipessoais, pluripessoais, individuais, coletivo, contra o Estado e internacionais, sendo os primeiros titulares do bem jurídico atingido e os segundos aqueles que sofrem a conduta do agente, que nem sempre são os titulares do bem jurídico. Luzón Peña também apresenta um tema bastante atual que é a relação interdisciplinar entre o Direito Penal, a política criminal, a criminologia, a vitimologia e vitidogmática, na qual se parece vislumbrar uma identificação dos termos vítima e sujeito passivo. Identificação esta que continua no tratamento da concorrência de culpas como intervenção da vítima que causa problemas de imputação objetiva.²³

Para nós vítima é aquela pessoa, física ou jurídica, que sofre uma lesão ou uma ameaça de lesão a seu bem jurídico, e optamos por repudiar a expressão “sujeito passivo” por entender que esta traduz uma inércia por parte daquele que suporta a comporta criminosa do autor, o que é de todo inaceitável, visto que ela.

A única distinção que entendemos necessária é a sustentada por Frederico Marques, que estabelece distinção entre vítima e prejudicado, sendo a primeira a pessoa atingida diretamente pelo crime, e a segunda aquela que sofre as conseqüências patrimoniais do crime.

1.2. Tipos de vítima

Um assunto que merece análise é a compreensão de cada tipo de vítima, ou seja, a classificação das várias espécies de vítimas. Isto poderá auxiliar no perfeito entendimento da situação fática, possibilitando uma tipificação mais precisa e adequada, na medida em que se analisa o papel da vítima no crime.

²⁰Idem, loc. cit.

²¹Idem. Ibidem, p. 250.

²²MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte geral*. 4ª ed. Barcelona, 1996. p. 198-199.

²³LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Madrid, 1996. p. 109-111; 526-528. No mesmo sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.

Passamos, agora, a apresentar algumas classificações da vítima oferecidas pela doutrina.

Segundo Guglielmo Gulotta, as vítimas são divididas em falsas e reais. As falsas são:²⁴

a) *as simuladoras*: aquelas que agem de má fé para incriminar um inocente por vingança, usando a calúnia.

b) *as imaginárias*: as que fazem acusações falsas por razões psíquicas (paranóia, histeria etc.) ou por imaturidade psíquica (infância).

Prosseguindo o mesmo autor, reais são:

a) *vítimas acidentais*: em razão de um fenômeno da natureza, por exemplo: terremoto, ciclone, vulcão etc.;

b) *indiscriminadas*, por exemplo: terrorismo, fraude no comércio. Poderíamos acrescentar atualizando os tipos penais, os crimes ambientais.

c) *alternativas*: aquelas que se expõem a um determinado evento como possíveis ofensoras ou vítimas. Exemplo: duelos e rixas.

d) *provocadoras*: como, por exemplo, no crime de sedução e estupro.

e) *voluntárias*: as que praticam o suicídio.

Esta classificação não pode ser aceita em sua totalidade, por suscitar várias dúvidas, como por exemplo, no item “d” quando o autor classifica como provocadoras as vítimas de sedução e estupro.

O enfoque mais moderno quanto aos crimes sexuais é verificar-se se a vítima criou aquele risco para ela com sua própria conduta, ou se ela colocou-se em uma situação que resultou em um crime sexual, ou se houve a violação de sua dignidade, de onde decorre seu direito à liberdade sexual. Demonstrado o dissenso da vítima quanto ao ato sexual, determina-se, de acordo com os elementos dos tipos penais, a ocorrência de um crime contra a liberdade sexual, e, portanto, a intervenção do Direito Penal. Não há que se falar em provocação nos crimes sexuais, isto seria estabelecer uma “culpabilização” da vítima, o que é, de todo, inaceitável.

A questão não é apontar a vítima como “provocadora”, mas sim como “criadora” da situação que eclodiu em crime. Se adotarmos, nestes crimes, a postura de que a vítima provocou o comportamento do agente, nos passa a impressão de que a vítima agiu

²⁴GULOTTA, Guglielmo. *La vittima*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 33.

de má fé, instigando o criminoso a praticar a infração penal. Já se entendermos a vítima como “criadora” do risco para si mesma, veremos que ela contribuiu para o evento criminoso com sua conduta.

Neuman propõe uma classificação no sentido de se estabelecer os variados tipos de vítimas, sendo que, aqui, se parte de um esquema gráfico em que se encontram nos pólos opostos, a vítima inteiramente inocente (ou vítima ideal) e a inteiramente culpável. A graduação de culpa vai de 0% a 100%. Entre estas duas categorias estão as seguintes variações: vítima de culpabilidade menor ou ignorante: é aquela que dá certo impulso não voluntário ao crime, expondo-se ao risco; vítima tão culpável quanto o infrator (ou vítima voluntária): é aquela que adere à conduta do infrator ou a sugere, sendo exemplos o suicídio por adesão e a eutanásia; e, por fim, a vítima provocadora: seria aquela que incita, com sua conduta, a prática do crime ou, por imprudência, dá causa à ocorrência de um delito.²⁵

Prosegue o mesmo autor acrescentando uma outra classificação, mais moderna estabelecendo a seguinte distinção em vítimas: a) individuais; b) familiares; c) coletivas; d) sociais.

As vítimas individuais podem ser sem atitude vitimal (inocentes ou resistentes); as vítimas com atitude vitimal culposa (provocadoras, provocadoras genéricas, cooperadoras ou coadjuvantes, solicitantes ou rogantes) e as vítimas com atitude vitimal dolosa (por própria determinação e delinquentes).

Na categoria de vítimas familiares, destaca as crianças maltratadas e exploradas economicamente, as mulheres agredidas e as vítimas de delitos do âmbito conjugal, como estupro e incesto. Em relação à categoria de vítimas coletivas, destaca a comunidade como nação (alta traição, rebelião, golpes e conspirações), a comunidade social (terrorismo, genocídio, etnocídio, crimes de colarinho branco cometidos por particulares, poluição, falsificação de medicamentos, falsificação de alimentos etc.) e as vítimas do sistema penal (leis que criam delinquentes, menores com condutas anti-sociais, falta de assistência jurídica, excesso de prisões preventivas etc.). Dentre as vítimas da sociedade ou do sistema social, cita as crianças de rua, os doentes, os loucos, os idosos, os excluídos, as minorias, os exilados, os migrantes, os homossexuais, e os acidentados. Para finalizar, não esquece a vitimização supranacional, por ataques à soberania territorial e à soberania institucional.²⁶

Von Hentig classifica as vítimas em treze categorias: os jovens, as mulheres, os idosos, os deficientes mentais, os imigrantes, as minorias, os indivíduos de pouca inteligência, os deprimidos, os solitários etc.²⁷. Referido autor ainda as engloba em certos

²⁵ NEUMAN, Elias, *Victimología: el rol de la victima en los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Universidad, 1994, pp. 30 e 31

²⁶ NEUMAN, Elias, op. cit., p. 56-59.

²⁷ GULOTTA, Guglielmo. op. cit. p. 38-39.

grupos que não chega a classificar de uma maneira precisa e as considera elementos causais do delito registrando a existência de vítimas deprimidas, desenfreadas, libertinas, solitárias, atormentadas, lutadoras etc. Depois, tratando especificamente do estelionato, divide as vítimas em duas classes: resistentes e cooperadoras.²⁸

Fattah entende que:

Vítima provocadora é a que desempenha um papel importante na etiologia do crime, incitando o autor a cometê-lo. Esta categoria admite outros subtipos: vítima provocadora ativa (provocação direta) e vítima provocadora passiva (provocação indireta). A categoria de vítima provocadora ativa possui duas subdivisões: consciente e não consciente. O outro grande grupo é o das *vítimas participantes*. A distinção em relação à vítima provocadora é que enquanto a repercussão do comportamento desta está relacionada à motivação do delito, a vítima participante, desempenha seu papel no curso da execução.²⁹

Entendemos que a única distinção que é relevante é aquela que dimensiona as vítimas em dois grupos: aquelas que criaram o risco para si, ou que consentiram para que outro o criasse; e aquelas que não tiveram nenhuma colaboração no risco para si próprias.

Esta é a única diferença que importa para o instituto da autocolocação da vítima em risco, que constitui o cerne do presente trabalho.

Verificando-se que a própria vítima, sendo maior de idade e estando no pleno uso de suas faculdades mentais, gerou o risco para si, o resultado não será imputado ao agente.

1.3. Evolução histórica do estudo da vítima

A medida em que a idéia de uma força centralizadora prospera, cresce a quantidade e brutalidade das penas criminais, mas se despreza a vítima.

O período da vingança privada é o sistema utilizado pelos povos primitivos e nele o destino do criminoso fica à sorte da vontade da vítima ou de seus familiares. Não há um poder central forte e atuante que reprima as transgressões aos costumes. A vingança privada consiste em um poder e um dever que o ofendido ou seus familiares têm de punir o criminoso, com fundamento em base moral e religiosa, possuindo caráter divino. A forma de punição varia de acordo com a gravidade do fato, com a religião, com a etnia, grau de parentesco etc.

²⁸NEUMAN, Elias. op. cit. p. 30-31

²⁹FATTAH *apud* Neuman, Elias, op. cit., p. 53-56.

Em razão do crime praticado, os parentes ou todo o grupo do ofendido se sentem atingidos, e estão autorizados a punir o ofensor e seus familiares, surgindo, assim, guerras grupais.³⁰

Os germânicos eram regidos pelo direito costumeiro, sem leis escritas, dando valor predominante ao dano causado, valorizando o fato material, restringindo a relevância do elemento subjetivo. Se o indivíduo rompeu a paz pública, fica sujeito à punição da comunidade. Com este direito, paulatinamente, vai desaparecendo a vingança privada, na medida em que se segue uma forma rudimentar de autoridade, e sobretudo na introdução de princípios éticos cristãos na legislação.

Neste período não há propriamente direito, pois a vingança contraria os princípios da exclusiva responsabilidade penal do culpado e da proporcionalidade da pena.

A evolução do Direito germânico chega à *compositio*, que consiste na entrega de um valor em dinheiro, vestes, gado e pedras preciosas pago pelo ofensor ao ofendido ou seus familiares, como forma de impedir a vingança privada.

Na *compositio*, uma parte do valor ia para vítima ou seus familiares, e outra tinha um aspecto fiscal, pois se destinava à autoridade.

Como antecedente histórico remoto, Costa Andrade³¹ menciona o Código de Hamurabi que regulamentava a reparação da vítima, com pormenores. Cita, como exemplo, o roubo, quando o agente não era identificado, e a vítima, na presença dos deuses, fazia uma exposição de seus danos e era ressarcida pela cidade. No homicídio os descendentes tinham direito a uma reparação.

O sistema da “*compositio*” germânico sofreu modificações no regime feudal, porque o preço que o ofensor pagava era entregue, integralmente, ao senhor, desaparecendo o ressarcimento para o ofendido ou seus familiares. Assim a quantia que era dada como reparação do dano transforma-se em pena pecuniária e a paz que dependia, para ser proclamada, da vontade dos grupos envolvidos na vingança, passa a ser a paz do Senhor.³²

Na Idade Média surgiram as penas corporais cruéis, que consistiam em expiação dos pecados, bem como em intimidação para inibir futuras práticas criminosas.

Na Renascença, onde há a pujança da situação econômica das cidades, as descobertas geográficas, a expansão do comércio e a necessidade de tomar posse, povoando

³⁰MONTEIRO SALLES, Sérgio Luiz. “O ressarcimento das vítimas do delito na evolução histórica das penas: o Estado que abandona o lesado”. *FMU/Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v. 6, n. 6, p.122, mar. 1992.

³¹COSTA ANDRADE, Manuel da. op. cit. nota de rodapé 42, p. 51.

³²NEUMAN, Elias. loc. cit.

os novos territórios verificou-se que era mais prático pôr fim às penas corporais intimidativas e utilizar a mão de obra gratuita dos condenados, surgindo, assim, a pena de trabalhos forçados.

Percebe-se por este breve histórico sobre a evolução da pena, que com o passar do tempo, à medida que surge uma autoridade centralizadora responsável pela punição dos criminosos, há um abandono da vítima, abolindo-se a indenização pelo crime e aumentando a quantidade de penas corpóreas violentas com o intuito de intimidação para impedir a reincidência.

No Brasil o estudo da vítima ainda não mereceu a devida atenção por parte dos legisladores e dos doutrinadores, pois o nosso ordenamento jurídico ainda não trata de institutos como o consentimento da vítima, a vitimodogmática e a autocolocação da vítima em risco.

Nossa Constituição Federal elencou uma série de garantias e direitos fundamentais pertinentes ao criminoso, como por exemplo, o art. 5º, incisos *XLIX* (assegura aos presos o respeito à integridade física e moral); *XLVIII* (que determina o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado); *L* (garante às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação); *LVII* (prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória); *LVIII* (determina que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei); *LXI* (trata da prisão em flagrante); *LXIII* (trata dos direitos do preso quando da prisão em flagrante).

Em relação à vítima podemos destacar algumas passagens do nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, em seu art. 245, estipula que: “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito”.

Diante deste dispositivo constitucional temos, aqui, no Brasil a possibilidade de a vítima ser ressarcida pelo Estado, pois se a ele compete a segurança e proteção dos cidadãos, cobrando, inclusive, tributos para isso, nada mais justo que os indenize quando vitimados por criminosos.

Este sistema é adotado nos Estados Unidos, no México e na França.

A questão toda gira em torno de se saber até que ponto deve a sociedade assumir a responsabilidade pelo bem-estar das vítimas.

Apesar da carga tributária imposta aos brasileiros, nosso país ainda sofre uma precariedade de recursos em várias áreas, portanto, fica a dúvida de que, mesmo que o

Congresso Nacional edite uma lei determinando que o Estado indenize as vítimas de crimes, se teria ele condições de assumir os encargos financeiros gerados por tal lei.

Fazendo uma análise infra-constitucional do papel na vítima podemos comentar alguns dispositivos :

1) O primeiro artigo que merece destaque por analisar o comportamento da vítima é o art. 25 do Código Penal, que trata da legítima defesa: *“Entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”*.

A legítima defesa é um dos institutos mais antigos que se tem registro na história do Direito Penal, já sendo prevista no Código de Manu, na Índia, cinco mil anos antes de Cristo. Ela pressupõe dois requisitos: uma agressão injusta, atual ou iminente; e a reação com os meios necessários, moderadamente. Não paira a mínima dúvida de que na legítima defesa o papel da vítima é relevantíssimo, pois ela iniciou, com sua conduta anterior, o comportamento violento do agente que se defendeu. Aqui, portanto, temos um caso em que o Direito Penal analisou o comportamento da vítima para excluir a antijuridicidade do crime.³³

2) Art. 61 do Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

“II - ter o agente cometido o crime:

...h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida”.

Aqui o Código contempla algumas condições pessoais da vítima, como idade, gravidez e estado de saúde, que desencadeiam uma maior proteção do sistema em razão de sua maior fragilidade.

³³ Ainda no mesmo diploma legal: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário, e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

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”.

Este artigo trata dos critérios que devem ser observados pelo juiz quando da fixação da pena base, constituindo esta a pena escolhida pelo juiz dentre os limites estabelecidos na norma penal incriminadora. Este é um dos poucos dispositivos penais que acenam com uma análise do comportamento da vítima, sendo que o magistrado deverá verificar se ela provocou a conduta do autor, ou se colaborou, de qualquer forma, para que o crime ocorresse. Nota-se aqui que há um traço vitimodogmático neste dispositivo, na medida em que a atuação da vítima servirá como um norte pautando a fixação da pena. O nosso Código foi tímido nesta previsão, estabelecendo somente uma possibilidade de diminuição da pena base, quando talvez, adotando-se princípios da imputação objetiva, tal como, a autocolocação da vítima em risco e o consentimento da mesma, pudesse prever a exclusão do tipo.

3) Nosso Código Penal também se mostrou preocupado com a compensação, a indenização ou reparação às vítimas de crimes, o que caracteriza um avanço nos sistemas penais modernos. No art. 77, § 2º do Código Penal, ao tratar da suspensão condicional da pena, estabelece como um dos requisitos para que o condenado faça jus a este benefício, a reparação do dano causado pelo crime. Este instituto é mais conhecido como *sursis*, e constitui a possibilidade de o preso responder a pena em liberdade, sujeitando-se a determinadas condições impostas pelo juiz, tais como: obrigação de comparecer mensalmente no fórum para prestar conta de suas atividades; proibição de deixar a cidade sem autorização do magistrado, e proibição de freqüentar determinados lugares. Para que possa ser concedido o *sursis* a pena deve ser de prisão de até no máximo dois anos, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, e tem que ter merecimento (requisitos estipulados no art. 77 do Código Penal). No *sursis* a pena do condenado pode ser suspensa de dois a quatro anos, e durante este período o condenado deverá cumprir as condições expostas acima, caso contrário, o benefício será revogado, e o condenado será recolhido à prisão. O § 2º do art. 77 traz o *sursis especial*, que é aquele em que o condenado repara o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Neste caso ele ficará sujeito àquelas condições expostas acima. No caso do condenado não querer reparar o dano, tendo condições de fazê-lo, ele deverá prestar serviços à comunidade (art. 77, § 1º).

4) No art. 83, IV do Código Penal, em relação ao livramento condicional, também, o legislador exige a reparação do dano como um dos requisitos para obtenção do benefício. O livramento condicional constitui uma possibilidade de o condenado sair da prisão antes do término da pena, desde que preencha alguns requisitos, tais como: ter cumprido uma parte da pena (o primário deve cumprir 1/3, o reincidente 1/2, e o criminoso hediondo, 2/3); deve ter atestado de boa conduta carcerária; deve fazer prova de emprego; deve ter reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; apresentar um laudo que ateste que cessou a periculosidade do condenado, no caso de crimes cometidos com violência contra a pessoa.

5) Art. 91, I do Código Penal, que permite a reparação na esfera civil contra o autor do crime, sendo a sentença penal condenatória um título executivo judicial, que poderá ser executado no civil. Devemos lembrar que tal dispositivo se encontra em diploma infra-constitucional. Há um dispositivo constitucional sobre o mesmo tema previsto no art. 5º, inciso XXXV (ingressar em juízo para pleitear a reparação do dano). Esta previsão é quase que inócua, pois a maioria dos condenados não dispõe de recursos para indenizar a vítima, e esta, ficará, mais uma vez, desamparada por nosso sistema penal.

6) O artigo 107 do Código Penal traz o rol das causas extintivas da punibilidade, sendo estas, situações em que, apesar de o fato ser típico, antijurídico e culpável, o agente não será objeto de pena. Podemos separar algumas que exigem uma participação contundente da vítima, tais como a decadência, (inc. IV), a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido (inc.V). Devemos salientar que estes mesmos institutos são tratados no Código de Processo Penal, mas o que vale ressaltar é que configuram normas penais que destacam o papel da vítima.

A decadência configura a inércia da vítima ante o lapso temporal de que a mesma dispõe para oferecer queixa em uma ação penal privada.³⁴ Então estamos diante de uma situação em que a vítima sofre um crime de ação penal privada e deve, em regra, em seis meses, a partir do conhecimento da autoria do fato, oferecer queixa (petição inicial da ação penal privada) contra o autor do delito. Se o ofendido se mantiver inerte neste prazo, ele perderá o direito de ação contra o ofensor.

A renúncia é, também, um instituto que somente ocorre na ação penal privada quando o ofendido abre mão do seu direito de queixa, quer tacitamente, quer expressamente. Na renúncia tácita a vítima pratica um ato incompatível com a vontade de processar o agente, por exemplo, ela o convida para ser seu padrinho de casamento. A renúncia expressa ocorre quando o ofendido declara, por escrito, que não tem intenção de iniciar o processo. Nas duas hipóteses o processo ainda não se iniciou, e a vítima já deixa claro, desde logo, sua intenção de não processar o agente.

O perdão ocorre quando já há uma ação penal privada em andamento, e o ofendido desiste de dar prosseguimento a mesma. Ele também pode ser expresso ou tácito, como a renúncia, e se diferencia da mesma, pois deve ser bilateral, isto é, só produz seus efeitos se o querelado (réu na ação penal privada) aceitá-lo.

Nas três hipóteses acima mencionadas temos a participação da vítima no início ou no prosseguimento da ação penal privada previstas no Código Penal. Apesar de se tratar de matéria mais pertinente ao Direito Processual Penal, não podemos excluir estas formas de participação da vítima no sistema penal.

7) No art. 121, § 1º do Código Penal, ao tratar do homicídio privilegiado, que resultará em uma redução de pena de 1/6 a 1/3, devem estar presentes três requisitos para sua existência:

- a) o agente deve cometer o crime sob o domínio de violenta emoção;
- b) logo em seguida a injusta provocação da vítima;
- c) por motivos de relevante valor moral ou social.

Verificamos neste dispositivo penal que foi o comportamento, da vítima (injusta provocação que gerou contra ela o crime de homicídio). Então teremos uma causa de diminuição de pena em razão da postura da vítima frente ao criminoso, que, neste caso, é a provocação.

³⁴A ação penal privada é aquela em que a vítima deve constituir um advogado para intentar a ação por ela, ou seja, neste caso o Ministério Público não age. Normalmente a vítima conta com o prazo de seis meses para fazê-lo, após o qual ela perde o direito de queixa (é a petição inicial da ação penal privada) pela decadência.

8) A mesma situação se repete em relação ao crime de lesão corporal, como prevê o § 4º do art. 129 Código Penal.

9) Existem algumas figuras típicas previstas no Código Penal, onde a vítima terá participação decisiva, ou seja, sua contribuição é crucial para que se realize o tipo. Podemos citar a extorsão indireta (art. 160 do Código Penal), onde o sujeito passivo aqui é o emitente do cheque com insuficiência de provisão de fundos. Aqui, se a vítima não tivesse praticado um crime (art. 171, § 2º, inc. IV do Código Penal), não teria como constar como sujeito passivo deste delito. Mais uma vez a própria vítima facilitou a conduta do agente com seu comportamento criminoso anterior.

10) Outro exemplo que podemos acrescentar é o caso de alguns estelionatos (art. 171), onde a má fé, a ganância desmedida da vítima ou o interesse do lucro fácil é o que fará com que o crime aconteça; o crime de sedução, quando, às vezes, é preciso saber na verdade, quem é que foi seduzido.

11) Os delitos de trânsito configuram também outra situação em que o papel da vítima é decisivo. O art. 297 do Código Nacional de Trânsito prevê a multa reparatória, visando claramente na satisfação da vítima ou de seus sucessores. A multa reparatória, para alguns tem cunho penal, para outros, civil, e para outros é efeito da condenação.

William Terra de Oliveira³⁵ entende ser inaplicável tal artigo, sustentando que “tal disposição é, no mínimo, absurda, pois além de desnaturar a função natural do processo penal, não oferece o mínimo de garantismo (violando inclusive os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa). Basta notar que o próprio juiz criminal poderá fixar de forma sumária uma ‘multa reparatória’ que ‘não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo’. Pergunta-se: que tipo de prejuízo? Material (os danos do veículo) ou pessoal (lesões ou morte?) O processo penal é instrumento adequado para quantificar a reparação de danos? Que será da liquidação da sentença ou da ação civil *ex delicto*?”

Cezar Roberto Bitencourt não vê nenhuma dificuldade para a aplicação do disposto no art. 297 do CTB. “O contraditório e a ampla defesa assegurados para a instrução criminal serão estendidos à comprovação de prejuízo material resultante do crime e à execução da multa reparatória. A extensão da referida multa está definida no § 1º do art. 297, isto é, ‘não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo’. Por outro lado, sua fixação não será aleatória, mas deverá ser, devidamente, ‘demonstrado no processo’, como estabelece o parágrafo supracitado. O próprio art. 297 define a multa reparatória como o ‘pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no dispositivo no parágrafo do art. 49 do CP, sempre que houver prejuízo material resultante do crime’. Este dispositivo, além de definir em que consiste a multa reparatória, define também a sua natureza civil e seu caráter privado, permitindo

³⁵ TERRA de OLIVEIRA, William. CTB: “controvertido natimorto tumultuado”. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 5, n. 61, p. 5-6, dez. 1997.

que seja paga aos sucessores da vítima. Instruindo o processo e demonstrado o 'prejuízo material resultante do crime', observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal (no mesmo processo e na mesma jurisdição criminais), como fazem alguns países europeus, não há nenhuma dificuldade legal constitucional para se operacionalizar essa previsão legal. Por fim, a ação civil *ex delicta*, que é mais abrangente, por poder abarcar todo o dano sofrido pelo ofendido, inclusive o moral, poderá ser proposta normalmente. Apenas o dano material já composto na esfera criminal deverá ser deduzido".³⁶

12) Quanto à Lei 9099/95, não paira a mínima dúvida de que esta lei trouxe um avanço do Brasil em relação à questão vitimológica. A referida lei, que trata dos Juizados Especiais civis e criminais, apresenta grandes inovações penais e processuais penais. A primeira novidade está no art. 2º ao estabelecer quais devem ser os critérios que devem imperar no processo: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Esta lei prevê a conciliação, sendo neste instituto onde o papel da vítima alcança destaque. Pela conciliação, a vítima pode aceitar uma quantia em dinheiro, paga pelo agente, fazendo com que o processo não se inicie. Além da conciliação, a Lei 9099/95 prevê outras medidas despenalizadoras, como a transação penal (art. 76), a representação (art. 88), e a suspensão condicional do processo (art. 89). A necessidade de representação para que se inicie uma ação para apurar crimes de lesões corporais leves e culposas também indica uma preocupação com a vítima, posto que ficará a seu critério verificar se quer ou não processar o agente nestes casos.

Diante de todos estes exemplos previstos no nosso sistema penal não podemos negar que possuímos, ainda que timidamente, princípios vitimológicos na elaboração de várias normas penais.

Por tudo que foi analisado, podemos então concluir que, em relação ao Direito infra-constitucional em matéria penal, ora o legislador trata de institutos mais relevantes ao Processo Penal (renúncia, decadência e perdão do ofendido), ora traz a possibilidade de reparação da vítima pelo agente na esfera cível (o que se mostra inócuo, posto que nossos condenados, em sua esmagadora maioria, não dispõem de recursos para cumprir este mandamento legal), e, em outras vezes, a análise da vítima servirá para atenuar a pena., ignorando ele, por completo, institutos mais modernos como o consentimento da vítima e sua autocolocação em perigo.

Conforme já deixamos claro anteriormente, o objetivo deste trabalho é destacar o posicionamento que a vítima deve ocupar dentro do ordenamento jurídico, sem a pretensão de se fazer uma análise dos aspectos vitimológicos a respeito do tema.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Alguns aspectos controversos do Código de Trânsito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 754, p. 480-494, 1998.