

A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL E O ENTENDIMENTO DA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS

Andrey Bruno Cavalcante¹

RESUMO: O artigo analisa a questão da valoração da circunstância judicial do comportamento da vítima e a importância da jurisprudência na formação das decisões no ordenamento jurídico pátrio. Enfoca a controvérsia entre o entendimento da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que defende posição minoritária, e das demais Cortes, capitaneadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que defendem uma posição majoritária, demonstrando posições doutrinárias acerca do tema. Por meio do método qualitativo, aponta posicionamento, buscando a melhoria da aplicação legal, a fim de esclarecer o melhor entendimento e garantir o papel do Direito Penal na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais.

ABSTRACT: This article covers the question related to the valuation of the judicial circumstance of the “behavior of the victim” and its importance to the formation of decisions in brazilian jurisprudence, focused in the controversy of the understandings from Alagoas State Court, that stands in the minor position, and the major position of Brazilian’s Superior Court of Justice and others State Courts, approaching doctrine positions around the matter. Through the qualitative method, it’ll point a position, seeking out a better legal application, in order to clarify the best understanding and guarantee the function of Criminal Law in society.

KEYWORDS: Precedent. Penalty dosimetry. Judicial circumstances.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a análise da vítima e de seu comportamento ganhou contornos de impescindibilidade, passando a ser vista como elemento inerente à investigação do delito, além de influenciar diretamente a dosimetria da pena, uma vez que, seu comportamento influencia no *quantum* da pena aplicada ao réu, podendo este ter sua pena reduzida ou até extinguir sua punibilidade. O comportamento da vítima se faz presente na seara penal diante do art. 59 do Código Penal.

É questão ordinariamente enfrentada na Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, assim como em toda jurisprudência pátria, a análise da circunstância judicial do comportamento da vítima no processo de aplicação da pena na dosimetria. A matéria é apreciada diariamente por magistrados *a quo* e por tribunais, o que exige aprofundamento e

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Alagoas.

análise pragmática, pois é necessário o sentir do Magistrado, diante do caso concreto, para a valoração do caso em tela.

Entretanto, o conteúdo da questão encontra decisões diferenciadas na jurisprudência pátria. Nesse particular, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas tem entendimento consolidado no sentido de que, não havendo contribuição da vítima para a ação criminosa, esta circunstância judicial deve ser analisada de maneira desfavorável ao réu.

Todavia, grande parte da jurisprudência pátria tende a reconhecer que o comportamento da vítima, por estar inserido na esfera de comportamento do ofendido, não poderia ser transferido para o agente, de modo a prejudicá-lo. Assim, no caso da vítima em nada contribuir para o delito, a referida vetorial deveria ser valorada como neutra, não podendo conduzir à exasperação da pena-base, como defende o Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas.

O estudo da vitimologia contribui para uma melhor análise da relação entre a vítima e a justiça penal. Primariamente, a vítima aparecia como simples objeto dessa relação, mas com a evolução da sociedade, passou a ser considerada como participante, onde pode favorecer a ocorrência do fato criminoso e até contribuir para a consumação. Percebe-se então que com o estudo aplicado da vitimologia, poderia se alcançar um maior aprimoramento da justiça penal e assentar um entendimento mais coeso entre os Tribunais, contribuindo para um melhor entendimento acerca da temática em tela.

1 JURISPRUDÊNCIA: O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

Hodiernamente, vem sendo atribuída à jurisprudência e aos precedentes judiciais uma grande relevância, com fulcro de amalgamar entendimento consolidado, funcionando como fontes de uma ordem jurídica.

Expõe Reale (2002, p. 140) que “por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”.

De fato, a concepção de uma norma jurídica tida como válida, agregando-se a um ordenamento jurídico, pode se dar por meio da atividade legislativa e/ou jurisdicional do Estado, ou ainda pode ser criada independente da intervenção de órgão estatal.

De mais a mais, uma fonte do Direito seria, portanto, de onde a ciência jurídica provém, ou seja, o nascedouro ou a guisa de formação das normas que componham um ordenamento jurídico. Nesse sentido, as particularidades de cada ordenamento jurídico

contribuem incisivamente ao reconhecimento de tais fontes.

Aqui, podem-se delimitar as fontes do Direito como formais ou materiais. As fontes materiais se compõem de um conjunto de elementos ou agentes que proporcionam a criação de componentes de determinado sistema jurídico. Conforme explicita Nader (2013, p. 142), “as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados fatos do Direito, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros”.

Já as fontes formais seriam “os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas” (NADER, 2013, p. 142). Nesse diapasão, seria uma fonte material um instrumento de elaboração do próprio ordenamento jurídico, como a legislação positivada, os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

No ponto, pode-se entender a jurisprudência como um complexo de reiteradas decisões judiciais, num mesmo sentido, que conduzem um entendimento sedimentado em uma corte, formando assim, os precedentes judiciais, que visam interpretar o Direito vigente em dada sociedade, em determinado tempo e espaço. Reale (2002. p. 167-168) expõe com precisão:

(...) pela palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais (...) o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento (...).

Em que pese, contemporaneamente, o exercício da atividade jurisdicional em uma Corte de Justiça proporciona linhas interpretativas acerca de determinada temática, que, desse modo, fixa a chamada jurisprudência. Assim, a jurisprudência se dá por meio da reiteração de uma análise acerca de determinada matéria, que veiculam distinções pragmáticas de incidência de uma norma jurídica, em casos práticos, revelando uma interpretação, um sentido normativo ou o alcance de uma norma, veiculada pelo instrumento normativo ali atacado, com o objetivo de aclarar sua aplicação.

Parte da doutrina atribui à jurisprudência o limite de apenas revelar o Direito preexistente. Todavia, a função de revelar o Direito pela jurisprudência se ilumina em caso de lacuna legal ou em situações onde magistrado decide um caso por equidade.

Assim, a jurisprudência pode inovar em matéria jurídica, estabelecendo uma norma jurídica que não se faz rigorosamente positivada na lei, mas sim, que se faz como o resultado

de uma construção obtida pela conexão de dispositivos diversos, criando uma interpretação diferenciada, ou ainda através da separação de preceitos que eram tidos como unidos entre si. Em tais situações, fica evidente o papel de composição do magistrado, onde complementa o sistema jurídico, de forma objetiva, no caso concreto.

Nesse caminhar, pode-se afirmar que, no caso concreto, por meio da decisão judicial, a norma jurisdicional é criada pela autoridade julgadora, de modo a atualizar o significado da norma legislada. A jurisprudência é, então, norma jurídica que se retira de julgados, reiterados e uniformes, sobre uma mesma questão jurídica, seja de um tribunal de um Estado ou até internacional (GUSMÃO, 2006, p. 127). É, então, fonte formal do Direito, pois interpreta o que se faz vigente e adequado no Direito à época de seus fatos, e influencia ainda a própria produção do Direito normativo.

Dentro do chamado sistema do *civil law*, o magistrado deve verificar as regras e soluções das normas positivadas pelo ordenamento jurídico para o caso em tela, interpretando o texto legal, a fim de encontrar uma solução equivalente ao caso. Há aqui a imposição sistemática da superioridade do processo legislativo, e a atribuição de uma natureza secundária às demais fontes jurídicas, onde o Direito nasceria principalmente de um enunciado normativo, veiculado por um instrumento normativo, e elaborado nos órgãos legislativos, através de um processo pré-constituído. É comum a ideia de que o Direito se daria na lei, codificada ou não.

Entretanto, a complexidade e as particularidades da sociedade contemporânea, que se desdobram em situações mínimas e casos práticos diferenciados, proporcionaram à técnica legislativa o uso de conceituações vagas, com o intuito de contemplar o infindável leque de conflitos possíveis. Nesses casos, deve o Poder Judiciário, por meio do magistrado, adaptar o Direito ao caso concreto.

Wambier (2011, p. 57) destaca:

(...) a rigidez que se poderia esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso que pode gerar desequilíbrio (como ocorre no Brasil): juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões sobre o sentido da lei.

De mais a mais, o sistema do *common law*, que dá maior ênfase à figura do precedente judicial, passou a ter características incorporadas pelo sistema do *civil law*. O magistrado, então, passa a realizar atividade criativa. Atualmente, as decisões proferidas pelos magistrados se utilizam de repetição de julgados. Tem-se como certo que a interpretação da lei é uma tarefa criativa em si mesma, que em função da natureza diferenciada do pensamento humano, é apta a gerar decisões contraditórias. Assim, se faz necessário o desenvolvimento de

um sistema de precedentes mesmo nos países adeptos do sistema do *civil law*.

Segundo Pedro Miranda de Oliveira, o precedente seria “o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados (OLIVEIRA, 2014, p. 103).

É mister ressaltar que nem toda decisão judicial proporciona a criação de um precedente. Este se forma por meio de uma decisão com aptidão para balizar o sistema, servindo como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Assim, “um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo” (MARINONI, 2013, p. 215-2016).

Por fim, destaca-se o posicionamento de Macêdo (2014, p. 92-93):

Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões.

Todavia, o dever judicial de respeito ao precedente pode ser vinculado a um respeito absoluto, de aplicação obrigatória, ou a um respeito despido de vinculação. Ou seja, o precedente pode ter eficácia vinculante ou persuasiva.

A eficácia vinculante impõe ao juiz a proibição de decidir de forma diversa, no caso concreto, ao que é decidido num tribunal superior, não podendo prolatar uma sentença em sentido contrário. No mais, é possível afirmar, no entanto, que tal vinculação não impeça realização do *distinguishing*.² Já o precedente com eficácia persuasiva não vincula o magistrado à decisão, possui apenas força persuasiva, influenciando na solução adequada ao caso, mas sem obrigar o juiz a segui-lo.

Em que pese, no Brasil ainda não é comum a ideia entre os juristas de que o precedente judicial deve ser observado, uma vez que os tribunais e juízes muitas vezes não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores.

Nesse caminhar, foram introduzidos no sistema jurídico pátrio institutos processuais

² “A sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”. DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 491.

a fim de atribuir caráter persuasivo e/ou obrigatório às decisões proferidas em cortes superiores, como a súmula vinculante, disposta no artigo 103-A, *caput* e §1º da Constituição Federal, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Entre os tribunais de jurisdição ordinária existe o há o mecanismo de uniformização da jurisprudência, disposto no artigo 926, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que propicia a pacificação e sedimentação de entendimento sobre tese jurídica que integra a competência material de certo tribunal.

Resta assim comprovada, portanto, a relevância da jurisprudência e do precedente judicial em si como fonte do direito pátrio. É inegável a crescente a utilização das decisões como paradigma para solução de casos em julgamento. O ordenamento jurídico brasileiro, adepto do sistema do *civil law*, passa a adotar traços e características do modelo da *common law*, no que diz respeito à influência dos julgamentos anteriores na resolução de caso análogo.

2 A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA:O PROCESSO DE APLICAÇÃO DA PENA

De maneira geral, o Direito Penal estabelece normas de conduta, que antecipam consequências (penas) para um determinado comportamento, protegendo um bem jurídico tido como caro à sociedade. Desse modo, são as tensões sociais, as necessidades e os anseios mais relevantes de uma sociedade que inspiram a produção da norma penal, de acordo com critérios político-jurídicos de determinada época.

Todavia, mister ressaltar que o Direito Processual Penal baliza uma forma instrumental de comportamento, onde a atividade seguida é predeterminada e descriptiva. Trata-se de um trajeto a ser percorrido. De tal maneira, a atividade jurisdicional no âmbito processual é predeterminada pela norma processual, de modo que qualquer contrariedade ao curso já positivado, para além do que limita a norma processual penal, é tido como ato ilegal, passível nulidade.

A norma processual impõe como um dever do juiz motivar a sua decisão de mérito, expondo suas razões de convencimento,³ vinculando-se ao que lhe é pedido. No ponto, possível omissão do juiz no dever de agir proporciona violação *in omittendo*, visto que a atuação do magistrado se faz na forma da lei; opostamente, se atua de modo contrário à norma processual, recai em violação *in faciendo*.

³ O artigo 381, III, do Código de Processo Penal estabelece que, ao formar a sentença, deve o julgador expor “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

A atividade jurisdicional, portanto, deve se limitar ao que impõe a norma processual. Em razão do princípio da individualização da pena, disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, o Direito Penal brasileiro aplica o processo chamado de Dosimetria da Pena. Trata-se do cálculo da pena a ser aplicada ao réu pelo magistrado na sentença, definido nos artigos 68 e 59 do Código Penal.

A fixação da pena é feita em três fases distintas, de acordo com o sistema trifásico, adotado pelo Código Penal, onde, na primeira fase é aplicada a “ pena-base”, de acordo com 8 circunstâncias judiciais, dispostas no art. 59; na segunda fase é aplicada a “ pena-intermediária”, de acordo com circunstâncias agravantes e atenuantes; e por fim, na terceira fase, fixa-se a pena “final”, após a incidência das causas de aumento e de diminuição. Dentre as três fases distintas, o comportamento da vítima se encontra disposto como uma das circunstâncias judiciais.

Ao individualizar a pena, na primeira fase da dosimetria, o juiz deve valorar as circunstâncias judiciais, elencados no art. 59 do Código Penal, de acordo com o caso concreto, estabelecendo uma pena-base, observando as margens mínimas e máximas existentes em cada tipo penal, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Tal individualização inclui apenas elementos que não se relacionam de forma direta com o delito.

2.1 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Greco (2004, p. 19) ensina que a vítima seria “aquele que sofre as consequências 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”.

A circunstância judicial do comportamento da vítima provém de estudos na seara da vitimologia,⁴ aplicando-se em situações onde o ofendido concorre para o crime de modo a provocar um acirramento de ânimos ou estimular o crime. Expõe Nucci (2005, p. 228), que a valoração do comportamento da vítima:

“(...) não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar, provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente, ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico

⁴ “A vitimologia estuda a participação da vítima na configuração de delitos. Em sentido estrito, ela tem por objeto o estudo da vítima e, em sentido amplo, ela abrange o estudo do comportamento da vítima e do criminoso, os vários e sucessivos desdobramentos envolvidos nessa relação, os reflexos sociais, psicológicos, legais e de várias outras espécies decorrentes dessa complexa teia de relações, as sanções legais, sociais ou emocionais acarretadas pelas condutas provocantes, a influência de todo esse complexo de fatores com o ordenamento jurídico vigente numa dada sociedade, num dado momento histórico”. SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 24.

(...)"

Nesse caminhar, o comportamento da vítima se faz por meio do exame da conduta da vítima, antes e durante a prática do crime, a fim de se verificar se a vítima contribuiu ou não para o cometimento do crime.

Expõe a doutrina de Schimtt (2013, p. 140):

Na valoração desta última circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu comportamento, contribui ou facilita o agir criminoso. Não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso. Como exemplos, podemos citar os seguintes casos: a) vítima de furto que não toma os devidos cuidados na guarda da coisa; b) órgão público vítima de estelionato que apresenta desídia administrativa ou problemas estruturais [...] ou falta de controles efetivos que possam evitar ou minimizar as fraudes etc. [...] esta circunstância judicial não pode ser valorada para fins de recrudescimento da pena-base do condenado.

É nesse sentido que coaduna Lima (2012. p. 33):

A circunstância judicial do comportamento da vítima apresenta relevância nos casos de incitar, facilitar ou induzir o réu a cometer o crime. Caso contrário, se a vítima em nada contribuiu, a circunstância judicial não pode ser valorada negativamente. Assim, o comportamento da vítima, circunstância taxada como neutra, só tem relevância jurídica para minorar a pena do réu (se a vítima contribui para o crime, trata-se de causa de redução da pena-base; se a vítima nada contribui para o crime, trata-se de circunstância neutra).

Ora, vê se então, de pronto, que a relevância jurídica da aplicação da circunstância judicial do comportamento da vítima tem pertinência apenas para amenizar a pena-base do réu, de modo que se apresenta como uma circunstância judicial neutra.

3 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL: A POSIÇÃO DA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS E A POSIÇÃO MAJORITÁRIA DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Doutrinariamente, classifica-se vítima como “inculpável”, “parcialmente culpável” e “culpável”. A primeira não tem participação no *iter criminis*; a segunda contribui de forma parcial, por ignorância ou imprudência; a terceira é aquela que contribui diretamente para a ocorrência do crime, provocando ou instigando o agente.

Para fins pedagógicos, vale ressaltar a existência da vítima “difusa”, onde não é possível

determinar o detentor do bem jurídico lesado, como nos casos de crimes contra a economia popular, meio ambiente, tráfico de entorpecentes e ao crime organizado.

Há concordância jurisprudencial que, quando a vítima é parcialmente culpável ou culpável, não deve ser a circunstância judicial do comportamento da vítima valorada em desfavor do agente, de modo a elevar sua pena-base. No entanto, quanto ao caso da vítima tida como inculpável, divergem os tribunais quanto a possibilidade ou não de elevar-se a pena-base do agente.

No ponto, a egrégia corte criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas tem seu entendimento sedimentado em seus julgados no sentido de reconhecer necessidade de elevação da pena-base no caso de não haver contribuição da vítima para a ação criminosa, valorando esta circunstância judicial em desfavorável do réu.

Cito julgado elucidativo ao tema:

PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO CRIMINAL. INSURGÊNCIA VOLTADA À REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. VALORAÇÃO INDEVIDA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE, CONQUANTO O FATO DE OS AGENTES SE UTILIZAREM DE ARMA DE FOGO PARA O COMETIMENTO DO CRIME INCIDE COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUANDO A VÍTIMA EM NADA CONTRIBUI PARA A PRÁTICA DELITIVA, SEGUNDO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL, INCLUSIVE JÁ CONSOLIDADO NO ÂMBITO DESTA EGRÉGIA CÂMARA CRIMINAL, A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA DEVE SER VALORADA EM DESFAVOR DO SENTENCIADO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA APREENDIDA. IRRELEVÂNCIA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE DEFESA DA VÍTIMA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS, NOTADAMENTE A PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO DA RESPECTIVA CAUSA DE AUMENTO ACERTADO. PENA DE MULTA FIXADA AQUÉM DO PATAMAR CONSIDERADO IDEAL, NOS DITAMES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. MANUTENÇÃO IMPOSITIVA, POR SE TRATAR DE SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA AOS CONDENADOS EM SEDE DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DOS APELANTES REDIMENSIONADA PARA O PATAMAR DE 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME SEMIABERTO. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-AL - APL: 07278007420138020001 AL 0727800-74.2013.8.02.0001, Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 17/02/2016, Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/02/2016.)

Em que pese, defende este entendimento que o objetivo do legislador com esta circunstância judicial não seria de beneficiar o agente quando a vítima contribui para o crime

(uma vez que tal argumentação incorreria em reconhecer uma conduta criminosa como “justificável”, aplicando certa culpa à vítima), mas sim, em elevar o juízo aplicável à conduta quando a vítima não contribui para o crime *In casu*, parte da doutrina também defende argumentação condizente com a possibilidade de se valorar em desfavor do réu o comportamento da vítima, conforme Delmanto et. al. (2010. p. 275):

À primeira vista, parece que este dispositivo apenas serve para abrandar a sanção penal. Todavia, o CP brasileiro [...] não considera o comportamento da vítima como atenuante, mas o inclui entre as circunstâncias judiciais. Assim sendo, em nossa opinião, o comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade da conduta do agente, não só a diminuindo, mas também aumentando-a, eventualmente.

Uma segunda argumentação, que também defende a possibilidade de valorar o comportamento da vítima em desfavor do réu defende o dever de analisar se o comportamento da vítima teve alguma relevância no contexto da prática delitiva; se a mesma contribuiu; ou se dificultou o cometimento da conduta criminosa. Assim, na hipótese da vítima contribuir para o cometimento do crime, seria valorado o comportamento da vítima como circunstância judicial favorável; no caso da vítima dificultar a prática delituosa, seria então valorada a circunstância judicial como desfavorável; já no caso em que se torne impossível relacionar o comportamento da vítima ao delito, seria então valorada a circunstância judicial como neutra.

De maneira oposta, a maior parte dos tribunais pátrios sustentam que em situações onde a vítima não tenha contribuído para o delito, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser valorada como neutra, a fim de não elevar a pena-base do réu. Nesse sentido vem julgando o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA- BASE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA OU FAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa *discretionalidade*. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impõe-se à denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros combinados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). 3. O comportamento do ofendido é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu. Na hipótese em que não houver interferência da vítima no desdobramento causal, como

ocorreu na hipótese em análise, deve ser, pois, neutralizada. Precedentes. 4. Hipótese na qual deve ser decotado o quantum de exasperação da pena-base pela valoração negativa do comportamento da vítima. Porém, não tendo sido declinado o patamar de redução da reprimenda na segunda fase do critério dosimétrico, deve ser devolvido o feito ao Juízo das Execuções para que seja refeita a individualização da pena. 5. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para afastar a exasperação da pena-base a título de comportamento da vítima, determinando que o Juízo das Execuções proceda a nova dosimetria da pena. (STJ - HC 334971 / AL 2015/0218230-8. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. T5 - QUINTA TURMA. Publicado em DJe 07/04/2017).

Tal entendimento argumenta que o comportamento da vítima, por estar inserido na esfera de comportamento do ofendido, não poderia ser transferido para o agente, de modo a exasperar a pena-base.

A maior parte dos tribunais passou a aderir ao entendimento jurisprudencial elucidado anteriormente pelo STJ. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a circunstância judicial do comportamento da vítima nunca será avaliada em desfavor do réu, sendo favorável à ele quando a vítima contribui para a prática do delito, ou neutra, quando não o faz.

Tal circunstância apresenta relevância jurídica apenas para reduzir a reprimenda do réu. Assim, se o ofendido contribui para a prática do crime, deve-se diminuir a pena-base; mas quando a vítima não facilita, incita ou induz o agente a cometer a infração penal, será a circunstância judicial valorada como neutra.

De mais a mais, sedimenta-se a ideia de que a circunstância judicial do comportamento da vítima apenas pode ser utilizada para amenizar a pena do réu, quando a conduta da vítima contribui para o evento criminoso. Seria utilizado o comportamento da vítima, portanto, para reduzir a censurabilidade da ação delituosa. Inviável, assim, exasperar a pena-base quando a vítima não concorre para o crime.

CONCLUSÃO

Diariamente são interpostas ações e recursos nos tribunais pátrios que versam acerca da análise da circunstância judicial do comportamento da vítima, temática essa que é enfrentada ordinariamente na Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas. Entretanto, esta Corte vem enfrentando o conteúdo da questão de forma diferenciada ao entendimento jurisprudencial majoritário, no sentido de que, não havendo contribuição da vítima para a ação criminosa, esta circunstância judicial deve ser analisada de maneira desfavorável ao réu.

De fato, o Direito Penal contemporâneo, influenciado pela vitimologia, atribui

pertinente importância ao papel da vítima no crime contra si praticado, visto que, o modo como se comporta diante da infração pode modificar todo contexto do delito.

Restou assim comprovado o relevante papel da jurisprudência e da figura do precedente judicial como fonte do direito no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a crescente utilização das decisões judiciais como paradigmas para solução de casos em julgamento, haja vista a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, tipicamente adepto ao sistema do *civil law*, à traços e características do modelo da *common law*.

Conclui-se nesse estudo que, assim como preconiza o entendimento majoritário da jurisprudência, o comportamento da vítima em contribuir ou não para a prática do delito não acarreta o aumento da pena-base, pois a circunstância judicial é neutra e não pode ser utilizada em prejuízo do réu.

Dessa maneira, adotando o entendimento majoritário como coerente, a presente divergência na aplicação pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas da circunstância judicial do comportamento da vítima em desfavor do réu incorre em erro na atividade intelectual do julgador, conhecido como *error in judicando*, onde não há vício quanto a validade da decisão, podendo inclusive ser revista em grau de recurso, mas sim, atribui a ideia de que tais decisões proferidas pelo tribunal seriam injustas, derivando de um erro no raciocínio da decisão.

Está a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, portanto, se posicionando de forma dissonante à compreensão majoritária, pois o comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária.

Conforme elucidado pela jurisprudência do STJ, na hipótese do ofendido não influenciar na consecução do crime, deve se reputar como neutra a circunstância judicial do comportamento da vítima.

REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A Autocolocação da Vítima em Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Rogério Montai de. **Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MASI, Carlo Velho. A redescoberta da vítima para o direito penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, RS, v.11, n.63, dez 2014.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 136, p. 100-113, jul. 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito: civil law e common law**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 1, p. 251–271, jan./jun., 2011.