

INTERPRETAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E A SUA VALORAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA PENA-BASE

Igor de Queiroz Azevedo Sampaio¹

Nigel Stewart Neves Patriota Malta²

RESUMO: O comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Relaciona-se ao grau de participação do ofendido no desenlace do crime. Tais circunstâncias devem ser analisadas pelo julgador por ocasião do estabelecimento da pena-base, podendo ser consideradas favoráveis, desfavoráveis ou neutras. Entendimentos doutrinários e jurisprudenciais afirmam que a referida circunstância não pode ser utilizada para a exasperação da pena. O presente trabalho tem por objetivo analisar essas posições e propor reflexões, sobretudo à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Utilizou-se o método descritivo, sendo a pesquisa efetivada, quanto à abordagem, de forma qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da pena. Circunstâncias judiciais. Comportamento da vítima. Pena-base. Razoabilidade e proporcionalidade.

ABSTRACT: The behavior of the victim is one of the judicial circumstances provided for in article 59 of the Criminal Code. It relates to the degree of participation of the victim in the outcome of the crime. Such circumstances must be analyzed by the judge at the time of establishment of the basic penalty, and may be considered favorable, unfavorable or neutral. Doctrinal and jurisprudential understandings state that this circumstance cannot be used to exasperate the sentence. This paper aims to analyze these positions and propose reflections, especially in light of the principles of reasonableness and proportionality. The descriptive method was used, and the qualitative approach was applied.

KEYWORDS: Theory of penalty. Judicial Circumstances. Behavior of the victim. Base-penalty. Reasonability and proportionality.

INTRODUÇÃO

As circunstâncias judiciais são aquelas fixadas pelo legislador no art. 59 do Código Penal (CP), cuja análise deve ser levada em consideração pelo julgador para fixar a pena-base do condenado, formada pela primeira parte da dosimetria da pena.

O comportamento da vítima faz parte das oito circunstâncias elencadas pelo legislador no dispositivo mencionado, não havendo um critério matemático estabelecido no

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Pós-graduado (lato sensu) em Formação para a Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário CESMAC.

² Pós-graduando em Direito Penal pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

CP sobre como deve ser efetuado o cálculo para a fixação da pena nessa fase.

Muitas vezes, à míngua de qualquer outra circunstância do crime, bem assim de causas de aumento ou diminuição, a pena-base se torna definitiva, sendo sua fixação estabelecida a partir do mínimo até o máximo em abstrato previsto em cada tipo penal.

As circunstâncias judiciais podem ser valoradas como favoráveis, desfavoráveis ou neutras. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento de que o comportamento da vítima não pode ser valorado em prejuízo ao réu, sendo considerado apenas como circunstância neutra ou favorável.

Ao iniciar o processo de dosimetria, o magistrado deve partir do mínimo legal previsto no tipo penal e, a cada circunstância desfavorável, a pena passará a ser aumentada. Vale destacar que deve ser feita uma análise subjetiva pelo julgador, mas devidamente fundamentada, de forma individualizada quanto a cada circunstância, em busca da fixação de uma pena razoável e proporcional ao delito praticado.

Entretantes, se o entendimento do STJ é o de que o comportamento da vítima não pode servir para exasperar a pena, para além da supressão de uma das circunstâncias judiciais expressa no texto da lei, tem-se que os critérios para aplicação da pena-base restam controvertidos. O presente trabalho se propõe a demonstrar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dessa valoração, bem como pretende explicar quais os reflexos da citada dissensão no cálculo para a fixação da pena-base.

Diversos Tribunais mantiveram suas posições, aplicando entendimento divergente da Corte Superior. Nesse sentido, há várias linhas de pensamento na tentativa de justificar como o magistrado deve proceder na primeira fase da dosimetria, em busca da necessária compatibilização com os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar a mudança na jurisprudência atual do STJ, uma vez que o seu entendimento vai de encontro à ideia central do legislador.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir do método descritivo, mediante a qual serão comparados os ensinamentos de vários autores sobre como o comportamento da vítima deve ser valorado e como o julgador deve proceder no momento do cálculo para a sua aplicação.

1 PENA-BASE E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

No direito penal brasileiro, adotou-se, quanto à dosimetria da pena, o sistema

trifásico, proposto por Nelson Hungria (HUNGRIA, 1958; BOSCHI, 2013). Tal sistema tem previsão no art. 68 do CP, o qual estabelece que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940).

Nota-se que o dispositivo legal acima mencionado determina o que deve ser analisado quando for efetuado o cálculo da pena. A primeira fase corresponde à fixação da pena-base, de acordo com a análise do art. 59 do CP; a segunda fase contempla a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes; por fim, a terceira fase restringe-se à análise das causas de aumento e diminuição de pena (SCHIMITT, 2015, p. 97).

Quanto às circunstâncias judiciais, utilizadas para a formação da pena-base, são aquelas “que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitadas os parâmetros fixados pelo legislador no art. 59³ do Código Penal, constituindo efeito residual das circunstâncias legais” (NUCCI, 2014, p. 415).

Nessa esteira, Santos (2008, p. 568) afirma que as circunstâncias judiciais podem ser consideradas como “objeto de arbítrio exclusivo do Juiz e compreendem elementos pertencentes ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), ao fato (circunstâncias e consequências do crime) e à vítima (comportamento da vítima)”. Por sua vez, Prado (2010, p. 485) afirma que a pena-base é formatada por “fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal”.

Mirabete (2010, p. 282) acrescenta que a análise das circunstâncias judiciais reproduz, de um lado, “a biografia moral do condenado” e, de outro, “as particularidades que envolvem o fato criminoso”, devendo o juiz “escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender aos fins da pena”.

Na verdade, se circunstâncias são dados ou fatos que estão ao redor do crime – servindo para majorar e minorar a reprimenda sem, entretanto, retirar a essência do fato criminoso – significa dizer que o crime subsiste, mesmo sem suas circunstâncias. As circunstâncias judiciais, contidas no *caput* do art. 59 do CP, podem, por si sós, esgotar a dosimetria e somente podem ser valoradas pelo próprio juiz.

Destarte, qualquer das circunstâncias judiciais, em tese, pode ser interpretada contra

³ CP - Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...] II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (BRASIL, 1940).

o réu, quando assim a conjuntura fático-probatória o exigir. Caso contrário, a lei não faria previsão às circunstâncias que devem ser analisadas pelo juiz. Assim tem sido a compreensão de grande parte da doutrina clássica, a exemplo de Nelson Hungria, Edgar Noronha, Costa Júnior, Heleno Fragoso, Damásio de Jesus, entre outros (HUNGRIA, 1958; NORONHA, 2004; COSTA JÚNIOR, 1991; FRAGOSO, 1993; JESUS, 1994).

A esse respeito, insta salientar que as circunstâncias judiciais também são conhecidas como inominadas, diante do seu caráter residual e subsidiário, ou seja, são utilizadas desde que o motivo de sua valoração não constitua elemento da tipificação penal, circunstância atenuante ou agravante, ou causa de diminuição ou aumento da pena, pois essas possuem preferência expressa definida em lei (MASSON, 2010, p. 311; NUCCI, 2014, p. 415).

Destaca-se que o art. 53 do Código Penal afirma que “as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime” (BRASIL, 1940). Assim, a pena-base será fixada dentro dos parâmetros legais de cada tipo penal, uma vez que todo delito possui um quantitativo mínimo e máximo, além de uma determinada pena em abstrato (SCHIMITT, 2015, p. 147).

Percebe-se, pois, que o magistrado deve analisar as oito circunstâncias judiciais para fixar a pena-base, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias que levaram ao cometimento do delito, consequências do crime e, por fim, o comportamento da vítima, objeto de análise do presente ensaio.

2 A VITIMOLOGIA E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

O crime e os seus reflexos na sociedade são estudados sob um viés científico desde os tempos de outrora. Entre os estudiosos, destacou-se Cesare Lombroso por expor algumas teorias sobre o criminoso, dentre elas a de que “o ser humano poderia ser um criminoso nato” (CRUZ, 2010).⁴

Essas teorias afirmavam que o crime tinha origem em fatores biológicos e psíquicos, decorrentes do atavismo, da epilepsia e da “loucura moral”; esta não seria uma espécie de doença, mas de deficiência do núcleo moral da responsabilidade, em que o indivíduo se torna incapaz de fixar princípios morais (FERREIRA, 2004, p. 95; CARVALHO, 1973, p. 63-67).

Não obstante as polêmicas e o fracasso envoltos em sua teoria, nota-se que

⁴ Cesare Lombroso (1835-1909), nascido na Itália, foi psiquiatra e professor, com formação nas Universidades de Pádua, Viena e Paris. Seus estudos (*O Homem Delinquente*, de 1876, o principal) influenciaram a Criminologia e a Escola Positiva de Direito Penal (CALHAU, 2008).

Lombroso aprofundou seus estudos em um dos sujeitos que compõem o universo do crime. Também Enrico Ferri⁵ expôs estudos que apontavam para os problemas sociais como fatores causais do delito (BARROS LIMA; SILVA, 2016, p. 130).

Todavia, isso não foi suficiente para entender as razões criminógenas. Tais pesquisas fizeram com que os outros estudiosos passassem a desenvolver teorias sobre outro sujeito do universo criminal, qual seja, a vítima, surgindo, a partir dos primeiros escritos, a Sociedade Internacional de Vitimologia (FERREIRA, 2004, p. 95). De acordo com Ferreira (2004, p. 95), o estudo da vítima tem importância equiparada ao estudo do agente criminoso, porquanto a vítima pode ser tida como “verdadeira causa criminógena”; ademais, mesmo que isso não se configure, o papel da vítima no contexto do delito não pode ser desprezado, uma vez que o ofendido compõe, “de alguma forma, a relação criminógena”.

Assim, a vítima passou a ser tratada dentro do crime como um sujeito de direitos, uma vez que participa, de alguma forma, do crime. Na atualidade, isso pode ser atribuído ao papel desempenhado pela dogmática do garantismo penal, que confere, à vítima, especial atenção e proteção (ARAÚJO NETO, 2010).

Decerto, a vitimologia é uma das vertentes da criminologia, que, de acordo com Farias Júnior (1996, p. 249), busca analisar: *i*) “o comportamento dos delinquentes em relação às suas vítimas;” *ii*) “o comportamento de suas vítimas em relação aos criminosos;” *iii*) “até que ponto a vítima concorreu para a produção do crime;” *iv*) “a desdita do homem criminoso”. Por sua vez, Cruz (2010) conclui que “a vitimologia é uma ciência autônoma que procura tratar da vítima com fundamental valorização dentro do sistema penal”. A esse respeito, Shecaira (2014, p. 54) afirma que:

Os estudos vitimológicos permitem estudar a criminalidade real, mediante os informes facilitados pelas vítimas de delitos não averiguados (cifra negra da criminalidade). Este último aspecto é muito relevante pois a primeira pesquisa de vitimização norte-americana, de 1996, descobriu que os crimes relatados eram mais que duas vezes maiores que as estimativas produzidas pelas escalas oficiais.

Portanto, a vítima passou a ser uma figura essencial nos estudos para colaboração com as pesquisas que buscam entender os motivos que levam os indivíduos ao cometimento de delitos.

Assim, “para o Direito Penal, vítima é o nome que se dá ao sujeito passivo da relação que tem no pólo ativo o autor da ação. Vítima é a pessoa que sofre a lesão ou ameaça de lesão” (FERREIRA, 2004, p. 97).

⁵ Enrico Ferri (1856 – 1929), nascido na Itália, foi advogado e cientista, conhecido como o “pai da moderna Sociologia Criminal”, buscou aprimorar as teorias de Lombroso em sua obra *Sociologia Criminal*, publicada em 1914 (FERREIRA JUNIOR, 2012).

Na concepção de Nucci (2014, p. 1017), “vítima é o sujeito passivo do crime, ou seja, a pessoa que teve o interesse ou o bem jurídico protegido diretamente violado pela prática da infração penal. Denomina-se também, ofendido”. Assim, conclui-se que a vítima é a pessoa do ofendido, aquela que sofreu o dano jurídico, seja ele patrimonial, moral ou físico (CRUZ, 2010).

Cumprido evidenciar que a vítima, portanto, passou a ganhar notoriedade no Direito Penal. No nosso ordenamento jurídico, várias são as hipóteses legais em que a vítima é tratada de modo diferenciado.⁶ A palavra vítima aparece em diversas oportunidades no CP, deixando clara a intenção do legislador de informar os casos especiais nos quais os critérios objetivos e subjetivos da vítima devem ser analisados e avaliados.

Entretanto, alguns crimes não possuem uma vítima específica, como os delitos de perigo de abstrato. Apesar das críticas a respeito da criminalização de condutas dessa natureza, tem-se que, nesses casos, a vítima é a sociedade ou o ordenamento jurídico (NUCCI, 2014, p. 716-717).

As vítimas podem ser classificadas da seguinte maneira: *i*) “vítimas completamente inocentes, designadas vítimas ideias;” *ii*) “vítimas menos culpadas do que o delinquente, chamadas de vítimas por ignorância;” *iii*) “vítimas tão culpadas como o delinquente, chamadas de provocadoras;” *iv*) “vítimas mais culpadas do que o delinquente, chamadas de pseudovítimas;” *v*) “vítimas como únicas culpadas, ou agressoras” (FERREIRA, 2004, p. 99; BITTENCOURT, 1978, p. 58-61). Ainda a respeito dessa classificação, pertinentes são as considerações de CRUZ (2010):

⁶ Ferreira (2004, p. 97 e 98) assinala os seguintes artigos do CP: art. 20, § 3º - erro sobre a pessoa, em que manda considerar as qualidades ou condições da pessoa visada pelo agente em detrimento da que foi atingida; arts. 23, II, e 25 – legítima defesa, que é considerada a agressão injusta praticada **pela vítima**; art. 59 – fixação da pena, na qual o juiz deve levar em conta o comportamento da vítima. art. 61, II – que considera agravante o fato de: estar a **vítima** impossibilitada de se defender; ser ascendente, descendente, descendente, irmão ou cônjuge do agente; ser submetida a agressão por meio cruel; ser criança velha ou enfermo; de estar sob a imediata proteção da autoridade. Estar sofrendo particular desgraça por ocasião do crime; art. 65, III: - que considera atenuante o fato de: ter a **vítima** provocado no réu repulsa considerada de relevante valor moral ou social; ter a **vítima** provocado injustamente o réu; ter o réu, espontânea e eficientemente procurado minorar as consequências do crime, auxiliando de alguma forma a **vítima**; art. 105 – que considera o perdão do **ofendido** como causa impeditiva do prosseguimento das ações penais privadas; art. 107, V, VII e IX: que considera como causas de extinção da punibilidade, a renúncia e o perdão da **vítima** nas ações penais privadas e o casamento da **ofendida** com o agente ou com terceiro, nos crimes contra os costumes; art. 121, § 1º e 129, § 4º: que considera causa especial de diminuição de pena o fato de ter a **vítima** provocado no réu repulsa considerada de relevante valor moral ou social, ou mesmo de tê-lo provocado injustamente; art. 121, § 4º e 129, § 7º: que considera causa especial de aumento quando, no homicídio culposo e na lesão corporal culposa, o agente deixa de prestar imediato socorro à **vítima**; art. 122, parágrafo único: que considera causa especial de aumento, no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, quando a **vítima** for menor ou tiver diminuída a capacidade de resistência etc. (BRASIL, 1940, grifos nossos).

No estudo da tipologia da vítima, talvez o maior mérito tenha sido a descoberta de que a vítima de crime nem sempre é aquela pessoa inofensiva, passiva, inocente. Ao contrário, a Vitimologia tornou evidente que a vítima pode ter exercido uma cooperação relevante, acidental, negligente ou dolosa na conduta do agente.

A compreensão da importância de analisar a vítima e seu comportamento foi encampada pelo legislador. Este considerou a figura do ofendido, por ocasião da edição do CP, detalhando situações em que a referida verificação deve ser tratada com peculiaridade, podendo aumentar ou diminuir a pena do agente delitivo. Como tratado na seção anterior, o *caput* do art. 59 impõe ao juiz a análise das circunstâncias judiciais por ocasião da fixação da pena-base, o que é realizado na primeira fase da dosimetria da pena. As circunstâncias judiciais são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima (BRASIL, 1940). Passa-se a tratar acerca desta circunstância judicial e sua valoração.

De acordo com a exposição de motivos do CP, a referência ao comportamento da vítima diz respeito ao fato de que, muitas vezes, ele é erigido “em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (BRASIL, 1983).

Nessa esteira, o comportamento da vítima pode ser entendido como “a atitude da vítima, que tem o condão de provocar ou facilitar a prática do crime. Cuida-se de circunstância judicial ligada à vitimologia” (MASSON, 2010, p. 313).

Decerto, “o elemento de orientação judicial relativo ao comportamento da vítima limita-se às hipóteses de contribuições efetivas (conscientes ou inconscientes) da vítima para a realização do crime, reduzindo ou excluindo o tipo de injusto ou a reprovação do autor”, sendo exemplo de tais atitudes a facilitação, a provocação, a negligência, o estímulo, entre outras (SANTOS, 2008, p. 576).

Daí por que resta fundamental a “análise do comportamento da vítima, que poderá aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita e não se confunde com o consentimento do ofendido” (PRADO, 2010, p. 485).

3 VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Alguns doutrinadores passaram a conceituar o comportamento da vítima como uma circunstância exclusivamente de defesa, ou seja, apenas pode ser usada em benefício do agente agressor.⁷

Seguindo a linha de raciocínio, Schmitt⁸ (2015, p. 133) exemplifica o assunto alegando que caso a vítima não tenha colaborado em nada com o crime, não há o que se valorar, ou seja, será uma circunstância judicial neutra.⁹

Como visto, ao serem analisadas para fixação da pena-base do agente, não há determinação expressa de quais circunstâncias judiciais somente poderão ser valoradas favoráveis ou neutras.

Por outro lado, Queiroz (2012, p. 440) defende que as circunstâncias judiciais “tanto podem servir para agravar quanto para atenuar a pena inicial”.

Bitencourt (2014, p. 783) leciona que “o Código não estabelece quais devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e mormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença”. Conclui que “todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu”.

Decerto, o legislador imprimiu seu pensamento de uma maneira ampla no sentido de impor, ao aplicador das normas, a análise de todas as oito circunstâncias judiciais fixadas no *caput* do art. 59 do CP, objetivando a prevenção e a repressão ao cometimento de delitos.¹⁰

⁷ Esse é o entendimento de Greco (2012, p. 564), ressaltando que “podemos concluir que ambos, agente e vítima, contribuíram para o evento, razão pela qual o comportamento da vítima deverá ser considerado em benefício do agente quando da fixação da pena-base”.

⁸ O autor chega a afirmar que “esta circunstância judicial nunca poderá ser usada para prejudicar a situação concreta do agente”, justificando que se a vítima foi negligente ou agiu com cautela, se provocou o agressor ou nada fez, esses são fatores referentes à atuação da vítima, “mas não podem conduzir à exasperação da pena do acusado”, uma vez que, diante de qualquer forma, o agente acaba praticando o crime, e já está sendo condenado por isso (SCHIMITT, 2015, p. 153).

⁹ Para a parte da doutrina que adota apenas a valoração em benefício do agente, deve-se atentar para as ocasiões em que o legislador ressalvou, na segunda ou terceira fases, situações em que a vítima já contribuiu para o crime, ou seja, o comportamento da primeira fase não deverá ser analisado, pois, assim se estaria a incorrer em *bis in idem* (SCHIMITT, 2012, p. 133).

¹⁰ Nucci (2014, p. 433), ao comentar sobre a vítima de estupro, afirma que “quando se tratar de pessoa recatada e tímida, colhida em seu recanto doméstico, é natural que a pena seja exasperada, pois a vítima não deu, de modo

Percebe-se que o comportamento da vítima influi diretamente no grau de culpa do agente, cabendo ao magistrado, no âmbito da liberdade que lhe foi conferida, aumentar ou diminuir a culpabilidade do agente, uma vez que quanto maior a participação da vítima, a conduta do réu deve ter um menor grau de reprovabilidade (FERREIRA, 2004, p. 99). Na mesma linha, é o escólio de Delmanto:

À primeira vista, parece que este dispositivo apenas serve para abrandar a sanção penal. Todavia, o CP brasileiro, ao contrário do que já fazia o português mesmo antes das reformas de 1994 e 1995, 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 (DELMANTO, 2011, p. 275).

O trecho transcrito acima nos aponta outras peculiaridades da nossa legislação, pois o comportamento da vítima não foi incluído no rol específico das circunstâncias atenuantes, muito menos em causas de diminuição. O comportamento do ofendido está previsto como circunstância judicial, devendo haver uma justa e correta análise do seu teor, sem restringir o seu poder de valoração.

Assim, é certo que existem vítimas provocadoras, as quais devem influenciar em uma censura menos relevante, contudo também existem os ofendidos não provocadores, os quais não tiveram qualquer culpa ou responsabilidade no cometimento do crime; nesse caso, haverá uma maior censura ao agente. O que deve ser analisado é a reprovação do comportamento, haja vista que a conduta da vítima poderá influir, a depender do caso, em uma maior reprovação na conduta do réu (BRANDÃO, 2010, p. 381).

Como se não bastasse a divergência doutrinária, diversos Tribunais passaram a decidir no sentido de que o comportamento da vítima não poderia agir em desfavor do réu. Esse foi o posicionamento adotado pelo STJ:

[...] Por derradeiro, o comportamento do ofendido, que "em nada contribuiu para o cometimento do crime" (e-STJ fl. 19), não pode igualmente ser valorado em desfavor do paciente. Nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, **a mencionada circunstância judicial somente** apresenta relevância jurídica para reduzir a reprimenda do réu. Assim, se o ofendido contribuiu para a prática do crime, a pena-base deverá ser diminuída; se, ao contrário, a vítima não facilitou, incitou ou induziu o sentenciado a cometer a infração penal, trata-se de circunstância judicial neutra [...] (BRASIL, STJ. *Habeas corpus* nº 275.953/GO. Relator: Min.

algum, margem ao ataque sofrido". A esse respeito, apesar da citação transcrita, insta-nos ressaltar que, nos crimes sexuais, entende-se que a valoração da circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser desfavorável ao réu, em razão das peculiaridades que envolvem esses crimes.

Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado em 09.03.2017. Publicado em 21.03.2017).¹¹

Todavia, diversos Tribunais mantiveram suas decisões, confrontando o entendimento da Corte Superior, a exemplo das 2ª e 4ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB), entre outros:

[...] O comportamento da vítima pode contribuir ou não para a prática delitiva. No segundo caso, a circunstância deve ser tida como negativa, hipótese configurada nos autos, já que a vítima se mostrou solícita ao réu quando este chegou ao seu salão pedindo ajuda com a intenção de assalta-la [...] (BRASIL, TJPE. Apelação criminal nº 0051212-29.2011.8.17.0001. Relatora: Juíza convocada Sandra de Arruda Beltrão Prado. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 11 jan. 2017. Publicado em 31 jan. 2017).

[...] A análise minuciosa realizada pelo juiz sentenciante das circunstâncias do art.59 do CP, considerando 3(três) delas desfavoráveis ao acusado (antecedentes, conseqüências e comportamento da vítima), é suficiente para distanciar a pena-base do mínimo legal previsto para o tipo [...] (BRASIL, TJPE. Apelação criminal nº 0000042-27.2010.8.17.0850. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 17 jan. 2017. Publicado em 31 jan. 2017).

[...] O comportamento da vítima em nada contribuiu para a ação delituosa, pelo que deve, esta circunstância, pesar negativamente ao acusado, pois os fatos narrados revelam que a vítima se encontrava, de fato, psicologicamente perturbado, não tendo condições de oferecer resistência às ameaças do acusado [...] (BRASIL, TJPB.

Apelação criminal nº 0037767-43.2010.815.2002/TJPB. Relator: Des. Marcio Murilo da Cunha Ramos. Câmara Criminal. Julgado em 13 ago. 2015).¹²

Destaca-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJAL) vem mantendo firme sua linha de posicionamento, no mesmo sentido dos julgados contrários à orientação do STJ. Vejamos:

[...] 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 [...] (BRASIL, TJAL. Apelação criminal nº 0703605-88.2014.8.02.0001. Relator: Des. Sebastião Costa Filho. Câmara Criminal. Julgado em 07 out. 2015).¹³

¹¹ Inteiro teor:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69391990&num_registro=201302779803&data=20170321&tipo=51&formato=PDF>.

¹² Inteiro teor: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/6/25/3e596d15-be91-4cd9-b32c-a459f4ea95aa.pdf>>.

¹³ Inteiro teor: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=105427>>. No mesmo sentido: Apelação criminal nº 0000864-87.2012.8.02.0001, de relatoria do Des. João Luiz Azevedo Lessa, com a seguinte ementa: [...]

É certo que “os juízes de instância inferior não têm o dever de acompanhar a orientação hermenêutica dos tribunais superiores”, pois, amparados pelo livre convencimento motivado, devem “aplicar a norma de acordo com a sua convicção” (NADER, 2011, p. 178).

A despeito do entendimento emanado da Corte Superior, entende-se que a posição oposta é condizente com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Com efeito, a análise da matéria posta deve ser produzida sob o prisma desses princípios, já que essenciais a uma aplicação adequada da normatização em espeque, tendo em vista a imprescindibilidade do “estudo e utilização dos princípios fundamentais do Direito Penal, notadamente aqueles cristalizados na Constituição Federal” (BARROS LIMA, 2012, p. 23).

Numa tentativa de conferir razoabilidade e proporcionalidade à definição da pena-base¹⁴ – uma vez que não há menção expressa do valor exato para cada circunstância judicial que seja valorada negativamente –, além da ausência de previsão do legislador sobre eventual preponderância entre as circunstâncias judiciais, as Cortes vêm adotando o critério que “atualmente encontra amparo na jurisprudência” e, “busca, sobretudo, a segurança jurídica”, tratando as oito circunstâncias de forma igualitária. Com isso, cada circunstância corresponde a 1/8 (um oitavo) da pena em abstrato prevista no tipo penal (SCHIMITT, 2015, p. 150-152). Ocorre que, se o comportamento da vítima não pode ser usado para exasperar a pena do condenado – como entende o STJ –, este modo de proceder restaria prejudicado. Para abordar os aspectos desse cálculo, Schmitt apresenta quatro correntes que buscam explicar qual seria o patamar de acréscimo reservado ao comportamento da vítima. O próprio autor faz questão de afastar as três primeiras.¹⁵

A corrente adotada por Schmitt (2015, p. 159) defende que o grau de valoração permanece em 1/8 (um oitavo). Afirma que, por conta disso, o condenado não fica impossibilitado de ter a sua pena fixada no máximo legal, e argumenta que esse critério de valoração é apenas relativo, podendo, caso se trate de um indivíduo perigoso, a depender do caso concreto, ter a

CONTRIBUIU COM O CRIME. PRECEDENTES DESTA CÂMARA CRIMINAL [...]. Inteiro teor: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=138318>>.

¹⁴ A pena-base deve sempre partir da pena mínima em abstrato que o tipo penal prevê, uma vez que a exasperação da pena só irá ocorrer se existir circunstância judicial desfavorável, bem como não há, na primeira fase da dosimetria da pena, compensação entre as circunstâncias judiciais (SCHIMITT, 2015, p. 146).

¹⁵ A primeira sustenta que a circunstância judicial correspondente aos antecedentes deve ter peso em dobro; assim, “estabelece uma desproporção nítida entre a valoração dos antecedentes e a reincidência. A segunda acredita que o valor correspondente ao comportamento da vítima deve ser distribuído em partes iguais a outras circunstâncias judiciais tidas como preponderantes em aplicação extensiva do art. 67 do Código Penal, o que “claramente não pode ser trazido à primeira etapa, sobretudo diante da aplicação do instituto analogia in prejuízo do sentenciado”. A terceira defende que o cálculo seja efetuado sob o patamar de 1/7; ocorre que “também implica em prejuízo à pessoa do acusado, diga-se de passagem, sem qualquer previsão legal (assim como a própria primeira corrente), pois estabelece patamar de valoração superior (1/7) fora dos limites da legalidade” (SCHIMITT, 2015, p. 154 – 158).

sua pena próxima ou estabelecida no máximo previsto.

Não só nos parece razoável afastar as três primeiras correntes apresentadas, como também o acolhimento da quarta corrente. Isso porque, entendimento diverso implicaria o distanciamento do julgador dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse caso, a ausência de coerência sobre o que deve ser feito com a circunstância referente ao comportamento da vítima no cálculo da pena-base reforça a posição defendida neste trabalho.¹⁶

Tanto é que, se o percentual de 1/8 (um oitavo) restante ficar adstrito aos casos em que o julgador deverá analisar o caso concreto, não faz sentido adotar o critério apresentado pelo autor – 1/8 (um oitavo) para cada circunstância –, uma vez que o caso concreto poderia aumentar a pena pelo livre convencimento do julgador, ou seja, desprezando o percentual atribuído a cada circunstância, configurando-se totalmente contraditório, pois assim haveria violação a razoabilidade, proporcionalidade e à segurança jurídica.

Se o legislador fixou, no principal e primeiro artigo que dispõe sobre a aplicação da pena, o comportamento da vítima como circunstância judicial a ser analisada para a fixação da pena-base, resta configurada a importância desta circunstância e a clara intenção legislativa em conceder análise ampla ao comportamento da vítima.

Dessa forma, não há razão para a lei elencar oito circunstâncias judiciais e somente uma delas ser impossibilitada de majorar a pena do réu, de modo que se considera equivocada a jurisprudência que restringe a atuação do julgador e determina que a sua análise deve se dar somente em benefício do agente criminoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comportamento da vítima é uma das oito circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59 do CP. Relaciona-se, pois, aos elementos formativos da pena-base, ou seja, o *quantum* inicial fixado pelo magistrado, na primeira fase da dosimetria da pena.

Em diversos julgados, firmou-se, no STJ – Corte cuja Constituição Federal atribui a função precípua de interpretar a Lei Federal –, a jurisprudência segundo a qual, quando a

¹⁶ Não se pode olvidar, por fim, que o art. 59 reúne oito moduladores que orientam a definição da pena-base, podendo-se atribuir hipoteticamente, de um total máximo de dez pontos para o conjunto, apenas um e vinte cinco para cada um, ou seja, um oitavo para cada modulador, significando que duas operadoras desfavoráveis, por exemplo, representam dois e meio negativos, restando sete e meio em favor do acusado. Enfim, esses critérios devem orientar o julgador, que não pode ignorar a totalidade de elementos relacionados no dispositivo referido, que, repita-se, devem ser analisados no seu conjunto” (BITENCOURT, 2014, p. 783 – 784).

vítima em nada contribuir para a ação delituosa, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser valorada como neutra. Por consectário lógico, o comportamento da vítima apenas será valorado, de acordo com a citada posição, como neutro ou favorável.

Embora o referido Tribunal Superior tenha entendimento consolidado sobre a matéria tratada neste estudo, diversos autores e Tribunais ainda defendem posição contrária – a exemplo da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas – gerando, assim, um intenso debate acerca da instalada controvérsia dogmática.

Os julgados da Corte Especial apresentam nítida supressão a uma circunstância judicial expressamente prevista no corpo jurídico-normativo, além de obstaculizar critérios que objetivam racionalizar a formatação do *quantum* da pena-base, de modo que tal posição não se afigura razoável, muito menos proporcional, diante da violação ao art. 59 do CP, bem assim ao princípio da individualização da pena.

O cálculo da pena-base deve partir do mínimo legal, acrescido proporcionalmente diante da existência de valoração desfavorável das circunstâncias judiciais. Com efeito, considerar neutra uma das circunstâncias implica dizer que o julgador não terá a possibilidade de promover plena análise de todas as circunstâncias judiciais elencadas pelo legislador, o que inflige a norma, sem que haja fundamentação razoável para tanto, ante a demonstrada importância do papel da vítima para a compreensão do fenômeno do crime.

O fato de a vítima em nada contribuir para o crime deve servir como parâmetro para a valoração negativa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (OLIVEIRA et al., 2015). Isso porque o comportamento da vítima deve ser analisado de maneira plena, isto é, havendo qualquer tipo de contribuição por parte do ofendido, deve-se analisar, de acordo com os elementos fático-probatórios do caso concreto, a valoração como favorável ou neutra, o que implica a não exasperação da pena; caso contrário, verificar-se-á um possível sopesamento desfavorável ao agente criminoso.

Dessa forma, entende-se que o comportamento da vítima deve ser analisado de igual modo a todas as outras circunstâncias judiciais – favorável, desfavorável ou neutra –, a partir do grau de contribuição do ofendido no delito, de modo que, não havendo causa ou influência, por parte da vítima, no desenlace do crime, a pena do agressor deve ser aumentada na primeira fase da dosimetria da pena.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, José Donato de. **Constituição, garantismo integral e processo penal**: os

direitos fundamentais como legitimadores de uma intervenção penal eficiente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza/CE, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143095.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.

BOSCHI, José Antonio Paganella. A dosimetria das penas privativas de liberdade. **IBCCRIM**, Boletim nº 242, Janeiro/2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 18 abril 2017.

_____. Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abril 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 275953/GO: Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado em 09 mar. 2017. Publicado em 21 mar. 2017**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69391990&num_registro=201302779803&data=20170321&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 abril 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Consulta de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 18 abril 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Consulta de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/servicos/jurisprudencia>>. Acesso em 18 abril 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Consulta de jurisprudência**.

Disponível em:

<<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em 18 abril 2017.

CALHAU, Lélío Braga. Cesare Lombroso: criminologia e a Escola Positiva de Direito Penal. In: **JusBrasil**, LFG, 23 set. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/112728/comentarios-cesare-lombroso-criminologia-e-a-escola-positiva-de-direito-penal>>. Acesso em: 18 abril 2017.

CARVALHO, Hilário Veiga de. **Compêndio de criminologia**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRUZ, Marcília. Vitimologia e direito penal brasileiro: assistência à vítima. In: **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 24 maio 2010. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6931/vitimologia_e_direito_penal_brasileiro_assistencia_a_vitima>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS JÚNIOR. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1996.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA JUNIOR, Luís Geraldo. Sociologia e Antropologia Criminal: os delinquentes segundo Enrico Ferri. In: **Via JUS**, 2012. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4818>>. Acesso em 18 abr. 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14.ed. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SILVA, Nathália Ribeiro Leite. A América Latina e sua criminologia: de seu surgimento à “criminologia da libertação”. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL**, n. 5, 2016, p. 123-156.

_____. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eliana Acioly Machado de et al (coord.). **Manual prático de decisões criminais**. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas: Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL; Núcleo de Estudos Criminal, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPODIVM, 2012.

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

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.