

A ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA ENQUANTO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Isabella Demeterco

Marion Bach

RESUMO

O artigo se propõe a examinar o comportamento da vítima enquanto circunstância judicial, quando da fixação da pena-base, fase essencial à individualização da pena. Para tanto, realiza-se leitura dos dispositivos do Código Penal que tratam da dosimetria penal através de um filtro constitucional, buscando conferir àqueles uma interpretação em consonância com o princípio da presunção da inocência. Após, objetiva-se analisar as distintas possibilidades de comportamento do ofendido aptas a influenciar na valoração da reprimenda e, por conseguinte, atribuir-lhes as consequências respectivas, comparando-as (criticamente) às efetivadas na prática.

PALAVRAS CHAVE

Dosimetria da pena, circunstâncias judiciais, comportamento da vítima, pena-base.

TITLE

THE ANALYSIS OF THE VICTIM'S BEHAVIOUR AS A JUDICIAL CIRCUMSTANCE AND ITS REFLEXES IN THE PROCESS OF INDIVIDUALIZATION OF THE PENALTY.

ABSTRACT

The article intends to examine the behaviour of the victim as a judicial circumstance when determining the base penalty, which constitutes an essential phase to the individualization of the penalty. In order to accomplish this objective, a reading of the provisions of the Penal Code which deal with the dosimetry of the penalties is performed through a constitutional filter, whilst seeking to grant them an interpretation that is in line with the principle of presumption of innocence. Posteriorly, the objective is to analyze the distinct possibilities of the offended's behaviour that are able to influence in the valuation of the censure and therefore assign it the respective consequences, whilst (critically) comparing them to those made effective in practice.

KEY WORDS

Dosimetry of the penalty, judicial circumstances, victim's behaviour, base penalty.

1 INTRODUÇÃO

Ao fim da instrução probatória, comprovada a materialidade e a autoria do crime, o julgador se vê diante de difícil missão: *individualizar* a pena do condenado, de modo a homenagear o princípio insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

O Código Penal, no artigo 68, determina que o julgador deve obediência a um sistema trifásico de cálculo de pena, indicando que a primeira fase é composta das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal, a segunda fase é constituída de circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, a terceira e última etapa possui as causas de aumento e de diminuição como instrumental de análise.

Pela importância – teórica e prática – do tema, bem verdade que cada uma das referidas fases merece especial estudo e aprofundamento. Porém, o presente trabalho se cingirá tão somente ao comportamento da vítima, circunstância judicial que compõe o arsenal de cálculo da pena-base.

O tema é desafiador, eis que, como será demonstrado, a doutrina diverge em relação aos critérios de análise da circunstância judicial, bem como em relação às consequências que tal vetor pode acarretar na reprimenda. Enquanto parcela dos doutrinadores entende que o comportamento da vítima pode ser apenas interpretado de forma *neutra* ou *favorável* ao condenado, com fundamento na Exposição de Motivos da “nova” parte geral do Código Penal, outros concluem que o exame da circunstância pode gerar tanto a *manutenção*, quanto a *diminuição* ou o *aumento* da sanção.

A jurisprudência, por sua vez, apresenta posição menos divergente, mas não menos problemática. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o comportamento da vítima deve, necessariamente, ser avaliado de modo *neutro* ou *favorável* ao réu, negando a possibilidade da referida circunstância judicial pesar em desfavor do condenado. Tal compreensão se revela não apenas matematicamente equivocada - diante de um sistema de cálculo que parte já do mínimo legal em abstrato -, como também incoerente – ao dar tratamento absolutamente distinto ao comportamento da vítima e às demais circunstâncias judiciais.

Se, de um lado, os equívocos doutrinários e jurisprudenciais são recorrentes, de outro se observa que muitos julgadores simplesmente deixam de valorar o comportamento da vítima, ignorando elementos concretos aptos a subsidiar a análise e olvidando a sua importância para a *individualização* da pena.

Diante do cenário aqui brevemente descrito, o presente artigo intenta, mais do que denunciar os frequentes equívocos no que refere à influência do comportamento da vítima na fixação da pena, apresentar subsídios que permitam ao julgador, casuisticamente, uma adequada e coerente análise da circunstância judicial.

2 A DOSIMETRIA PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena vem estampado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Tal princípio – que guarda íntima relação com o princípio da culpabilidade¹ – garante não apenas que o autor do

1

“É corolário do princípio da culpabilidade o direito do indivíduo a que o Estado se pronuncie a respeito da pena a que ele faz jus. Sabidamente, o princípio de culpabilidade representa a dimensão de *democracia* do Estado social e democrático de Direito, assim, em qualquer Estado digno de ser chamado de democrático, a pena

delito tenha limitada a si mesmo a responsabilidade por seu fato delitivo. Garante “um processo de comunicação bilateral entre a pena e o autor do delito onde cada é limitador e limitado pelo outro²”.

No intuito de se cumprir tal garantia, o princípio da individualização abarca três distintos momentos: a fase legislativa, a fase judicial e, por fim, a fase administrativa.

O primeiro reflexo do princípio da individualização da pena, então, recai sobre o Poder Legislativo. No momento em que o legislador criminaliza condutas através do preceito primário da norma deve, necessariamente e atentando aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cominar, no preceito secundário, a sanção mínima e a sanção máxima decorrente.

“A prefixação dos limites mínimo e máximo para cada tipo de ilícito constitui uma consequência lógica do princípio da anterioridade da lei penal e uma das garantias fundamentais do cidadão³”.

Se é verdade que o princípio da individualização da pena é essencial à fase legislativa, também é verdade que nela não se esgota. Isso porque, muito embora o legislador deva prever *ex ante* a pena em abstrato – permitindo ao destinatário da lei penal que conheça, desde logo, os contornos da sanção –, jamais conseguirá determinar a pena *individualizada* sem analisar pormenorizadamente os elementos do caso concreto e as características do indivíduo que suportará a reprimenda. É por tal razão que o direito penal brasileiro não adota o sistema de penas fixas⁴, mas de penas que preveem *limites* mínimo e máximo.

Entra em cena, assim, o segundo momento em que é concretizado o princípio da individualização da pena: a fase judicial. O estatuto repressivo brasileiro se inspirou na Escola Positiva e reconheceu que a *individualização* da pena deve atentar não apenas à gravidade objetiva do fato, mas conferir ao julgador poderes para considerar o criminoso como a realidade viva que é⁵.

A tarefa judiciária da fixação da pena é regulada por princípios e regras de natureza constitucional e legal que determinam ao magistrado, além da obrigatoriedade de fundamentação (artigo 93, IX, CF), um roteiro que objetiva o cálculo de pena e que conta com elementos de discricionariedade – que não se confundem, evidentemente, com arbitrariedade⁶. Fala-se, pois, em *discricionariedade vinculada*.

Finda a determinação da pena concreta que será atribuída ao condenado, passa-se ao terceiro e último momento de individualização de pena, dirigido, dessa vez, ao Poder Executivo. Deve-se, nesse ponto, observar, durante o cumprimento da pena, a gravidade do delito cometido, o sexo e a idade do autor, o comportamento

que corresponde ao autor de um delito deve ser individualizada, ou seja, deve ser fixada segundo características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva. Isso porque um Estado democrático é o que respeita as individualidades das pessoas e o que lhes reconhece os direitos fundamentais a partir da individualidade como ser humano” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 870.

2 BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 207.

3 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 604.

4 “A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o ‘mal justo’ na exata medida do ‘mal injusto’ praticado pelo delinquente (...). Mas logo se percebeu que, se a *indeterminação absoluta* não era conveniente, também a *absoluta determinação* não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.” BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 751.

5 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98.

6 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 602.

carcerário, dentre outros dados que permitam *individualizar*, por exemplo, a progressão ou a regressão do regime, o livramento condicional e demais institutos relacionados à execução penal⁷.

Feita a (breve) análise dos momentos em que se concretiza o princípio constitucional da individualização da pena, resta esclarecer que o presente estudo se concentrará no segundo momento: aquele efetivado pelo Poder Judiciário. Jogará suas luzes, mais especificamente, sobre a primeira fase que compõe a dosimetria da pena.

Pois bem. A dosimetria da pena é um sistema de cálculo de pena composto de diferentes momentos. Já na vigência do Código Penal de 1940, mas em momento que antecedeu à reforma de 1984, a doutrina se dividia a respeito de quantas etapas estariam compreendidas no processo de fixação da pena. De um lado, Nélson Hungria entendia haver três fases (pena-base, agravantes e atenuantes e, por fim, causas de aumento e de diminuição). De outro, Roberto Lyra defendia o sistema bifásico e sustentava a necessidade de serem consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes concomitantemente à pena-base. Tal divergência restou superada com o advento da reforma de 1984, oportunidade na qual o Código Penal fez expressa opção pelo sistema trifásico⁸.

O artigo 68 do diploma repressivo estabelece que preliminarmente será fixada a pena-base, por meio da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Em seguida, serão analisadas as agravantes e atenuantes genéricas, previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, para que se possa alcançar a pena provisória ou pena intermediária. Parte-se, então, para a terceira e última fase, consistente na análise das causas de aumento (majorantes) e causas de diminuição (minorantes), que podem estar previstas tanto na parte geral do Código Penal, quanto nos próprios tipos penais. Com a verificação deste último instrumental, fixa-se a pena definitiva.

A doutrina revela e a prática forense confirma que cada detalhe que compõe o sistema trifásico de cálculo da pena merece, por si só, pesquisa e discussão aprofundada. Por questões metodológicas, porém, fez-se a opção por aprofundar o presente estudo em uma circunstância judicial que é – ou deveria ser – analisada na primeira fase do cálculo, e que costuma ter – embora não devesse – sua importância olvidada: o *comportamento da vítima*.

2.1 MÉTODOS DE ANÁLISE DA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL: PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE

A primeira fase do cálculo da pena, conforme visto, consiste na análise das chamadas circunstâncias judiciais, as quais estão previstas no artigo 59 do Código Penal e podem dizer respeito ao crime ou ao próprio agente: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade *do agente*, bem como os motivos, as

7 “La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extraña al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. (...) Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legislativas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas e penitenciarias”. ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 993

8 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 872.

circunstâncias e as consequências *do crime*. Há, ainda, a imposição da análise do *comportamento da vítima* quando do ato delituoso⁹.

O magistrado deve, portanto, pinçar do material produzido na instrução probatória elementos que justifiquem que a circunstância judicial deva ser considerada de forma favorável ou desfavorável ao réu¹⁰.

Antes de adentrar à efetiva análise da circunstância judicial do comportamento do ofendido, tema central do presente, há que se verificar – porque reflete diretamente nas conclusões deste estudo - o *método* de cálculo de pena-base.

O legislador, quando da criminalização primária, comina uma pena mínima e uma pena máxima em abstrato. A questão que se impõe é: qual o *ponto de partida* do magistrado, quando do cálculo da pena-base? Deve o julgador partir do mínimo legal e efetuar acréscimos na pena quando presentes circunstâncias desfavoráveis? Deve o julgador partir do máximo legal e efetuar descontos na pena quando presentes circunstâncias favoráveis? Ou deve o julgador partir do termo médio entre a pena mínima e máxima cominada em abstrato, procedendo a diminuições e aumentos conforme se revelem as circunstâncias judiciais?

O Código Penal brasileiro não traz qualquer direcionamento a respeito do tema. Nélson Hungria, jurista que esboçou os traços do sistema trifásico de dosimetria, entendia que o julgador deveria partir do termo médio¹¹. Há autores que ainda defendem referido posicionamento, como é o caso de Inácio de Carvalho Neto¹², para quem o método do termo médio se revela mais racional, e Sergio de Andréa Ferreira¹³.

Entre os que entendem que a pena deva partir do mínimo legal, citam-se José Paulo Baltazar Jr.¹⁴, José Antonio Paganella Boschi¹⁵, Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁶ e Rodrigo Duque Estrada Roig¹⁷.

A jurisprudência, por sua vez, também vem tradicionalmente se posicionando no sentido de se partir da pena mínima legal em abstrato.

9 Vale registrar que tais circunstâncias judiciais podem sofrer alterações a depender do crime analisado. É o que ocorre, por exemplo, na Lei de Drogas. O art. 42 da Lei n. 11343/2006 dispõe que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Outro exemplo é o art. 6º da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9605/1998), que estabelece que para a imposição e gradação da penalidade deverão ser considerada a gravidade e as consequências do crime para a saúde pública e para o meio ambiente, além dos antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental.

10 Importa esclarecer que as circunstâncias judiciais não são utilizadas tão somente para a fixação da pena-base, mas também, por exemplo, para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena (nos moldes do art. 33, par. 3º do CP) e para a verificação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (art. 44, III do CP).

11 “O Arbítrio Judicial na Medida da Pena”- Conferência pronunciada na Faculdade de Direito do Recife, em 09.12.41. In Comentários ao Código Penal, Forense, 5a ed. 1979, vol. V, p. 467, apud FERRAZ, Nélson. *Dosimetria da Pena*. 6a ed. Florianópolis: Editora do autor, 1988, p. 14.

12 CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 107.

13 FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 53-54.

14 BALTAZAR JR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 138.

15 “Em suma, eis, pois, a primeira regra: se o juiz nada encontrar que fundamente a alteração do cenário, reafirmará o valor positivo de cada circunstância em particular e do seu conjunto, em geral, para quantificar a pena-base no mínimo cominado no tipo correspondente ao crime. Essa é a tendência em todo mundo> reprovar o mínimo possível e só excepcionalmente em grau mais elevado”. PAGANELLA BOSCHI, José A. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 185.

16 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5a ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 96.

17 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena – limites, princípios e novos parâmetros*. 2a ed. São Paulo, 2015, p. 134.

Esta última opção parece ser a mais acertada, por diferentes razões. A primeira delas é que o legislador, quando da criminalização primária, estabelece a pena (mínima e máxima) que considera *suficiente e necessária* para reprovar e prevenir o crime¹⁸. Ou seja, o legislador, ao prever especificamente a pena mínima, reconhece que, caso imposta aquela quantidade de sanção, já é o (mínimo) suficiente para reprovar e prevenir o delito. Por tal enfoque, não se justifica que o julgador, então, quando do segundo momento de individualização da pena, parta do termo médio.

Ora, tendo o legislador estabelecido que a pena mínima em abstrato é *suficiente* para reprovar e prevenir o crime que se está a julgar, e não tendo o caso concreto nenhuma circunstância objetiva que justifique o agravamento da sanção, bem como não tendo o condenado nenhuma circunstância subjetiva que justifique o incremento da pena, é adequado que seja efetivamente a pena mínima a atribuída ao réu.

Há, ainda, uma segunda e principal razão para se entender que o julgador deve partir da pena mínima abstratamente cominada. Trata-se de reconhecer que o sistema trifásico de dosimetria da pena, inserido no Código Penal com a reforma de 1984, deve, necessariamente, ser pensado de acordo com a Constituição da República.

É cediço que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe, tal posição, supremacia, o que faz com que todas as demais normas busquem nela seu fundamento de validade e devam, obrigatoriamente, guardar com ela concordância. Assim, e para que se cumpra a obrigação de as normas – ditas fundadas – estarem em conformidade com o texto constitucional, o direito infraconstitucional deve passar por uma “filtragem constitucional”, de forma que seus institutos sejam lidos e interpretados à luz da Constituição¹⁹.

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal contempla o princípio da presunção da inocência e garante que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Referido dispositivo não garante tão somente que o sujeito seja presumidamente inocente da prática de um crime, sendo considerado culpado apenas na hipótese de existirem provas suficientes que embasem a sua condenação. O entendimento é mais amplo: implica reconhecer que as circunstâncias em geral – referentes ao *fato* ou mesmo à *pessoa* do criminoso – são *presumidamente favoráveis* ao sujeito, até que, por provas irrefutáveis, demonstre-se o oposto.

Em outras palavras: o indivíduo é presumidamente inocente e tal presunção cede com o trânsito em julgado da condenação, que resulta de provas produzidas, em seu desfavor, pela acusação – que é, registre-se, quem possui o ônus probatório. Diante do mesmo raciocínio, *presume-se que as circunstâncias judiciais*

18 Por questões metodológicas não será aprofundado o (espinhoso) tema a respeito das funções da pena. Assim, o presente estudo considerará como funções da pena aqueles trazidos pelo art. 59 do Código Penal. “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”.

19 De acordo com Luís Roberto Barroso, “o novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro in *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, jul/set. 2001. RJ: Renovar, p. 36.

dispostas no artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, ou seja, parte-se do pressuposto de que este não possui antecedentes criminais, que possui boa conduta social etc. Esta presunção cede, porém, quando as provas produzidas durante o processo revelam o oposto: que o indivíduo possui, sim, antecedentes criminais ou possui conduta social desajustada.

Assim, tem-se que o magistrado, quando do cálculo da pena-base, deve partir da pena mínima abstratamente cominada e pressupor que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu. A partir desse ponto, o julgador analisará os elementos probatórios produzidos na instrução processual e terá três conclusões possíveis: poderá verificar que a circunstância judicial analisada *não é*, no caso concreto, favorável ao réu, considerando-a *desfavorável*; poderá verificar que a circunstância judicial analisada *é*, no caso concreto, favorável ao réu, confirmando sua presunção e a considerando *favorável* e, por fim, poderá verificar que a circunstância judicial é *neutra*, ou seja, nada informa ou nada interfere na análise do crime.

Importante registrar, porém, que muito embora as circunstâncias judiciais possam ser consideradas como *favoráveis*, *desfavoráveis* ou *neutras*, ou seja, possam tecnicamente ser *valoradas de três diferentes maneiras*, em razão de a pena partir do mínimo legal – e, portanto, estar-se *presumindo* que tais circunstâncias judiciais *são favoráveis ao réu* –, o julgador poderá operar matematicamente apenas de duas formas: aumentando a reprimenda ou mantendo a pena no patamar em que já está. Leia-se: uma vez que o julgador *pressupõe* que a circunstância judicial avaliada é favorável, saindo do mínimo legal em abstrato, quando *confirma* tal presunção no caso concreto, *não deverá reduzir a pena*, sob pena de estar procedendo a uma (indevida) dupla valoração em favor do réu²⁰.

Das considerações até o momento realizadas, conclui-se que o julgador, quando da análise da pena-base, deve, em razão de uma interpretação constitucional do sistema trifásico, partir da pena mínima em abstrato e, a cada circunstância judicial considerada desfavorável ao réu, afastar a pena do *quantum* mínimo em direção ao *quantum* máximo. Por outro lado, a cada circunstância judicial considerada neutra ou favorável ao réu, deve o julgador *manter* a pena, sem proceder a reduções.

Nesse ponto, válido um esclarecimento: não se está se sugerindo uma “*equiparação*” entre circunstâncias neutras e favoráveis ao réu. Reconhece-se *valorativamente* a distinção entre ambas e isso deverá restar evidenciado quando da fundamentação por parte do julgador. Porém, o que ocorre é que *matematicamente* as situações se equiparam, em razão da interpretação constitucional da dosimetria da pena que conduz o ponto de partida da pena-base já para o mínimo legal em abstrato, impedindo posteriores reduções.

É evidente que, acaso se mantivesse o posicionamento de ter o termo médio como ponto de partida para o cálculo da pena-base – o que o presente trabalho rejeita –, a consequência matemática seria também distinta. Nessa hipótese, o julgador poderia incrementar a sanção quando diante de circunstâncias desfavoráveis, poderia reduzir a reprimenda quando diante de circunstâncias favoráveis e poderia manter a pena quando constataste a neutralidade da circunstância judicial.

20 A propósito, “Nesse ponto, para o delineamento da pena-base, o juiz, tendo por base o mínimo da pena cominada em abstrato pelo tipo penal, só poderá afastar a pena-base de tal mínimo, quando reconhecer como desfavorável ao sentenciado pelo menos uma das circunstâncias judiciais. Assim, se o juiz entender que nenhuma das oito circunstâncias judiciais é desfavorável ao sentenciado (ou seja, todas lhe são favoráveis), deverá manter a pena-base no patamar mínimo cominado no tipo.” (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 462564-3 - Campina da Lagoa - Rel.: Mário Helton Jorge - Unânime - J. 07.08.2008)

Ainda a respeito do “método de análise” da primeira fase do cálculo penal, outro ponto vale especial consideração – também por produzir resultados concretos no presente estudo. Quando o julgador verificar que a circunstância judicial que se presumiu favorável era, no caso concreto, desfavorável, em quanto deve incrementar a pena-base? Pois bem. O *quantum* de aumento não é previamente estabelecido pelo legislador – como ocorre, por exemplo, com as causas de aumento e de diminuição. Assim, o acréscimo de pena quando da verificação de circunstância judicial desfavorável fica a cargo do magistrado, que possui, nesse ponto, *discrecionarietà vinculada*.

A discrecionarietà do julgador fica vinculada, em primeiro lugar, pela própria imposição de limites mínimo e máximo realizada pelo legislador: a pena-base não poderá ser reduzida abaixo do mínimo e nem poderá ultrapassar o máximo legal. Em segundo lugar, o magistrado, assim como em todo o cálculo trifásico, deve obediência aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, para verificar o *quantum* de aumento que cada circunstância judicial desfavorável refletirá na pena-base, o julgador não pode descurar o *intervalo* existente entre o mínimo e o máximo legal cominado em abstrato. Exemplifica-se: em um homicídio simples, a pena mínima em abstrato é de seis anos, enquanto a pena máxima é de vinte anos. Portanto, há um *intervalo* de quatorze anos para que o magistrado analise e valora as oito circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP. Já no que refere ao crime de furto simples, a pena mínima em abstrato é de um ano, enquanto a pena máxima é de quatro anos, o que implica dizer que o magistrado tem apenas três anos de *intervalo* para a análise e valoração das mesmas oito circunstâncias judiciais.

Diante de tal constatação, parece evidente que o magistrado não poderá atribuir exatamente o mesmo “peso” a uma circunstância judicial desfavorável em um caso de homicídio simples e em um caso de furto simples. Para tornar mais real o argumento: não parece absurdo que o magistrado acrescente dois anos de aumento à pena-base pela existência de maus antecedentes quando da análise de um homicídio, mas parece exacerbado que se aumentem os mesmos dois anos por tal circunstância judicial desfavorável quando da análise de um furto, já que restará apenas um ano de aumento possível e sete circunstâncias judiciais a serem avaliadas.

Há autores que defendem – na intenção legítima de evitar arbítrios – a adoção de um critério matemático que define, *ex ante*, o *quantum* de aumento para cada circunstância judicial. É o caso de Mario Helton Jorge²¹, que sugere que cada circunstância judicial desfavorável eleve a pena mínima até o máximo de 1/8 da diferença entre o máximo e o mínimo abstratos previstos para o tipo penal.

Embora o intuito seja louvável, não parece ser esse o entendimento mais acertado. Os critérios matemáticos adotados quando do cálculo da pena, de fato, impedem erros de eventuais julgadores arbitrários – que são, felizmente, minoria. Porém, acabam por *engessar* os bons magistrados, retirando desses a possibilidade – que foi legalmente concedida – de analisar casuisticamente. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal é expresso em rejeitar a adoção de critérios matemáticos para a dosimetria penal, sob o fundamento de que esta é matéria sujeita a certa discrecionarietà judicial, não estabelecendo o Código Penal rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Assim, “cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da

21 JORGE, Mario Helton. Aplicação da Pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13569-13570-1-PB.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2016.

legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores²²”.

Findas as essenciais considerações sobre o *método de análise* da pena-base, passa-se, agora, à análise sobre a circunstância judicial que inspirou o presente estudo: o comportamento da vítima.

3 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL: INFLUÊNCIA NO CÁLCULO DA PENA-BASE

Realizadas ponderações acerca do método de análise da primeira fase – que terão direto reflexo na conclusão do presente estudo –, passa-se a analisar especificamente uma das circunstâncias judiciais que urge por maior destaque na doutrina e na jurisprudência: o comportamento da vítima.

Nem todo delito permite o exame da circunstância judicial em comento. Veja-se, a título ilustrativo, o caso dos crimes vagos, em que o sujeito passivo imediato é indeterminado²³ e, por isso, não permitirá análise no que refere a eventual “comportamento”. O mesmo se diga no tocante a crimes em que, muito embora haja sujeito passivo determinado, o comportamento da vítima não possui qualquer interferência na sua prática, como é o caso da receptação própria (artigo 180, *caput*, primeira parte, CP).

Segunda consideração: o comportamento da vítima pode, a depender do caso, *excluir* o crime. Por vezes, o *consentimento* da vítima afasta, por exemplo, a própria *tipicidade*²⁴. Por outras, pode servir como *causa justificante* para o ato, como é o caso da (atual) injusta agressão, que possibilita a legítima defesa. Registre-se, porém, que o presente estudo não abarca as situações em que o comportamento da vítima *exclui* o crime. Isso porque interessa analisar, justamente, a influência no cálculo da pena proveniente de condenação.

Pois bem. “O comportamento da vítima foi elevado ao *status* de circunstância judicial pela Lei 7209/84, graças aos avanços teóricos da vitimologia”, setor da criminologia que demonstra o quanto tal comportamento pode ser relevante para a eclosão do fato, para o agravamento ou abrandamento das consequências penais²⁵.

A Exposição de Motivos da “nova” parte geral do Código Penal faz menção à inclusão da referida circunstância judicial, nos seguintes termos: “fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.

22 STF, RHC 105921/PE, Primeira Turma, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão Min. Rosa Weber. Julgamento em 29.03.2016.

23 “Existe, porém, uma variedade muito grande de ilícitos penais que, aparentemente, não revelam a existência de *vítimas concretas* ou *vítimas individualizadas*, como ocorre com o homicídio, as lesões corporais, o furto, etc. Essa categoria, a doutrina anglo-americana designa de *crimes without victims* e na sugestiva expressão de Figueiredo Dias, é chamada de *crimes sem pessoas especialmente ofendidas*. (...) As infrações contra o meio ambiente e a criminalidade do *white-collar* despontam como hipótese bem claras dessa categoria de vítimas que não são identificadas pessoalmente posto constituírem a massa de ofendidos de maneira indistinta. O mesmo se poderá dizer em relação a certos ilícitos cometidos contra a incolumidade pública, a paz pública, a administração pública, etc. Em todas essas modalidades de ilícitos pode-se afirmar que a *vitimidade* é considerada como algo abstrato na medida em que as pessoas físicas não são indicadas nos tipos legais de crime.” DOTTI, René Ariel. O Problema da Vítima in *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 1, Jun. 2012, p. 853 - 862.

24 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena – limites, princípios e novos parâmetros*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 183.

25 PAGANELLA BOSCHI, José A. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 180.

Vê-se, do transcrito acima, que a Exposição de Motivos tratou da circunstância como algo a ser considerado unicamente em prol do condenado, nos casos em que a vítima é vista como *influência* para a prática delitiva, de forma a estimular o agente. Tal tratamento repercutiu no entendimento de parte da doutrina²⁶ que defende que o comportamento da vítima pode ser encarado de modo *neutro* – quando a vítima em nada interfere ou quando a vítima age no intuito de evitar o crime – ou de modo *favorável* ao condenado – quando a vítima, de alguma forma, instiga ou facilita o cometimento do crime.

Mais do que isso, o tratamento dado na Exposição de Motivos do Código Penal parece haver repercutido também no posicionamento adotado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷, que se manifestou expressamente no sentido do comportamento da vítima ser avaliado, necessariamente, como um vetor *neutro* ou como um vetor *favorável* ao condenado, excluindo a possibilidade de tal circunstância ser sopesada em *desfavor* do réu.

Não é demais lembrar, porém, dois fatores: a um, que a mencionada Exposição de Motivos não se confunde com lei, apenas a acompanha, possuindo valor doutrinário. Portanto, não se trata de interpretação autêntica do Código Penal. A dois, que foi elaborada quando da reforma do Código Penal, em 1984, momento anterior, por conseguinte, ao advento da Constituição Federal. Assim, impõe-se, agora, a realização da (re)análise do comportamento da vítima por meio da filtragem constitucional.

Diante da referida (re)análise, não se pode olvidar que o entendimento acima exposto peca em dois pontos. Preliminarmente, ao partir a pena-base do mínimo legal – em razão da interpretação que respeita o princípio da presunção da inocência – referida interpretação conduz à possibilidade de uma (indevida) dupla valoração favorável ao réu. Sim, pois a pena-base parte do mínimo legal *pressupondo* que o comportamento da vítima foi avaliado como *favorável* ao réu. Se, diante de provas concretas, se *confirma tal presunção*, a pena deve tão somente ser mantida como correta e não *novamente* ser minorada.

Há, em segundo lugar, a *quebra da uniformidade de critério de análise da pena-base*, pois, diferentemente de todas as demais circunstâncias judiciais, o comportamento da vítima se restringe às hipóteses em que se revela neutra ou benéfica ao acusado. “Não parece correta esta interpretação, por razões lógicas, mais do que jurídicas. É que se trata de uma circunstância judicial. Em princípio, todas as circunstâncias judiciais têm por característica essencial poderem ser consideradas contra e a favor do réu. Caso ela fosse considerada apenas em favor do réu, deveria constituir uma atenuante genérica e não uma circunstância judicial²⁸”.

Pois bem. Configurado o crime, no que se refere ao comportamento do ofendido, há que se partir do pressuposto que, diferentemente do que sugere a Exposição de Motivos do Código Penal, pode existir – assim como ocorre com as demais circunstâncias judiciais - interpretação *neutra*, *favorável* ou *desfavorável* ao réu. Como bem explicita Juarez Cirino dos Santos, o comportamento da vítima para o crime pode ser nenhuma, no

26 Rodrigo Duque Estrada Roig, já citado. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena – limites, princípios e novos parâmetros*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 183; MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 337; GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2015, p. 196;

27 Vide STJ, HC 193759/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, data de julgamento 18.08.2015; STJ, HC 203754/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, data de julgamento 18.08.2015; STJ, AgRg no AgRg no AREsp 185850/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Ericson Marinho, Rel. para Acórdão Min. Nefi Cordeiro, data de julgamento 08.03.2016.

28 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 886.

caso de vítimas inocentes; pode ser parcial, como no caso de vítimas ingênuas ou descuidadas e pode ser equivalente à contribuição do autor, no caso de provocação em crimes violentos²⁹.

O comportamento da vítima, especificamente, pode guardar as seguintes relações com a ocorrência do crime: pode, em um primeiro exemplo, a vítima agir para evitar o crime; pode, em sentido oposto, influenciar, de algum modo, a prática criminosa e, por fim, pode figurar neutralmente, não contribuindo para e nem evitando o delito. Obviamente, a depender do comportamento da vítima, a consequência na pena *poderia* ser a manutenção, o incremento ou a redução do *quantum*. Porém, por partir a pena-base do mínimo legal, pressupondo que o comportamento da vítima foi avaliado como favorável, *matematicamente* passa a ser possível, após a análise concreta, apenas a *manutenção* ou o *incremento* do *quantum* de pena.

Não bastasse o primeiro equívoco interpretativo acerca do comportamento da vítima, acima mencionado, o que se vê, na práxis, é que quase sempre a pena-base é mantida no patamar originário sob o fundamento (genérico) de que “a vítima em nada contribuiu para o crime”, prescindindo o julgador de realizar exame acurado do caso concreto e efetivamente valorar referido vetor, equiparando situações que são distintas e conferindo, ao final, pena equivalente aos agentes, em ofensa à individualização da pena e ao princípio da culpabilidade.

Tal conclusão é corroborada por dados coletados por Fábio Bergamin Capela, em dissertação de mestrado intitulada “Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes³⁰”. O pesquisador examinou 750 (setecentas e cinquenta) sentenças criminais proferidas por Varas Criminais do Foro Central de Curitiba³¹, no período compreendido entre março de 2011 a dezembro de 2012. Apurou-se que, de 483 (quatrocentas e oitenta e três) sentenças condenatórias, em nenhuma houve alusão ao comportamento da vítima³².

O presente estudo pretende, assim, evidenciar que o comportamento da vítima não recebe a devida atenção quando do cálculo da pena-base, bem como (tentar) contribuir com o tema, oferecendo subsídios para que o julgador possa, casuisticamente, *efetivamente* analisar e *corretamente* valorar referida circunstância judicial.

a) A primeira hipótese vislumbrada se refere a situações em que a vítima *age para evitar o delito*, ou seja, ocasiões nas quais, por meio de uma ação, ela busca impedir a ocorrência do crime, o que autorizaria a exasperação da pena em virtude da referida circunstância judicial, pela necessidade de se apenar com mais rigor o agente que, mesmo diante de dificuldades (e desestímulos) para a consecução de seus fins, opta por prosseguir na prática criminosa.

Em razão da exasperação advir justamente do *enfrentamento* do agente no que refere aos obstáculos pela vítima impostos – o que revela, de regra, maior *audácia* na prática delituosa –, há que se verificar se o

29 CIRINO DOS SANTOS, Juez. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 116.

30 CAPELA, Fábio Bergamin. Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/29582>. Acesso em 28 de abril de 2016.

31 Provenientes da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª Varas Criminais, além da 1ª e 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri.

32 O autor discorda da conclusão do presente artigo, afirmando que a circunstância deve ser utilizada como forma de reduzir a pena-base.

agente efetiva e previamente *conhecia* as circunstâncias desestimuladoras, sob pena da exasperação conter traços de responsabilidade objetiva.

Alguns exemplos podem ser facilmente citados, muito embora não apreciados na prática pelo magistrado, que se limita, muitas das vezes, a consignar em sua decisão que não houve contribuição do ofendido para o delito, sem exame pormenorizado e devido do caso em concreto.

No âmbito dos delitos contra o patrimônio, deve-se considerar como atitude da vítima que busca impedir a prática delituosa a adoção de sistema de alarme, segurança, monitoramento ou qualquer outro meio indicativo de que pretendeu evitar o crime. Evidencia-se, dessa forma, que “o comportamento da vítima foi de dotar de maior segurança o objeto do furto e ela contribuiu, com tal comportamento, para evitá-lo, o que levou a uma maior agressividade delitiva do autor, devendo ser sopesada em seu desfavor³³”.

Assim, acertado é o entendimento segundo o qual o agente que opta pelo delito mesmo diante das circunstâncias mencionadas é merecedor de maior censura em comparação com aquele que ingressa em residência sem (ostensiva) segurança. Trata-se simplesmente de conferir a pena justa e proporcional àqueles que praticaram conduta tipificada como crime contra o patrimônio, mas em circunstâncias – referentes ao comportamento da vítima - diversas.

Em se tratando de delitos em âmbito doméstico, aponta-se a situação recorrente do agente que pratica o crime em face de vítima que busca do agressor se esquivar - alterando número de telefone, evitando contato pessoal com ele e até mesmo pleiteando judicialmente o seu afastamento. Ora, por certo que desconsiderar o comportamento do ofendido na decisão condenatória é equiparar tal situação àquela em que o réu lesiona vítima que não age dessa maneira. São situações distintas, cujos agressores merecem penas diferenciadas diante do desestímulo oriundo da conduta do ofendido e ignorado pelo agente.

Da mesma forma, situações em que a vítima reage inicialmente à abordagem³⁴, grita por socorro ao pressentir a aproximação do agente, busca movê-lo da prática criminosa, além de um sem número de outros exemplos também configuram hipóteses desfavoráveis ao acusado e aptas a acarretar, em consequência, aumento de pena.

As hipóteses citadas são bastante comuns na prática, mas ignoradas muitas vezes quando da prolação da sentença condenatória, em desrespeito às especificidades do feito e à necessidade de individualizar a reprimenda.

Não se tem a pretensão de enumerar com esse trabalho todos os casos em que o agente merecerá maior censura em decorrência do comportamento da vítima que busca evitar o crime, já que é tarefa inatingível e apenas o caso concreto poderá nortear o exame.

Pode-se, contudo, traçar uma fórmula geral para avaliar se o agente deve receber maior apenamento em virtude da circunstância em comento: se do exame da conduta do ofendido se verificar que houve a tentativa de evitar o delito, a servir de efetivo *desestímulo* ou real dificuldade à prática criminosa, e o agente, mesmo assim, pratica-o, a pena deverá ser majorada em decorrência do vetor, visto que a conduta enseja maior censura.

Nessa perspectiva, não há como se sustentar a inviabilidade do acréscimo de pena do agente nessas situações, como o faz parte da doutrina e a jurisprudência majoritária, já que, rememore-se: a) todas as

33 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 886.

34 Considerou-se, em julgamento pelo TJPR, como circunstância judicial desfavorável – comportamento da vítima - no crime de homicídio, na forma tentada, o fato de a vítima se esquivar do réu (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 588400-6 - Cambé - Rel.: Luiz Osorio Moraes Panza - Unânime - - J. 01.10.2009

circunstâncias judiciais podem ser interpretadas em favor, em desfavor ou de forma neutra ao condenado; b) a exposição de motivos nada mais é do que uma interpretação doutrinária do texto legal e cede quando contrastada com o sistema de dosimetria da pena lido sob a ótica constitucional; c) não há nada, do ponto de vista legal, que diferencie o comportamento da vítima das demais circunstâncias judiciais e entendimento diverso leva à quebra da uniformidade de critério de análise da pena-base; d) a fixação da pena parte do mínimo legal diante da presunção de que as circunstâncias são favoráveis ao agente, e em caso de confirmação da presunção, não há nova redução da sanção; ao contrário, no caso em que a presunção é infirmada, o aumento é medida imperativa.

b) Passa-se, agora, à análise da segunda hipótese, diametricamente oposta à anterior – caso em que a conduta do ofendido configura um *atrativo para a prática delitiva*.

A primeira – e difícil – questão que exsurge diz respeito às condutas do ofendido aptas a serem consideradas como incentivo para o delito.

Na jurisprudência já se considerou o fato de a vítima deixar o bem - objeto da subtração (motocicleta) - com a chave na ignição, como ensejador do reconhecimento da circunstância em benefício do acusado³⁵. A este respeito, importa registrar que nenhuma conduta *lícita* praticada pela vítima pode ser sequer reconhecida – do ponto de vista valorativo - de forma favorável ao acusado³⁶. Nessa mesma linha, como pontuou Fernando Galvão, o comportamento da vítima não deve ser alvo de uma reprovação indireta, eis que não se podem desconsiderar os limites da *liberdade individual*³⁷.

Neste diapasão, não há como se considerar favorável ao acusado o comportamento da vítima que chega de madrugada em casa, ostenta joias ou se revela descuidada. Isso porque tais situações são exemplos de – se é que se pode assim tratar - *oportunidade*, mas não constituem *atrativo* para a prática do delito, já que inseridas no campo de liberdade da vítima³⁸.

Ainda a respeito dos contornos da hipótese, não se pode associar ao conceito de “comportamento da vítima” *definições conservadoras e moralistas*, tal qual a apresentada pela Exposição de Motivos, de modo a considerar o “pouco recato” - consubstanciado, por exemplo, em roupas chamativas e sensuais – em benefício do

35 Não obstante, já se decidiu: “Entretanto, como bem alerta a douta Procuradoria Geral de Justiça, o MM. Juiz sentenciante cometeu um pequeno lapso ao não considerar que “a personalidade do réu não pode ser determinada com base em eventuais antecedentes criminais, mas sim mediante análise de peculiaridades em seu caráter, como frieza e emotividade exacerbada”; ao demais, embora reconhecida, uma circunstância judicial favorável ao apenado - comportamento da vítima que deixou a motocicleta estacionada na calçada com a chave de ignição -, tal circunstância não foi considerada na fixação da pena-base e, ante a presença de uma circunstância desfavorável - subtração de um bem avaliado em R\$ 2.850,00 e não recuperado - e, outra, favorável a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal e, a seguir, a aplicação da agravante da reincidência.” (TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 441367-4 - Mamborê - Rel.: Eduardo Fagundes - Unânime - - J. 06.03.2008)

36 “Então tem-se, a priori, que nenhuma conduta lícita praticada pela vítima deve ser tomada em consideração para atenuar a responsabilidade do autor do delito. E esta é justamente a primeira dificuldade a ser enfrentada no trato dessa circunstância: os limites da liberdade individual da vítima. Conforme registra Lélío Braga, ‘a liberdade é o mandamento básico do Estado Democrático de Direito; a não liberdade, a exceção’. Diante disso, o fato de a vítima andar com roupas sensuais, de conduzir o veículo com as janelas abertas em ambiente reconhecidamente violento, de deixar a porta de casa sem trancas de modo algum deve ser utilizado para atenuar a ação delituosa por meio dessa circunstância. As vítimas têm o total direito de praticar tais condutas, não sendo lícito impor uma menor gravidade às ações que as vitimam por conta de tais situações.” CHAVES Junior, Airo; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Circunstâncias judiciais objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima). In: *Teoria da pena*. Coordenação: Paulo César Busato; organização Alexey Choi Caruncho. Curitiba: Juruá, 2014, p. 100.

37 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 742.

38 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 742.

réu³⁹ -, já que a vítima possui liberdade para se vestir da forma que desejar sem que isso possa ser considerado atrativo para delito contra a dignidade sexual⁴⁰.

Quanto a este aspecto, já se decidiu que “a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido, assim como não desnaturam o crime sexual praticado, com violência presumida, contra menor de 14 anos, não servem para justificar a diminuição da pena-base, a título de comportamento da vítima”⁴¹.

Em traços gerais, é possível afirmar que os comportamentos do ofendido considerados *favoráveis* ao agente são verificados mais facilmente por exclusão: não podem estar compreendidos na *seara de liberdade da vítima* e não podem ser verificados, obviamente, através de critérios *moralistas e preconceituosos*.

Registre-se, a título exemplificativo, decisão⁴² que reconheceu que “no crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal, não há compensação de culpas entre agente e vítima. Todavia, tal fato pode repercutir na fixação da pena-base, no que diz respeito à circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima”⁴³.

O segundo aspecto é que, enquanto circunstância judicial, o comportamento da vítima que influi na prática delituosa não pode ser confundido com a situação consagrada como atenuante (artigo 65, III, c), ou seja, quando o agente pratica o delito *sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima*; ou causa de diminuição da pena, para alguns crimes específicos, como é o caso do homicídio e das lesões corporais (artigos 121, §1º, e 129, §4º)⁴⁴. Em se configurando o comportamento da vítima como atenuante ou causa de diminuição de pena, o exame passa, respectivamente, para a segunda e terceira etapas da dosimetria da pena, excluindo-se, portanto, qualquer valoração quando da fixação da pena-base e se evitando, por conseguinte, *bis in idem*.

39 Ainda que com a consequente manutenção da pena no mínimo.

40 Veja-se, inclusive, que a nomenclatura constante da exposição, “crimes contra o costume”, é ultrapassada, já que a Lei 12.015/09, conferindo viés protetivo à liberdade sexual e não à moral sexual média da sociedade, passou a denominar o Título VI do Código Penal “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

41 STJ, REsp 897.734/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015

42 STJ, HC 193.759/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015.

43 Tal decisão revela problema que exige maior estudo e aprofundamento, mas que, por ora, apenas se registra: o fato da análise do comportamento da vítima estar previsto no art. 59 do CP – que, através da (re)interpretação com filtro constitucional, considera as circunstâncias judiciais presumidamente favoráveis ao réu – acaba por impossibilitar a redução da pena em casos de culpas concorrentes. Isso porque: a) a pena não pode ser reduzida na primeira fase, mas apenas mantida ou exacerbada e b) não há como lançar a culpa concorrente como atenuante inominada no art. 66 do CP, posto que este dispositivo abarca apenas situações não previstas em lei (e o comportamento da vítima está, efetivamente, previsto no art. 59 do CP). Diante dos dispositivos atuais que abordam a dosimetria da pena, por todas as razões já expostas no presente estudo, esta é a única interpretação coerente. Entretanto, não se ignora que em termos de individualização e mesmo em termos de justiça, não parece o mais adequado equiparar a pena de agente que provoca, sozinho, acidente de trânsito e de agente que, embora tenha agido com culpa, se veja envolvido em acidente no qual houve significativa culpa da vítima. Proposta de solução, porém, ficará para um próximo estudo.

44 “Tendo sido reconhecida pelo Tribunal do Júri a incidência da atenuante genérica de ter o réu agido sob violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, não há falar também em redução da pena por comportamento da vítima, como circunstância judicial, eis que possuem a mesma função ontológica.”(STJ - REsp: 658512 GO 2004/0094302-1, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 25/02/2008, T6 - SEXTA TURMA, DJe 07/04/2008)

Ainda, outro aspecto que merece exame diz respeito à *consequência* da conduta da vítima considerada em prol do condenado. Não há dúvidas quanto à possibilidade de se reconhecer – valorativamente –, situações nas quais a vítima contribui para a prática do delito, reputando-se a circunstância como favorável ao agente.

Diverge-se, todavia, quanto à solução da doutrina e jurisprudência majoritárias, que defendem que a conclusão acarreta necessariamente a diminuição da reprimenda do condenado⁴⁵, já que, como se sustentou, análise constitucional dos dispositivos do Código Penal que tratam da dosimetria da pena implica necessariamente na conclusão de que qualquer exame deve partir da pena mínima, eis que se pressupõe que todas as circunstâncias judiciais são ao réu favoráveis. Dessa maneira, a constatação de que a circunstância é benéfica ao condenado apenas reforça a presunção inicial, inalterando o patamar penal previamente fixado.

Entendimento diverso poderia levar à fixação da pena-base aquém do mínimo, o que afrontaria o inciso II do artigo 59 do Código Penal, que estabelece que, com base nas circunstâncias judiciais, o juiz fixará a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos em lei - sanção mínima e máxima cominada ao delito.

Nessa perspectiva, poder-se-ia cogitar em diminuição da pena em virtude da conduta do ofendido apenas em se considerando que a reprimenda parta de termo outro que não o inicial, ou seja, defendendo-se o chamado “termo médio” ou exame com início na reprimenda máxima - no entanto, como também já se sustentou, entende-se que interpretações conforme à Constituição Federal impedem tal raciocínio.

Aliás, a título informativo, análise prática indica que a maioria dos juízes parte da pena mínima quando diante da primeira fase da dosimetria⁴⁶. Não obstante, a maioria também diminui a pena quando diante da “circunstância favorável”, o que acaba por beneficiar o réu duplamente.

c) Por fim, há que se reconhecer hipóteses em que a vítima *não age de modo a dificultar* a prática do crime e *também não atua no sentido de favorecer* referida prática. São situações em que o comportamento da vítima se mantém neutro.

Pois bem. Em relação a esta terceira hipótese, em que a vítima em nada contribui para a prática do delito, os entendimentos são também divergentes. Parte significativa dos aplicadores do direito conclui pela neutralidade de tal circunstância, *deixando de valorá-la*, já que, em suma, referido vetor só receberia valoração negativa caso a vítima efetivamente agisse para evitar para a prática delituosa e positiva caso a vítima efetivamente favorecesse tal prática.

Em sentido contrário, há quem sustente que a *não contribuição da vítima* para o delito *por si só* representa fundamento para o aumento de pena, na primeira fase, sob o argumento de que a circunstância só será

45 APELAÇÃO CRIME - LESÃO CORPORAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE CONTRIBUIU PARA A PRÁTICA CRIMINOSA - VALORAÇÃO FAVORÁVEL AO RÉU - REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA - AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA F, DO CÓDIGO PENAL - HIPÓTESE QUE INTEGRA O TIPO PENAL - EXCLUSÃO - IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 493, DO STJ - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1054353-8 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Marcos S. Galliano Daros - Unânime - - J. 19.09.2013)

46 É o que se constata da dissertação de Fábio Bergamin Capela, já referida. Todas as 483 (quatrocentas e oitenta e três) sentenças condenatórias analisadas iniciaram a fixação da pena-base pelo patamar mínimo, de forma acertada.

neutra se não existirem dados a revelar o comportamento da vítima ou quando não se falar em comportamento da vítima⁴⁷.

Embora se reconheça a distinção entre o caso em que *fica provado que a vítima em nada contribuiu* com a prática do crime e o caso em que *não fica provado se a vítima contribuiu de algum modo*, optou-se por não considerar a condição *neutral* – que é o primeiro caso – em desfavor do réu. Isso porque as circunstâncias judiciais que “nada dizem” ao crime não devem ser sopesadas, seja em favor ou em desfavor do condenado. Ademais, não parece adequado equiparar a situação na qual a vítima efetivamente age para evitar o delito àquela em que não há qualquer atuação do sujeito passivo, de forma a aumentar indistintamente a pena do réu.

A pena do condenado, assim, apenas poderá sofrer (devido) acréscimo quando evidenciado que efetivamente merece maior censura, ou seja, que a despeito de a vítima ter agido para evitar ocupar tal posição – a de ofendido –, o acusado prosseguiu na prática criminosa, revelando maior audácia ou empreendendo esforços mais significativos no ato contrário à lei.

Não é o que se conclui quando a vítima *simplesmente deixa de atuar em qualquer sentido*. Em não havendo qualquer contribuição da vítima para o crime – que facilite ou dificulte o seu cometimento – outra não pode ser a conclusão senão o reconhecimento da neutralidade da circunstância e a consequente manutenção da pena do condenado.

Por fim, mas não menos importante, há que se atentar para hipótese em que, embora haja (aparentemente) comportamento da vítima, tal atuação advém, em verdade, de *induzimento* ou *coação* (física ou moral) do próprio réu. Os exemplos não são raros: o agente que obriga a própria vítima a dirigir automóvel para que possa efetivar um crime de roubo, o agente que coage, sob grave ameaça, a vítima a verificar eventual presença de forças policiais para que, assim, seja possível a fuga, dentre outros.

Nessas hipóteses, registre-se: *não há que se falar em* – e, portanto, não há que se analisar – comportamento da vítima, posto que a vítima ou não apresenta conduta (na situação em que é utilizada como massa mecânica) ou não apresenta culpabilidade (por inexigibilidade de conduta diversa). O *comportamento*, nesses casos, é *do próprio agente* e é assim que deve ser avaliado. Leia-se: quando o agente obriga a vítima a participar do delito, não se fala em comportamento da vítima a ser valorado – positiva ou negativamente. Se fala, isso sim, em comportamento do réu que, justamente por obrigar a vítima a participar ativamente da prática criminosa, pode ter sua pena exacerbada quando da análise, por exemplo, da *culpabilidade* ou das *circunstâncias* do crime.

4 CONCLUSÃO

47 BERTASSO, Marcelo. Comportamento da vítima: para que serve? Disponível em: <https://mpbertasso.wordpress.com/2009/05/11/comportamento-da-vitima-para-que-serve/> Acesso em 28 de abril de 2016. E já decidiu o TJPR: “[...] 3 – O comportamento da vítima, como circunstância judicial, não importa na redução da pena-base quando aquela contribui para a prática delituosa. Somente há exasperação da pena quando a vítima em nada contribui para o crime. O que esta circunstância judicial visa não é beneficiar o agente quando a vítima contribui para o crime, pois o crime jamais é justificável, e sim tornar mais reprovável a conduta quando a vítima não possui qualquer participação. (TJPR – 1ª C.Criminal – AC 0457122-2 – Jaguapitã – Rel.: Juiz Subst. 2º G. Luiz Osorio Moraes Panza – Unanime – J. 09.10.2008)

O tema abordado no presente artigo – a análise do comportamento da vítima enquanto circunstância judicial - não foi escolhido pelas autoras. Em verdade, o próprio tema se elegeu, em razão do ingrato tratamento a este dispensado: ou tinha sua importância olvidada ou era interpretado de forma errônea.

A partir daí, a sequência desenvolvida no presente estudo se revelou lógica e necessária: preliminarmente, se impôs a discussão a respeito dos critérios de análise por parte do julgador quando da fixação da pena-base. Concluiu-se que, diante de uma (re)interpretação da dosimetria penal, em consonância com os princípios estampados na Constituição Federal, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal deveriam ser, necessariamente, presumidas como *favoráveis* ao condenado.

Tal presunção implica em reconhecer que a pena-base é, inicialmente, aquela prevista como a pena mínima legal em abstrato. Assim, quando, com base nos elementos concretos produzidos durante a instrução criminal, se verificar que a circunstância judicial *não é favorável* ao condenado – contrariando a presunção inicial –, a pena deve ser exacerbada e, portanto, afastada em direção ao máximo legal em abstrato. Quando, porém, a circunstância judicial se confirma como favorável ao réu ou se revela neutra, outra possibilidade não há que não a manutenção da pena previamente estabelecida (sob pena de se estar valorando duplamente a circunstância, em favor do réu).

O comportamento do ofendido, então, passou a ser examinado a partir das referidas premissas. Verificou-se que o comportamento da vítima pode ocorrer de três distintas maneiras. A primeira hipótese vislumbrada se refere a situações em que a vítima *age para evitar o delito*, ou seja, ocasiões nas quais, por meio de uma ação, ela busca impedir a ocorrência do crime, o que autorizaria a exasperação da pena em virtude da referida circunstância judicial ser considerada *desfavorável* ao condenado e pela necessidade de se apenar com mais rigor o agente que, mesmo diante de dificuldades (e desestímulos) para a consecução de seus fins, opta por prosseguir na prática criminosa.

A segunda hipótese, diametricamente oposta à anterior, é caso em que a conduta do ofendido configura um *atrativo para a prática delitiva*. Nesse caso, de mais difícil, mas não impossível, verificação prática, a pena deverá ser *valorativamente* considerada como *favorável* ao condenado, mas matematicamente deve a pena ser mantida, em razão da vista impossibilidade de se reduzir a pena na primeira fase da dosimetria penal.

A terceira e última hipótese trata-se de situação em que a vítima *não age de modo a dificultar* a prática do crime e *também não atua no sentido de favorecer* referida prática. São situações em que o comportamento da vítima se mantém neutro. Embora se reconheça, nesse ponto, a distinção entre o caso em que *fica provado que a vítima em nada contribuiu* com a prática do crime e o caso em que *não fica provado se a vítima contribuiu de algum modo*, optou-se por não considerar a condição *neutral* – que é o primeiro caso - em desfavor do réu. Isso porque as circunstâncias judiciais que “nada dizem” ao crime não devem ser sopesadas, seja em favor ou em desfavor do condenado.

Assim, não obstante a Exposição de motivos da “nova” parte geral do Código Penal - fruto da Reforma de 1984- induza à conclusão de que a pena não poderá ser exacerbada em virtude de comportamento da vítima, entende-se que tal interpretação – que não se trata de interpretação autêntica e, portanto, não possui força legislativa - revela-se equivocada, do ponto de vista lógico e sistemático.

Crítica-se, conseqüentemente, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o comportamento da vítima deva ser considerado apenas de forma neutra ou favorável ao condenado, impossibilitando a análise da referida circunstância judicial em desfavor do réu.

Mais do que criticar os posicionamentos existentes – muito embora mereçam a crítica – o presente estudo objetivou fornecer subsídios à uma *efetiva análise* e a uma *correta valoração* do comportamento da vítima aos aplicadores do direito, de modo que tal circunstância judicial seja devidamente analisada e possa, assim, contribuir com o que se busca: a constitucionalmente garantida *individualização da pena*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena*. 5a ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BALTAZAR JR, José Paulo. *Sentença penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro in *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, jul/set. 2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BERTASSO, Marcelo. Comportamento da vítima: para que serve? Disponível em: <https://mpbertasso.wordpress>.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César (Coord.), CARUNCHO, Alexey Choi (Org.). *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAPELA, Fábio Bergamin. Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/29582>. Acesso em 28 de abril de 2016.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.
- CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DOTTI, René Ariel. O Problema da Vítima in *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 1, Jun. 2012, p. 853 - 862.
- FERRAZ, Nélson. *Dosimetria da Pena*. 6a ed. Florianópolis: Editora do autor, 1988.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2015, p. 196.

JORGE, Mario Helton. Aplicação da Pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13569-13570-1-PB.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2016.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAGANELLA BOSCHI, José A. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena – limites, princípios e novos parâmetros*. 2a ed. São Paulo, 2015.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. BASSO, Stephan Nascimento. “Fundamentos da pena”. In: BUSATO, P. C. (Coord.); CARUNCHO, A. C. (Org.), *Teoria da Pena*. Série direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 13-24.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.