

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

DULCIANA QUEROBIM FARIA

**O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA
PENA.**

CARANGOLA

2017

DULCIANA QUEROBIM FARIA

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA
PENA.**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.**

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Ricardo

CARANGOLA

2017

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de conclusão de Curso intitulado O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA, elaborada pela aluna **DULCIANA QUEROBIM FARIA**, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola-MG, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Carangola, MG, _____ de _____ de 2017

Prof. Orientador:

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito realizar um estudo da forma como a circunstância judicial do comportamento da vítima pode influir na aplicação da pena base. O Código Penal, determina no artigo 59, as circunstâncias que devem ser observadas no momento da dosimetria da pena, sendo o comportamento da vítima uma das elencadas. É evidente que a conduta da vítima, no momento da prática criminal pode vir influenciar na ocorrência do delito, no entanto, tem o Superior Tribunal de Justiça entendido que tal circunstância somente deve ser valorada quando for para o benefício do réu, ocorre que, este entendimento apresenta-se equivocado, pois não teria sentido, somente uma das circunstâncias judiciais previstas na lei, possuir forma de valoração distinta das demais, uma vez que, não existe qualquer limitação na norma nesse sentido.

Palavras-chave: Vítima. Circunstância judicial. Dosimetria da pena.

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate how the judicial circumstance of the victim's behavior may influence the application of the basic penalty. The Criminal Code, in article 59, determines the circumstances that must be observed at the moment of the dosimetry of the sentence, and the behavior of the victim is one of the listed. It is evident that the conduct of the victim, at the time of the criminal practice may influence the occurrence of the crime, however, has the Superior Court of Justice understood that such circumstance should only be valued when it is for the benefit of the defendant, it occurs, this understanding is wrong, since it would not make sense, only one of the judicial circumstances provided by law, to have a different form of valuation, since there is no limitation in the rule in that sense

Keywords: Victim. Judicial Circumstance. Dosimetry of the sentence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 - PENA	7
1.1 Origem e Evolução histórica	7
1.2 Conceito de Pena	9
2 - APLICAÇÃO DA PENA.....	11
2.1 Sistemas de aplicação da Pena	11
2.1.1 Sistema Bifásico.....	11
2.1.2 SistemaTrifásico.....	12
2.1.2.1 Pena base	14
2.1.2.1.1 Circunstâncias judiciais – Artigo 59 do Código Penal	15
3 - O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA	20
3.1 Vitimologia e o comportamento da vítima no Direito Penal	20
3.2 Classificação dos tipos de vítimas	23
3.3 Valoração do comportamento da vítima	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

INTRODUÇÃO

A aplicação da pena na sentença penal condenatória é de extrema relevância, por se tratar do momento em que o magistrado cumprindo o mandamento constitucional do art. 5º, XLVI, que determina a pena individualizada.

A fixação da pena deve ser realizadas em três etapas, onde primeiramente será fixada a pena base atendendo-se ao critério do art. 59 do Código Penal; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Tais fases buscam individualizar a pena do acusado e com isso se alcançar uma condenação justa.

Dessa forma, o intuito do presente trabalho é apresentar como o comportamento da vítima pode influir na dosimetria da pena, quando da fixação da pena base. Existe na doutrina e Jurisprudência divergência sobre a forma em que deve ser valorada a circunstância judicial do comportamento da vítima. Alguns doutrinadores sustentam entendimento de que esta deve ser valorada amplamente seja para agravar a pena ou para diminuí-la. No entanto, existem aqueles que acreditam que tal circunstancia somente pode ser valorada se for para o benefício do réu.

A metodologia adotada nesta pesquisa é a jurídico exploratória, que será realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem e descrição qualitativa, embasada em material obtido por meio de livros jurídicos, periódicos especializados, acórdãos publicados na internet, tendo ainda sido realizada pesquisa legislativa e jurisprudencial sobre o assunto.

Para tanto, será apresentado o presente em três capítulos, onde no primeiro se tratará dos Conceitos e histórico da Pena, posteriormente da aplicação desta, principalmente quanto a fixação da pena base, dando atenção especial as circunstâncias judiciais, e por fim, no último capítulo se tratará do estudo do comportamento da vítima.

1 PENA

1.1 Origem e evolução histórica

A pena possui sua origem desde a época do homem primitivo. Quando os homens começaram a se reunir em grupos, para garantirem sua sobrevivência, se viram na necessidade de reprimir qualquer tipo de agressão que algum membro do grupo viesse a sofrer, passando assim a punir o estranho que se opusesse contra algum valor coletivo ou individual. Se fosse membro da tribo este era banido, se fosse um forasteiro era punido com a morte.

A punição inicialmente era privada, apesar de quase sempre vir lastrada por justificativas religiosas. Garcia (1982, p. 13), sobre a particularidade das penas, discorre:

[...] era a vingança privada, violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava.

As penas buscavam reparar a ira das divindades, com o intuito de garantir a ligação entre homem e deuses. Isso se dava diante do caráter religioso das normas, e quando estas eram violadas, as divindades eram ofendidas automaticamente, sendo as penas aplicadas uma forma de garantir que os deuses continuassem a protegê-los e restaurar a harmonia entre o grupo.

Posteriormente, as tribos viram a necessidade de a pena ser mais proporcional, tendo em vista que eram basicamente uma vingança privada. Sobre o tema explica Nogueira (2006, p. 12):

Com o passar do tempo, as penas foram se caracterizando pela vingança privada, a qual não estava submetida a qualquer critério de proporcionalidade. O mal do delito correspondia a outro mal, numa forma de reação cega, não regulada por noções de justiça. Durante este período, o cometimento de um delito provocava não só a reação da vítima, mas também de seus parentes e até de toda a tribo o clã.

Com isso, criou-se a necessidade de limitar-se a extensão da pena, para que viesse atingir tão só o autor imediato e direto do delito.

Surgiu assim o Código de Hamurabi, na Babilônia, que ficou conhecido como "lei de talião". Tal norma buscava evitar o fim das tribos e limitar a retaliação do mal sofrido, devendo a pena ser proporcional ao mal sofrido, o que evitava que a vingança se estendesse a outros membros da família. A lei de talião, se tratou de importante precedente do princípio da proporcionalidade entre a ofensa sofrida e a punição.

Quando da fundação de Roma, a pena possuía o mesmo caráter religioso, e era necessária para aplacar a ira dos deuses. Com a separação do Estado e a religião, em 509 a. C., e a criação da República romana, a pena passou a ser responsabilidade do Estado, e uma vez que o soberano, era a figura de Deus na Terra, a pena continuou mantendo o caráter religioso, só que agora sua finalidade real era a manutenção da autoridade e poder do soberano.

Ao longo do tempo a pena passou por diversas mudanças, principalmente após o surgimento do Estado, que passou a ser o único com legitimidade para exercer o *jus puniendi*. Prado (2001, p. 34) sobre a pena e sua evolução dispõe:

Primeira época, *crimen* é atentado contra os deuses. Pena meio de aplacar a cólera divina; Segunda época, *crimen* é agressão violenta de uma tribo contra a outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; Terceira época, *crimen* é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Outra fonte que influenciou fortemente na evolução das penas é o Direito Canônico, originado na Igreja Católica, que aos poucos se expandiu, passando a reger também a população em geral e, não só os membros da igreja. Um dos principais influenciadores da humanização das penas no processo penal, uma vez que tinha por finalidade fazer com que o infrator se regenerasse por meio do arrependimento.

Logo em seguida surge o Direito Penal Comum, que se caracterizou pela cruel execução da pena, onde se almejava através de tortura alcançar a confissão dos acusados. A estes não era concedido nenhum direito de defesa.

Tais excessos só começaram a ser combatidos com a propagação da filosofia iluminista, onde surgiu um forte apelo pela humanização do Direito Penal. A partir dos ideais iluministas, houve a separação da pena com a religiosidade, pois se tinha a ideia de que o delito violava o contrato social.

Cesare Beccaria foi um dos principais nomes no combate a tortura das penas, ao escrever sua obra "Dos Delitos e das Penas", ele criticou fortemente as práticas de tortura e humilhação aplicadas as penas, assim como a pena de morte. O renomado autor deu início ao período humanitário, no Direito Penal. No entanto, somente com a Revolução Francesa, no ano de 1789, é que os Direitos Humanos se consolidou e escolheu a pena privativa de liberdade para ser meio de punição para as pessoas que viessem a cometer um crime. O Iluminismo, portanto, alcançou uma reforma normativa na área do Direito Penal, ao conseguir fazer com que a pena adquirisse um caráter mais humanitário.

1.2 Conceito de pena

O homem como ser social, tende a ser naturalmente abusivo no exercício de seus direitos. Daí surge a necessidade da intervenção estatal que estabelece normas que regulamentam a convivência social, para que os membros da sociedade possam viver em harmonia. O Estado assim, buscando inibir eventuais abusos de direito e pacificar as relações de conflito, se vale de dispositivos de punição. Assim surge a pena, como um modo retribuir o mal causado a sociedade, pelo rompimento do ordenamento jurídico. Portanto as sanções impostas aos membros de uma sociedade, por violar as normas de convivência social, são consideradas *última ratio*.

Luiz Regis Prado (2001, p. 34) dispõe que: "O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídico-penais ou medidas de segurança (conceito formal)."

O ramo do Direito Penal tem por objetivo a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. E a pena é vista como uma sanção por uma conduta que afronte esses bens jurídicos, mercedores de proteção por parte do Estado.

Quando se tem em análise a pena, vários são os conceitos que se encontram nas doutrinas brasileiras, no entanto, em todos eles, a finalidade retributiva se apresenta como característica elementar.

Pode-se dizer que a pena trata-se de uma sanção pela violação de uma norma protetora de um determinado bem jurídico.

Fernando Capez (2011, p. 384-385) conceitua pena como sendo uma:

sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Para Greco (2015, p. 533) pena "é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*."

Nucci (2014, p. 308), dispõe que a pena "é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes".

Assim, diante dos conceitos apresentados, verifica-se o caráter retributivo da pena, mas outras finalidades podem ainda ser observadas como a preventiva, onde a pena serve como meio de coibir que eventuais condutas delitivas venham a ocorrer.

Passa-se agora ao estudo da aplicação da pena no sistema penal brasileiro, para melhor compreender o tema central deste trabalho, que é a forma como a circunstância judicial comportamento da vítima, pode vir a influenciar na dosimetria da pena.

2 APLICAÇÃO DA PENA

2.1 Sistemas de aplicação da pena

Existem na doutrina dois sistemas de aplicação da pena, sendo eles, o método bifásico e o método trifásico. No primeiro a dosimetria da pena é realizada em dois momentos, já no método trifásico, se tem a aplicação da pena através de três momentos distintos, sendo eles, a análise das circunstâncias judiciais, posteriormente a das agravantes e atenuantes da pena e por fim as causas de aumento e diminuição da pena.

O método trifásico é o utilizado atualmente na aplicação das penas no processo criminal, no entanto, relevante conhecer-se um pouco mais de cada um dos métodos aqui apresentados.

2.1.1 Sistema Bifásico

O sistema bifásico é de autoria de Roberto Lyra, e segundo este, no momento da fixação da pena base o magistrado deve analisar as circunstâncias judiciais e legais. Assim, seriam valorados para a aplicação da pena-base fatores como a culpabilidade, as circunstâncias e motivos do crime, o comportamento da vítima, a conduta social, os antecedentes e personalidade do acusado, bem como, as agravantes e as atenuantes.

Em um segundo momentos, seriam analisadas as causas de aumento e de diminuição da pena.

Tal método de aplicação da pena, foi duramente criticado, por não demonstrar o quanto foi acrescido ou diminuído da pena-base quando da análise das agravantes e atenuantes. Outro motivo de crítica era o fato de as circunstâncias legais se sobressaírem as judiciais.

Nesse sentido se posiciona Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 271):

Embora seja este um critério prático - não seria suficiente para o cumprimento do referido dever, uma vez que permitiria a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais, além de obstar uma adequada sindicabilidade quanto as circunstâncias agravantes consideradas pelo aplicador.

Nesse quadro o réu é plenamente prejudicado, uma vez que seu direito de ampla defesa é mitigado por não poder tomar conhecimento dos motivos e fundamentos que levaram o juiz a dosar a pena em tal medida.

Assim, diante das fortes críticas a este sistema é que o legislador passou adotar o método trifásico para a dosimetria da pena, sendo este o previsto pelo Código Penal brasileiro. O método trifásico surgiu para proteger o direito de defesa do réu mas também a sociedade, por se tratar de critério mais transparente quanto a pena aplicada.

2.1.2 Sistema Trifásico

O método trifásico, adotado pelo sistema penal brasileiro, foi criado por Nélson Hungria, e é composto por três fases de valoração da pena de acordo com o caso concreto.

Como já mencionado, tal método foi criado com o intuito de proteger o réu em seu direito de ampla defesa, tendo o direito de ter conhecimento dos motivos que levaram o magistrado competente a fixar a pena específica.

Portanto, quando da aplicação da pena, deve ser observado o método trifásico, adotado pelo Código Penal em seu art. 68 que aduz que: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 de Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Assim, em um primeiro momento se fixa a pena-base, levando-se em consideração a valoração das circunstâncias judiciais, sendo o comportamento da vítima, uma circunstância judicial, e a que mais interessa para o presente estudo. As circunstâncias judiciais estão elencadas no artigo 59, do Código Penal:

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 o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940)

Como visto, em uma primeira etapa o juiz deve avaliar as circunstâncias judiciais destacadas no artigo colacionado acima, sobre estas devem incidir as circunstâncias legais, ou seja, as atenuantes e agravantes da pena, que se encontram previstas nos artigos 61, 62 65 e 66 Código Penal. Dessa forma pode o juiz aumentar ou diminuir a pena de acordo com seu entendimento, observando as circunstâncias preponderantes. Deve ainda sobre o cálculo alcançado após a segunda etapa, incidir as causas especiais de aumento ou diminuição da pena que se encontram espalhadas nas normas penais.

Assim, o juiz para realizar a dosimetria da pena deve realizar cálculo aritmético onde se tem por índice central o valor da pena base, devendo sobre esta ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como, as causas de aumento e de diminuição de pena. Seguindo a tal sistema, deve-se, então fixar a pena base e fundamentar a aplicação de cada circunstância, pois, caso assim não o seja, a ação penal pode ser anulada, por ofender o direito à ampla defesa do réu.

Mirabete e Fabbrini explicam que a adoção desse sistema impede a avaliação de diferentes circunstâncias simultaneamente, ao mesmo tempo que possibilita um maior controle da aplicação da pena, podendo ser observado se os princípios inerentes a esta estão sendo respeitados. (MIRABETE; FABBRINI, 2009, p. 299).

Vale ressaltar que o magistrado deve apresentar fundamentação para cada fase da aplicação da pena, em especial, quando se tratar de causas de aumento da pena. É a fundamentação essencial para que o réu possa exercer, o seu direito à ampla defesa, e com isso atender ao seus melhores interesses.

Importante salientar ainda que o dever de fundamentar as decisões judiciais está previsto no texto constitucional, mais precisamente, no artigo 93, inciso IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Portanto, percebe-se que é de extrema relevância a fundamentação da decisão judicial que condena e estipula pena ao réu, devendo ainda ser dada maior atenção a fundamentação das fases de aplicação da pena, para que possa o réu se defender de eventual abuso quando da fixação da reprimenda penal.

2.1.2.1 Pena Base

A identificação da pena base se resume na primeira etapa da aplicação da pena, e se dá em regra pela análise das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, que determina que devem ser apreciadas para a fixação desta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, e ainda o comportamento da vítima, devendo “tais circunstâncias serem cotejadas com os escopos de reprovação e prevenção do crime.” (ROIG, 2015, p. 115)

A pena base deve ser aplicada como se não existisse qualquer tipo de circunstâncias modificadoras, se alcançando a pena base, aí sim deverá ser analisadas as modificadoras, e estas incidiram sobre o valor alcançado inicialmente. Boschi (2013, p. 187), afirma que:

Como o próprio nome sugere a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP).

Portanto, a pena base deve ser encontrada se analisando somente as circunstâncias judiciais do artigo 59, do CPP, e deve corresponder a pena real sem a influência de qualquer tipo de causa que modifique a pena.

As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, geralmente são divididas em subjetivas e objetivas. Na primeira classificação se enquadram a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade do agente, bem como os motivos do crime. Já nas objetivas se tem as circunstâncias do crime propriamente ditas, suas consequências e ainda o comportamento da vítima diante do fato delituoso.

Portanto, claro está que não devem ser analisadas nessa fase qualquer tipo de causa elementar do tipo penal incorrido ao acusado condenado, muito menos, as qualificadoras, sejam atenuantes ou agravantes, nem as majorantes ou minorantes, pois a avaliação destas deve ocorrer em fase específica do sistema de aplicação da pena, para que não se corra o risco de *bis in idem*.

Vale ressaltar que a pena base poderá ser fixada em tempo maior que o mínimo legal, desde que existam circunstâncias judiciais desfavoráveis para o acusado que está sendo condenado, contudo, não é permitido que esta seja fixada com tempo abaixo do mínimo ou ainda tempo maior que o máximo legal, pois se não, que sentido teria a fixação dos limites máximos e mínimos da pena.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, editou à Súmula 440 que destaca que “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

Após a análise de como deve ser alcançada a pena base, necessário um estudo sobre as circunstâncias judiciais, para que, assim, possa-se entrar no tema central do presente trabalho.

2.1.2.1.1 Circunstâncias judiciais – Artigo 59 do Código Penal

As circunstâncias judiciais apresentadas no artigo 59 do Código Penal, devem, como já mencionado, serem usadas de parâmetro para a fixação da pena base.

A culpabilidade, é a primeira a ser analisada, e está relacionada com a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente, devendo ainda ser observado o grau de censurabilidade da conduta, ou seja, se a conduta tipificada é das mais ou menos censuráveis, diante dos elementos de convicção apresentados no processo.

Quando a conduta tipificada se tratar de crime doloso, a vontade do agente em realizar o crime deve ser examinada, já nos crimes culposos, deve ser detectada as modalidades da culpa, quais sejam, a imprudência, imperícia e negligência. Portanto, imperativo se faz a realização de ponderação sobre o

nível de gravidade apresentado na inobservância do agente dos deveres de cuidado, sendo o utilizado como parâmetro a conduta do homem médio.

A culpabilidade portanto, está fortemente relacionada com a dosimetria da pena, estando intimamente ligada com a graduação da pena. Quanto maior a censurabilidade da conduta maior sua reprovação e conseqüentemente maior a pena deve ser.

Souza (2006, p. 132) pontua que da apreciação da circunstância judicial deve-se levar em conta, ainda as condições do agente:

A reprovabilidade deve ser investigada sob o aspecto das condições pessoais do autor do delito, da situação fática e concreta em que este ocorreu, levando em conta o comportamento exigido no caso real e outros elementos, como o grau de instrução, condição social, vida familiar e *antecessa*, cultura e o meio social onde vive ou viveu o agente.

Vale destacar que a culpabilidade está relacionada ao pouco valor dado ao bem jurídico tutelado, ou seja, a indiferença demonstrada pelo acusado na hora do cometimento do crime.

A próxima circunstância apresentada é os antecedentes, que significa pesquisar os fatos pretéritos ao crime cometido, ou seja, à vida pregressa do acusado condenado. Este poderá apresentar bons ou maus antecedentes, de acordo com o comportamento anterior à prática do crime.

Discussão já ultrapassada na doutrina, era o entendimento de alguns doutrinadores, em considerar como maus antecedentes qualquer ação penal que o agente figurasse como réu. No entanto, tal posicionamento não teve muita prospecção, uma vez que infringia o princípio da inocência.

A presunção de inocência, é um dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, consagrado pela Constituição de 1988, e deve ser observado quando da aplicação da pena, pois o simples fato de se ter processo penal incorrendo contra si, não pode ser motivo para ser considerado maus antecedentes, uma vez que este pode ainda ser absolvido no fim do processo.

Dessa forma, necessita-se que se tenha o trânsito em julgado da sentença condenatória para que se constate os maus antecedentes, não bastando somente a instauração de processo penal no qual figure como réu.

Vale informar que nem todas as condenações anteriores podem ser consideradas como maus antecedentes, sendo entendido como este somente as condenações que já tenham mais de cinco anos, pois se não, teria-se claro caso e reincidência, configurando-se assim o *bis is idem*.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta a súmula 241 que indica que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Portanto, apenas as condenações com mais de cinco anos é que podem ser usadas para o estabelecimento dos maus antecedentes.

Destaca-se que as condenações que não puderem ser usadas como parâmetro para a análise dos maus antecedentes, ou ainda para a reincidência na segunda fase, podem ainda ser observadas para circunstância judicial da personalidade do agente, de modo que não ocorra a utilização do mesmo fato duas vezes, e ainda para se ter clara a individualização da pena.

Souza (2006, p. 134) novamente sobre o assunto explica que:

Não podem ser levados em conta para aferição de maus antecedentes: 1) inquéritos policiais ou ações penais em andamento, arquivadas ou pendentes de recurso, ou sobre as quais incidiu a prescrição da pretensão punitiva e suas modalidades (retroativa, subsequente, art.110, §§ 1º e 2º, CP); 2) Causas de extinção de punibilidade ocorridas antes do trânsito em julgado da ação penal (ex. art. 107, V, CP); 3) decisões absolutórias; 4) Ações penais concernentes a *atos posteriores* à infração penal judicialmente apreciada, logicamente, porque os antecedentes referem-se à vida *anteacta* do agente.

Por fim, vale salientar que passagens pela polícia antes de alcançada a maior idade penal, não podem ser consideradas como maus antecedentes.

A próxima circunstância judicial apontada no artigo 59 do Código Penal é a conduta social, que pode ser definida como o comportamento do acusado condenado no meio social, ou seja, deve ser verificado como este agia quando em convívio como os familiares, amigos, colegas de trabalho, ou ainda na sua vizinhança.

A conduta social do acusado, portanto, pode ser considerada boa ou má, sempre visualizando como é o comportamento do réu na sociedade. É comum ser verificada a conduta social do acusado através da oitiva de testemunhas, que informem sobre condutas que o desabonem ou não.

Relevante ressaltar que somente podem ser consideradas para a verificação da conduta social do réu, as informações constante nos autos sobre sua vida em sociedade. Não havendo, portanto, qualquer informação nos autos que possam ser usadas como elementos da conduta social, deve ele se valer das provas no processo, não podendo de maneira alguma fazer conjecturas.

A personalidade do agente se apresenta como outra circunstância judicial a ser averiguada para a aplicação da pena base, devendo para esta ser considerada o caráter do réu, verificando se este tem inclinação a prática de crimes, de acordo com sua boa ou má índole.

Diferentemente dos maus antecedentes, as infrações penais praticadas antes da maior idade, podem ser utilizadas como elemento para se estabelecer se a personalidade do réu é negativa para a dosimetria da pena.

E como já mencionado, as condenações com mais de cinco anos que não podem ser levadas em conta para a caracterização dos maus antecedentes ou da reincidência, podem aqui serem observadas para se demonstrar se o réu possui personalidade voltada a prática de crimes.

Por fim, observa-se que deve ser verificado para a constatação da personalidade do agente, se a prática da conduta reprovada foi apenas um caso isolado ou não.

Os motivos do crime, é circunstância judicial que aprecia os fatores que levaram ao cometimento do crime. Os motivos do crime que podem ser aqui analisados, é somente os que não impliquem em qualificadoras, agravantes, ou ainda majorantes e atenuantes, ou seja, qualquer causa de aumento ou diminuição da pena, para que aqui também não ocorra o *bis is idem*.

As circunstâncias do crime propriamente ditas indicam a materialidade do delito, como o objeto usado, tempo em que ocorreu o crime, o local em que se deu o ato delitivo, ou ainda, sua forma de execução.

À vista do exposto, salienta novamente que aqui só podem ser consideradas as circunstâncias que não se presentem como elemento de causa de aumento ou diminuição da pena, agravantes, minorantes e majorantes.

As circunstâncias do crime propriamente ditas se referem aos meios utilizados para se praticar o delito, ou seja, os instrumentos, objetos usados na prática do delito, a forma que o réu praticou o crime e sua relação com a vítima.

A consequência do crime, é circunstância judicial que trata dos efeitos que o ato criminoso causou, ou seja, os danos provocados pela prática do delito. Verifica o grau dos danos causados a sociedade e a vítima, pela prática de conduta tipicamente recriminada.

Por fim, se tem o comportamento da vítima, tema central do presente trabalho. Muito se tem discutido sobre o comportamento da vítima influenciar para a ocorrência do crime. Esta circunstância judicial avalia a participação da vítima no acontecimento do crime.

Contudo, tem que se ter extremo cuidado para a análise desta circunstância, para não se inverter os papéis e no final ser a vítima condenada, através de um juízo de valor sobre sua conduta, que supostamente teria levado a prática do crime contra si, no entanto, deve sempre se ter em mente que não foi ela que praticou o crime.

3 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E SUA INFLUÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA

3.1 Vitimologia e o comportamento da vítima no Direito Penal

O crime, bem como, seus efeitos na sociedade a muito vem sendo estudado por uma ótica científica. Dentre os estudiosos dessa área se tem Cesare Lombroso, que apresentou algumas teorias significativas sobre o assunto, como a de que o ser humano poderia ter uma natureza criminosa.

Tais teorias sustentavam que o crime era pautado em fatores biológicos do ser humano, tais como, o psicológico, ou a epilepsia, e ainda a “loucura moral”, que seria um a deficiência da moral e bons costumes, que atinge a responsabilidade do indivíduo, tornando ele incapaz de apreciar os princípios morais (FERREIRA, 2004, p. 95).

Obviamente que as teorias de Lombroso não lograram muito êxito, no entanto, seus estudos foram relevantes uma vez que o objeto de seus estudos era um sujeito envolvido com o crime. Outro estudioso sobre o tema foi Ferri, que lançou teoria mais aceita atualmente, segundo ele os problemas criminais estavam envolvidos com questões sociais. (LIMA; SILVA, 2016, p. 130).

Contudo, não foi tais teorias suficientes para se compreender as razões dos crimes. Vários outros estudiosos sobre o assunto foram surgindo, levando eles ao estudo de outro personagem sempre presente na prática de crimes, qual seja, a vítima.

Ferreira (2004, p. 95) afirma que o estudo da vítima é de extrema relevância, tanto quanto, o estudo do agente criminoso, tendo em vista a vítima poder ser considerada como como “verdadeira meio criminal”. De outro modo, mesmo que não se configure a vítima como causa criminógena, não se pode deixar de lado o papel da vítima na prática do crime

Dessa forma a vítima passou a ser considerada como um sujeito de direitos dentro do espectro criminal, por ter participação mesmo que indireta na ocorrência do crime. Atualmente, tal fato pode ser atribuído aos ideias do garantismo penal, que oferece a vítima uma especial proteção. (ARAÚJO NETO, 2010).

Certo é que a vitimologia é uma ramificação da criminologia, que, de tem por objetivo examinar: a) o comportamento dos delinquentes em relação às suas vítimas; b) o comportamento de suas vítimas em relação aos criminosos; c) até que ponto a vítima concorreu para a produção do crime; d) a desdita do homem criminoso (FARIAS JÚNIOR, 1996, p. 249)

Cruz (2010), por sua vez afirma que “a vitimologia é uma ciência autônoma que procura tratar da vítima com fundamental valorização dentro do sistema penal”.

Ainda sobre o assunto Shecaira (2014, p. 54) aduz 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.

Logo, passou a vítima se um dos personagens mais estudados quando o assunto é a compreensão dos motivos que encadeiam a prática de crimes. Sendo, portanto, a vítima “o nome que se dá ao sujeito passivo da relação que tem no polo ativo o autor da ação. Vítima é a pessoa que sofre a lesão ou ameaça de lesão” (FERREIRA, 2004, p. 97).

Já para Guilherme de Souza 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”.

Dessa forma percebe-se que a vítima trata-se da pessoa do ofendido, ou seja, aquela que sofreu o dano, independentemente de ser ele jurídico, patrimonial, moral ou físico.

Assim, percebe-se que a vítima foi ganhando destaque na seara do Direito Penal, existindo na legislação vários momentos onde a vítima é tratada de maneiras diferentes. A expressão “vítima” é encontrada no Código Penal em diversos momentos, o que demonstra as reais intenções do legislador em indicar casos especiais, nos quais, devem ser observados os critérios objetivos e subjetivos da vítima.

Vale lembrar que existem alguns crimes que não terão a presença e uma vítima específica, exemplo seriam os crimes de perigo abstrato. Nesse casos a vítima é a sociedade ou o ordenamento jurídico. (NUCCI, 2014, p. 716-717).

Ferreira (2004, p. 99), apresenta classificação para as vítimas em: a) completamente inocentes, designadas vítimas ideais; b) menos culpadas do que o delinquente, conhecidas como vítimas por ignorância; c) tão culpadas como o delinquente, chamadas de provocadoras; d) mais culpadas do que o delinquente, chamadas de pseudovítimas; e) como únicas culpadas, ou agressoras.

Cruz (2010), sobre a classificação da vítimas, aponta:

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.

O legislador viu a necessidade de se dar maior atenção ao caso das vítimas, sendo imperioso, portanto, estudo sobre o comportamento da vítima quando da prática de crimes. Várias foram as situações abordadas no Código Penal, em que se devem analisar tal comportamento com cuidado, devido as peculiaridades apresentadas, que podem aumentar ou diminuir a pena do agente criminoso.

O Código Penal, faz referência ao comportamento da vítima, em sua exposição de motivos, informando que tais situações foram abordadas tendo em vista, o comportamentos delas serem muitas das vezes, pode ser considerado como “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, 1940). Nesse diapasão é que o comportamento da vítima pode ser compreendido como sendo “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).

Tem que se ter em mente que o elemento orientador para a análise do comportamento da vítima, possui limitações nos casos em que a vítima apresenta efetiva contribuição para o crime, se entendendo por efetiva aquelas

realizadas consciente ou ainda inconscientemente mas que resultem no acontecimento do crime, o que pode levar ao reduzimento ou a exclusão do tipo de injusto ou ainda a reprovação do autor. Como exemplos de tais comportamentos se teria facilitação, a provocação, a negligência, o estímulo, entre outras (SANTOS, 2008, p. 576). Surge, portanto, a necessidade de aprofundar o estudo do comportamento da vítima, como meio que poderá levar ao aumento ou a diminuição da pena aplicada ao agente. Sendo realizado claro, juízo de reprovação da conduta ilícita tipificada, que não deve ser confundido como o consentimento do ofendido.

3.2 Classificação dos tipos de vítimas

O estudo da Vitimologia apresenta diversas formas de classificação dos tipos de vítimas. Sendo escolhido para o presente trabalho a mais comum adotado pelos doutrinadores.

Primeiramente se tem a vítima completamente inocentes, ou ainda vítima real ou ideal, que seriam aquela que agem inconscientemente, ou seja, totalmente estranha à ação do agente criminoso. Seria aquela que não participou em nada para o ocorrência do crime, seria o caso por exemplo de uma vítima de incêndio.

A próxima seria a vítima menos culpada que o delinquente ou vítima por ignorância, que são aquelas que involuntariamente contribuem para o início do crime, existindo nesse caso um certo nível de culpa levando assim a pessoa a virar uma vítima, ou seja, devido a determinado grau de culpa ou ainda através de um ato com menos reflexão se torna uma vítima, exemplo, desse tipo de vítima seria a mulher provoca um aborto, por se valer de meios impróprio, pagando assim por sua ignorância.

A vítima tão culpável quanto o infrator ou vítima voluntária, que seria o tipo de vítima suicida, por contar com a sorte, podendo nesse caso ser considerada tão criminoso quanto o próprio, exemplo claro seria a jogo de roleta russa, ou a eutanásia.

Na categoria de vítima mais culpável que o delinquente, também conhecidas por vítimas provocadoras, se tem aqueles de forma clara e efetiva incitam o agente a prática do crime; seriam exemplos, as vítimas que por

imprudência ocasionam acidente de trânsito, por não terem autocontrole, mesmo existindo certa parcela de culpa do agente infrator. Se tem como exemplos, quem esquece o automóvel aberto ou com as chaves na ignição.

Por fim se tem as vítimas mais culpáveis ou unicamente culpáveis, que são aquelas que o agressor acaba por se transformar em vítima. Quando cometendo uma infração o agressor vira vítima exclusivamente por culpa sua, seria o caso de uma legítima defesa, onde se diz que a vítima é também infratora. Nesses casos, geralmente se tem a absolvição do acusado.

Por fim, se fará no próximo tópico um estudo da valoração do comportamento da vítima.

3.3 Valoração do comportamento da vítima

Alguns doutrinadores só veem sentido na circunstância do comportamento da vítima se esta for usada exclusivamente para beneficiar o réu em sua defesa, não podendo ser usada se for para prejudicar a situação do acusado.

Schmitt (2015, p. 133), sobre o assunto explica que nos casos em que a vítima não tenha tido qualquer participação para a prática criminal, não deve valorar seu comportamento, devendo esta ser considerada, portanto, como uma circunstância judicial neutra.

No entanto, verifica-se que não existe mandamento normativo que determine qual circunstância judicial deve ser analisada quando da fixação da pena base, como neutra quando sua valoração for considerada negativa ao agente agressor.

Já segundo Queiroz, as circunstâncias judiciais “tanto podem servir para agravar quanto para atenuar a pena inicial.” (QUEIROZ, 2012, p. 783)

Cesar Roberto Bitencourt por sua vez aduz 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”. (BITENCOURT, 2014, p. 783). Conclui ainda o autor, que “todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu.” (BITENCOURT, 2014, p. 783).

Acredita-se, no entanto, que a intenção do legislador quando da criação da norma, era simplesmente impor que se fizesse a análise das circunstâncias apresentadas no art. 59, de maneira ampla, seja para reprimir ou prevenir a prática de crimes.

Isto posto, percebe-se que a circunstância do comportamento da vítima influencia claramente na avaliação da culpa do réu, devendo o magistrado, diante da discricionariedade que lhe é auferida, examinar com devida cautela se a participação da vítima foi ou não maior do que a do agente na hora do cometimento do delito, decidindo assim, se cabe aumento ou diminuição da culpabilidade deste, tudo proporcionalmente aplicado de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pela réu. (FERREIRA, 2004, p. 99). Delmanto segue mesma linha de raciocínio, veja-se:

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).

Vale ressaltar que, diferentemente das demais circunstâncias, o comportamento da vítima não foi abordado quando da especificação das causas que geram a diminuição da pena, ou ainda, no rol de atenuantes. Assim, o comportamento do vítima está expresso como circunstância judicial, e deve ser valorado corretamente, não podendo apenas restringi-lo, de modo que somente o réu possa ser beneficiado com sua valoração.

Obviamente que existem sim as vítimas provocadoras, no entanto, o comportamento destas deve influir de maneira mais ou menos relevante, pois da mesma forma que existem as vítimas provocadoras, existem aquelas que não tiveram qualquer tipo de culpa, ou participação para a prática criminal, e nestes casos; deve sim haver maior reprovação da conduta ilícita praticada pelo agente. Portanto, o que deve ser examinado é o nível de reprovação do comportamento, uma vez que as ações do ofendido podem motivar maior ou menor reprovação da conduta do acusado. (BRANDÃO, 2010, p. 381).

Além da grande divergência existente na doutrina sobre o tema, os Tribunais também não chegaram ainda a um consenso. Segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, que sustenta que o comportamento da vítima não deve ser valorado para prejudicar o réu:

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

Contudo, como tal decisão não possui efeito vinculante, alguns Tribunais tem mantido posicionamento diverso, confrontando, desta forma, o entendimento da STJ. O que é caso 2ª e 4ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) e do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB), que aduzem que:

[...] 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, consequências 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)

Como já mencionado, os Tribunais inferiores não necessitam acatar o entendimento do Corte Superior, pois, tem estas direito ao seu livre

convencimento motivado, devendo nos casos que lhe são apresentados “aplicar a norma de acordo com a sua convicção” (NADER, 2011, p. 178).

A respeito do posicionamento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, Barros Lima (2016, p. 23) acredita ser condizente com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Devendo a análise das circunstâncias judiciais se darem sob o prisma dos referido princípios, já tendo em vista serem estes essenciais a uma boa aplicação na norma, uma vez que tais princípios constitucionais e penais são imprescindíveis para uma condenação justa.

Buscando conferir maior razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da pena base é que se tem sugerido critério mais igualitário quando da avaliação das circunstâncias judiciais, tendo em vista não ter havido qualquer previsão legislativa sobre como se deve realizar tal valoração, assim sugere-se que se trate as oito circunstâncias igualmente, correspondendo assim, cada circunstância a 1/8 (um oitavo) da pena em abstrato estipulada no tipo penal. (SCHIMITT, 2015, p. 150-152).

Contudo se for acatado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, onde não se deve valorar o comportamento da vítima para aumentar a pena base do condenado, tal critério não teria sucesso. Assim Schimitt apresenta quatro correntes que indicam o modo como se deve proceder na hora de realizar o cálculo, ao mesmo tempo o mesmo autor afasta as três primeira teorias por não entender serem estas satisfatórias.

Dessa forma a corrente adotada por Schimitt (2015, p. 159), sustenta que o grau de valoração deve permanecer como 1/8 (um oitavo), pois assim, o condenado ainda teria a chance de ter a sua pena estipulada no máximo legal, Argumenta ainda que tal critério de valoração deve ser considerado relativo, pois a depender de cada caso concreto, poderá ainda o agente ter pena fixada no máximo legal, ou ainda, bem próxima deste, dependendo do nível de periculosidade do réu.

No entanto, entende-se que aplicação de tal corrente acarretaria em fixação de pena sem a observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não devendo assim de imediato ser afastada as três primeiras correntes expostas por Schimitt. Neste sentido é que se encontra a incoerência sobre como deve ser realizado a valoração do comportamento da

vítima como uma das circunstâncias judiciais, na hora do cálculo da pena base, reforça o posicionamento que defendido no presente trabalho.

Assim, entende-se que se o percentual de 1/8 (um oitavo) correspondente ao comportamento da vítima, ficar limitado aos casos em que o julgador deverá analisar o caso concreto, não se encontra sentido a adoção do critério apontado por Schimitt, qual seja, cada circunstância representaria 1/8 (um oitavo) da pena, tendo em vista, o poder do magistrado de aumentar a pena de acordo com o seu livre convencimento, desprezando assim o percentual estabelecido para cada circunstância, sendo totalmente violado os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ainda à segurança jurídica.

Tendo em vista o legislador ter fixado, o comportamento da vítima como circunstância judicial, logo no primeiro artigo, que trata da aplicação da pena base revela a importância dada a essa circunstância, bem como, a intenção do legislador, em conceder ao comportamento da vítima ampla análise.

Pois se não, não teria qualquer motivo para se ter elencado oito circunstâncias judiciais, e apenas o comportamento da vítima ser valorado de forma diferenciada, sendo esta impossibilitada de agravar a pena do acusado. Entende-se, portanto, que a jurisprudência da corte superior se encontra totalmente equivocada ao determinar que tal circunstância somente pode ser usada para benefício do réu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena como visto, pode ser entendida como reprimenda por comportamento ilícito, ao mesmo tempo que busca ressocializar o agente praticante do delito. Na legislação brasileira, a pena deve ser aplicada em três etapas como estipula o artigo 68 do Código Penal, tratando este do sistema trifásico. Na primeira fase desse sistema de aplicação da pena, será fixada a pena base através da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Sendo o comportamento da vítima umas dessas circunstâncias elencadas.

Percebeu-se ao longo deste estudo que a fixação da pena deve estar sempre orientada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Servindo estes de limite imposto para que juízes não ajam com arbitrariedade na hora do julgamento do réu. Ressaltou-se ainda que toda a decisão judicial que impõe ao réu pena a ser cumprida, deve estar sempre fundamentada, de modo a permitir que o acusado exerça seu direito de ampla defesa, e possa questionar a decisão lhe imposta, caso com essa não concorde.

Mas o questionamento central deste trabalho se concentrou na valoração da circunstância judicial do comportamento da vítima. Viu-se que o tal comportamento é causa influenciadora da pena, no entanto, a doutrina não encontra-se pacificada sobre a forma que deve se suceder a valoração deste comportamento. Sendo certo, que a conduta da vítima pode vir a influir na ocorrência do crime, alguns estudiosos tem entendido que esta circunstância somente pode ser considerada se for para benefício do réu, esse é o posicionamento sustentado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto este não é o entendimento defendido no presente trabalho. Acredita-se que, tendo o legislador fixado, o comportamento da vítima como circunstância judicial, deve esta ser analisada da mesma forma que as demais circunstâncias, de forma ampla, podendo esta influenciar positiva ou negativamente na pena do condenado.

Pois se não, não teria qualquer motivo para se ter elencado oito circunstâncias judiciais, e apenas o comportamento da vítima ser valorado de forma diferenciada, sendo esta impossibilitada de agravar a pena do acusado. Entende-se, portanto, que a jurisprudência da corte superior se encontra

totalmente equivocada ao determinar que tal circunstância somente pode ser usada para benefício do réu.

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.

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. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, - Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 20 de maio de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 22 no. 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&sequencial69391990&num_registro=201302779803&data=20170321&tipo=51&formato=PDF>. 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 ago. 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

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

GARCIA. Basileu. **Instituições de direito penal**. vol.I. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus, 2015.

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.

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.

NOGUEIRA. Sandro D' Amato. **Vitimologia**. Brasília: Jurídica, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

PRADO. Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

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

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.