



Núcleo de Pesquisa e Monografia
Graduação em Direito

WESLEY SIDOU PIMENTEL

**A DOSIMETRIA DA PENA E A CO-CULPABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Brasília/DF

2011

WESLEY SIDOU PIMENTEL

**A DOSIMETRIA DA PENA E A CO-CULPABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

Brasília/DF

2011

Dedico este trabalho a minha família, especialmente esposa e a meu filho GABRIEL, este pelo permanente carinho, compreensão e amizade, sentimentos que se resumem em uma única palavra: amor. Na oportunidade, não poderia deixar de fazer uma menção especial a minha mãe, exemplo de doação ao próximo e determinação, assim como minha irmã, amiga de todas as horas, a quem muito devo por toda contribuição dada a minha formação.

AGRADECIMENTOS

Sinto-me feliz por ter a quem expressar minha gratidão ao término deste trabalho acadêmico. Sem hierarquizá-los pelo grau de importância, agradeço ao Criador, fonte de todo saber, por ter proporcionado saúde, luz, equilíbrio e a oportunidade para concluir este bacharelado e desenvolver esta monografia. Expresso, na oportunidade, meus sinceros agradecimentos ao professor e orientador, George Leite, pelas esclarecedoras e sempre precisas observações realizadas no transcorrer desta obra, como também ao corpo docente do Uniceub, com o qual tive o privilégio de auferir valiosos ensinamentos. Também não poderia deixar de render minhas homenagens aos jovens colegas alunos deste reconhecido Centro Universitário, com os quais pude desfrutar de momentos agradáveis e de muito aprendizado.

RESUMO

Esta monografia objetiva analisar a dosimetria da pena sob o aspecto legal, jurisprudencial e doutrinário, notadamente quanto à discricionariedade que o magistrado possui para valorar as circunstâncias judiciais, legais e causas de aumento ou diminuição da pena e, com olhar apurado, a atenuante do artigo 66 do Código Penal no que diz respeito à aplicação da co-culpabilidade do Estado, por coadunar-se esta atenuante com princípios constitucionais, desde que em caso concreto, o agente se encontre em vulnerabilidade social, baixa escolaridade e o crime não ofenda a integridade física da vítima. Antes, porém, de adentrar no cerne da questão, a obra versou sobre a importância da dosimetria da pena, trazendo a conhecimento a utilidade da pena ao longo história, como também, descortinando as principais teorias das escolas do Direito Penal e da criminologia.

Palavras-chave: dosimetria – atenuante - pena - co-culpabilidade - Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A APLICAÇÃO DA PENA NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE	10
1.1 Período Primitivo	10
1.2 Período Antigo	11
1.3 Período da Idade Média	12
1.4 Período Moderno	13
1.5 Período Contemporâneo	14
2 CRIME, DELINQUENTE E PENA NA VISÃO DAS ESCOLAS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINOLOGIA	17
2.1 A Escola Clássica	17
2.2 A Escola Positivista	18
2.3 A Criminologia	19
3 DOSIMETRIA DA PENA	23
3.1 Circunstâncias judiciais da pena – Primeira fase	24
3.2 Agravantes e atenuantes genéricas – Segunda fase	28
3.3 Causas especiais de diminuição ou aumento da pena – Terceira fase	43
4 O INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 66, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	48
4.1 Conceito	49
4.2 O princípio da igualdade	53

4.3 O princípio da dignidade da pessoa humana	53
4.4 O princípio da individualização da pena	55
4.5 Direito comparado	56
4.6 A co-culpabilidade na jurisprudência brasileira	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade o homem instituiu a punição a quem do grupo infringisse as regras impostas, com o escopo de manter a harmonia do convívio social, punindo a quem as desrespeitassem. Assim, desde os tempos mais remotos da humanidade, a pena foi utilizada nas mais diversas formas por quem detinha o poder de aplicá-la. Essa narração será apresentada no Capítulo 1 do presente trabalho, intitulado “A aplicação da pena na história da humanidade.”

Mostrar-se-á ainda no desenvolvimento desta obra a visão das escolas do direito penal e da criminologia moderna, discorrendo sobre o pensamento dos defensores da Escola Clássica, da Escola Positivista e de algumas teorias da criminologia moderna, tais como o *Labeling Approach* (enfoque do etiquetamento) e a teoria do paradigma da reação social. Esse tópico será apresentado no capítulo 2 do texto, intitulado “Crime, delinqüente e pena na visão das escolas do direito penal e da criminologia.”

Sendo a pena usada como meio de defesa social e para fins socialmente úteis, é entendida nesse contexto como um mal necessário à vida em sociedade. O presente trabalho justifica-se por apresentar estudo sobre as questões vinculadas à dosimetria da pena, normas essenciais à computação do *quantum* que caberá ao condenado no cerceamento de sua liberdade, ou seja, a pena. Esse assunto será exposto no Capítulo 3, cujo título é “A dosimetria da pena.”

Abordar-se-á dosimetria da pena, detalhando as (três) fases de sua aplicação, desde as circunstâncias judiciais, passando pelas circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento ou de diminuição, qualificadoras ou privilégios, conectados com o crime.

Ressalta-se, por oportuno, que o trabalho procura estabelecer o melhor entendimento do art. 66, do Código Penal, na segunda fase da dosimetria da pena, onde se aplica a co-culpabilidade, discorrendo sobre o tema na perspectiva dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Somado a esse viés interpretativo e com o intuito de esclarecer temas complexos necessários à compreensão do crime e do criminoso, o texto traz à apreciação do leitor as teorias desenvolvidas pelas escolas do direito penal e da criminologia. Revelará como a co-culpabilidade tem sido normatizada em outros países, além de veicular sentenças proferidas pela jurisprudência local com fundamento na co-culpabilidade estatal. Este tópico será comentado no capítulo 4, intitulado “O instituto da co-culpabilidade na interpretação do artigo 66, do Código Penal Brasileiro.”

Logo, se observa a preocupação da obra em dar ênfase à interpretação do art. 66 do Código Penal, no que diz respeito ao instituto da co-culpabilidade estatal, assunto já abordado por alguns doutrinadores, dentre os quais destacam-se: Grégore Medeiros de Moura, Eugênio Raúl Zaffaroni & José Henrique Pierangeli,

Pelo que se pretende expor é fácil extrair que o assunto tratado neste trabalho é relevante, pois contém um expressivo volume de dados advindos de várias áreas das ciências sociais, e reconhecidamente relacionados, possibilitando compreender as muitas interrogações sobre o crime e o criminoso, como também a complexidade da dosimetria da pena.

1 A APLICAÇÃO DA PENA NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

Demonstrar-se-á neste capítulo as diversas formas de aplicação da pena ao longo da história humana, desde o Período Primitivo, passando pelo Período Antigo, Idade Média, Período Moderno, Período Contemporâneo até os dias atuais.

1.1 Período Primitivo

No período primitivo o homem teve a necessidade de estabelecer um padrão de conduta para reger a vida em grupo. Essas regras balizavam-se em tradições, superstições e costumes místicos, segundo revelações doutrinárias que, retratando a cultura da época, afirmam:

[...] tudo era mistério, tudo era magia e a natureza não poderia ser encarada senão com o olhar do misticismo, o que inevitavelmente, conduzia o grupo a ser colocado sob a proteção de diversas divindades [...] a pena tinha uma função reparatória, dado o caráter religioso da ofensa e se destinava a aplacar a ira da divindade ofendida ou recompor o equilíbrio rompido com a violação do tabu sendo que o tabu atua funciona como uma primitiva norma de comportamento e sua instituição remonta aos primeiros albos da humanidade.¹

Ressalta-se que nos primórdios da humanidade não havia lugar para sobrevivência a não ser na vida em grupo, e a pena era de natureza coletiva e não individual. Colhe-se da doutrina a seguinte lição:

[...] era preciso castigar o indivíduo que não soubera se manter de acordo com os padrões de comportamento erigidos a partir de uma concepção cósmica essencialmente mística. Assim, a reação contra o infrator, envolta no manto da magia e do sobrenatural, se baseava na idéia de reconciliação do grupo com seu deus (ou seus deuses) protetor.²

O homem primitivo aplicava basicamente duas formas de punição: a perda da paz e a vingança do sangue. A perda da paz se baseava na expulsão do criminoso do meio em que vivia. Dessa forma, livrando-se daquele que havia provocado a ira divina, se trazia ao

¹ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991, p.39-40

² Idem, p.41

grupo a paz coletiva. Para o condenado esta punição significava a morte, pois era inviável sobreviver em meio à natureza hostil, marcada por grandes perigos.

A vingança do sangue resumia-se na aplicação de represálias contra os infratores estranhos ao grupo, por violações ao tabu. As penas impostas aos indivíduos do mesmo clã sangüíneo contra os membros de outros grupos acabavam quase sempre em guerras entre tribos primitivas.

1.2 Período Antigo

Nesse período a repressão criminal toma um aspecto público, como também começa a graduar a pena de acordo com a gravidade do crime. Época também em que surgem as monarquias e é criada a Lei do Talião, que segundo esclarece lição doutrinária:

O período antigo, iniciado há aproximadamente 4.000 A.C., é caracterizado pelo surgimento das primeiras civilizações. Estas haviam alcançado um grau mínimo de organização sócio-política e econômica e a figura de um soberano aparece como representante absoluto do poder público e do Estado então nascente...surge então a concepção penal baseada no talião...que significa castigo na mesma medida da culpa.³

O talião assenta-se numa prática repressiva aplicada a todos os povos da antiguidade, sendo adotado no Código de Hamurabi, datado de 1.680 a.C. Os hebreus também o adotaram, pois a Bíblia consagra a existência desse tipo de punição quando expressa: “Mas se houver dano, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.”⁴

Registra-se, também, na Lei das XII Tábuas, Do Direito Romano, a existência de norma nesse sentido: “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se houver acordo”⁵(Tábua VII, 11). O mesmo entendimento adotou o Código de Manu, na Índia, que procurava equilibrar, sempre que possível, a relação e proporção com a natureza da infração e suas conseqüências.

O Direito Penal Grego-Romano adotou a vingança e a composição, bem como o caráter público da pena, enquanto os romanos, a pena revestia-se de função retributiva, exemplaridade e, também, prevenção.

³ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991, p.44-45

⁴ BÍBLIA SAGRADA. Exodo, 21, 23. apud LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, p.45

⁵ TÁBUA VII, 11. apud LEAL José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, p.46

Do Direito Germânico os bárbaros contribuíram com os costumes, usos, tradições, religiões e superstições, como também, o seu sistema jurídico. Esse modelo foi marcado por um sistema punitivo de caráter religioso e a perda da paz, representado pela expulsão do criminoso do seu meio social e sua conseqüente morte. O período penal medieval e absolutista chega ao seu fim com a queda do Império Romano, no ano de 476. Enfatiza a doutrina que “Ainda que a Lei das XII Tábuas seja uma legislação rude e primitiva, é relevante o fato de que se inspira na igualdade social e política, excluindo toda a distinção de classes sociais ante o Direito Penal.”⁶

1.3 Período da Idade Média

A Idade Média foi marcada por guerras e intolerância e isso acabou repercutindo no campo jurídico. Caracterizado pelo terror, pela brutalidade de suas punições cruéis contra pobres e oprimidos, em contraste com a proteção às classes mais ricas.

Esse período foi caracterizado pela pena de morte que devia servir como exemplo, aplicada de forma espetacular. A pena capital era realizada com crueldade e precedida de suplícios, visando, notadamente, dar lição de exemplaridade aos membros da sociedade.

Sobre o caráter retributivo da pena nesse período, afirma a doutrina:

O objetivo não era o de aterrorizar o condenado, que estava inapelavelmente eliminado do meio social e já não poderia mais representar qualquer tipo de ameaça ao interesses do grupo dominante. Todo esse ritual de terror e de insensatez visava principalmente dar uma lição de exemplaridade aos demais componentes do grupo social, acentuando o caráter de retribuição absoluta da pena criminal, assento na idéia de punir o infrator simplesmente pelo mal cometido no final desse período, o Direito Penal passa a ser a expressão do Estado absolutista, autoritário, cruel, desumano e implacável com os infratores pertencentes às classes populares (servos, pequenos agricultores, artesões e a plebe em geral), mas assegurando os privilégios e protegendo os interesses da aristocracia e do clero.⁷

Registra-se, também, que nesse período, o processo penal era secreto e a pena podia passar do condenado, o que é inconcebível nos tempos atuais, em que o direito penal proclama como princípio que a pena não pode passar do criminoso.

⁶ Estrutura do Direito Penal, Sug. Literárias, São Paulo, 1972, p.24. apud LEAL João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre:Safe, 1991, p. 48.

⁷ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991, p.50-51.

1.4 Período Moderno

O Período Moderno foi destacado pela segunda metade do séc. XVII, onde se fortaleceu a idéia de que a pena devia ser contrária à crueldade e aos exageros que se cometiam em nome do Direito Penal. Nesse período destacou-se o trabalho de Césare Beccaria com a obra “Dos Delitos e das Penas” (1764),⁸ que defendeu o devido processo legal, com leis claras, exclusão das penas cruéis e tendo como a garantia da segurança social Confira-se a lição da doutrina:

leis claras e precisas, dispensando com isto a possibilidade de interpretação arbitrária por parte dos juízes; revogação de todas as penas e castigos cruéis; pena severa apenas o suficiente para garantir a segurança social; abolição da pena de morte, que somente seria reservada para casos excepcionais; necessidade de lei anterior definindo o crime e cominando a pena.⁹

Também surge o movimento científico, precisamente no final do Século XIX, com estudos e investigações realizados para mostrar o grande significado da compreensão científica do fenômeno criminal e, principalmente, do criminoso, que deveria ser avaliado como ser humano passível de recuperação para a vida social.

Durante esse movimento surge a obra de César Lombroso, médico-legista italiano, criador da Antropologia Criminal. Ele procurou estabelecer relação entre constituição física e predisposição para a prática de delitos, colocando essa idéia na obra intitulada “O Homem Delinqüente.”

Em sua essência, a obra definia a figura do criminoso nato, com estigmas morfológicos e marcado por uma anormalidade psíquica que o classificaria como verdadeiro psicopata, razão pela qual o Direito Penal deveria assumir de defesa da sociedade contra o indivíduo perigoso e, como consequência de sua predisposição para o crime, a punição deveria perder a função retributiva para se transformar num instrumento de defesa social e de

⁸ BECCARIA, Césare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução J. CRETELLA Jr. E AGNES Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. apud LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991, p.51

⁹ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, p.51

terapêutica individual. Contudo, essa tese não prosperou e acabou por contribuir para o aparecimento da Criminologia.

1.5 Período Contemporâneo

As prisões tiveram origem na Idade Média, mas foram difundidas no século XVIII e atualmente é o centro do sistema penal. Surgiu inicialmente no meio eclesiástico como forma de punir seus membros por desrespeito às regras adotadas nos mosteiros. Consistia em recolher os religiosos faltosos em celas para meditarem e se arrependessem da falta cometida. Confira esclarecimentos históricos:

A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que os recolhessem às celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se com DEUS. Essa idéia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a House Of Correction, construída em Londres em 1550 e 1552, difundido-se de modo marcante no Século XVIII.¹⁰

Na atualidade, a base central do sistema punitivo é a prisão, que demonstra fracassar em seu objetivo de recuperar o delinqüente, tendo em vista a irrefutável realidade da elevada reincidência dos condenados, fato que reforça a teoria de que o sistema prisional não cumpre a finalidade de ressocialização do preso. A doutrina comenta sobre a prisão o seguinte:

A prisão, núcleo central do sistema punitivo da atualidade, tem fracassado completamente em sua finalidade de recuperação moral e social dos condenados que, em sua grande maioria, reincidem em suas infrações e retornam às prisões, num círculo vicioso que só termina com suas mortes atrás das grades ou em seus curtos períodos de liberdade.¹¹

Infelizmente, a pena de prisão aplicada no momento atual não tem cumprido com sua essencial função de ressocializar o criminoso e inserir-lo à sociedade. Nem mesmo as modernas técnicas educativas adotadas nos presídios têm obtido sucesso efetivo nesse objetivo. Isso nos leva a crer que os efeitos da prisão tem se mostrado contrários à reeducação e à reinserção do preso à sociedade, pois o aproxima mais da escola do crime do que da

¹⁰ MISCIASCI, Elizabeth. *Como surgiram as prisões*. <[HTTP://eunanet.net/beth/news/tópicos/nas_os_presidios.htm](http://eunanet.net/beth/news/tópicos/nas_os_presidios.htm)>acesso em: 06/05/2011.

¹¹ LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 53.

sociedade. Nesse quadro infere-se a acreditar que a pena de prisão apenas tem a função retributiva. Portanto, longe de justificar a filosofia que sustenta sua aplicabilidade no que se refere à reinserção do desviado ao convívio social. Dados ainda não oficiais, mas que se pressupõem reais indicam que 70% do ex-presidiários retornam a praticarem crimes. Informação, aliás, que instigou o Conselho Nacional de Justiça a anunciar que em breve elaborará pesquisa para apurar o índice de reincidência de ex-presidiários no crime. Sobre o assunto, confira-se a doutrina:

A atenção da literatura se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: Antes de tudo, o da desculturação, ou seja, a desadaptação as condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e da formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da aculturação ou prisionalização. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às chances de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações entre os detidos e o staff da instituição penal.¹²

Pode-se aferir que a filosofia que justifica a prisão está no campo da pura ideologia, pelo menos aqui em nosso País. Na verdade, a prisão afasta o indivíduo da sociedade, pois esse sistema além de se mostrar de elevado custo, tem se revelado decadente, ineficaz na recuperação do indivíduo. Na verdade, o encaminha ainda mais próximo da subcultura criminosa do que o aproxima da cultura desejada pela sociedade.

Observa-se, contudo, que nas últimas décadas, em vários países desenvolvidos, com algumas exceções, ai menciona-se americana, tem se constatado uma diminuição relativa dos aprisionamentos, procurando aplicar outras formas de controle diferentes ao da reclusão, como o livramento condicional e a pena pecuniária.

No Brasil verifica-se a tendência de procurar transformar as penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito, buscando, dessa forma, a adoção de um direito

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*/Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.184-185.

penal de recorte democrático, de exclusiva proteção a bens jurídicos de maior valor, onde o alicerce maior a ser preservado é o da dignidade da pessoa humana. Contudo, registra-se bastante tímida essa mudança, em função do acanhado desenvolvimento sócio-econômico do País, que inviabiliza a universalização dessa medida. Certamente este seja o maior empecilho para a adoção de uma política criminal em que as outras formas de penas, a exemplo da pecuniária venham a ser aplicada de forma mais ampla às infrações penais.

2 CRIME, DELINQUENTE E A PENA NA VISÃO DAS ESCOLAS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINOLOGIA

É sabido que o crime e o criminoso existem em todas as sociedades e acompanha a história humana desde seus primórdios. É fato social que merece a devida reflexão, razão porque este trabalho os apresenta sob os mais diversos ângulos e por diversas formas. Inicia esse tópico pela Escola Clássica, cujo paradigma etiológico é o livre arbítrio. Em seguida, apresenta a Escola Positivista, cujo paradigma é o criminoso nato, indivíduo com patologia criminal, de características bem definidas e que a sociedade deve excluí-lo do convívio social, pois ele é a razão do crime. Por fim, a ciência da criminologia moderna, que se utiliza de uma plataforma ampliada de conhecimento em relação às escolas anteriores, lançando mão de dados multidisciplinares, procurando estudar o criminoso e o crime em suas diversas variáveis.

2.1 A Escola Clássica

A Escola Clássica é baseada no entendimento de que a vontade humana é a base do Direito Penal, pois somente o livre-arbítrio conduziria o homem a optar entre cometer ou não o delito, de forma que não havendo vontade, não há por que se falar de responsabilidade. Logo, seu paradigma etiológico é o livre-arbítrio. Ela surgiu no iluminismo, sofrendo fortes influências do Direito Canônico e do Jusnaturalismo. Esta fase, marcada entre os séculos XVIII até meados do Século XIX, teve como expoentes Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Jeremias Bentham, entre outros.

Os defensores dessa Escola posicionam-se que só as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecê-las não pode provir senão do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Marcado pela estrita separação dos poderes e pelo Contrato Social, simbolizado pela constituição. Esse movimento sinalizou que não bastava submeter a punição, em abstrato, à legalidade, mas sobretudo, seria necessário que as leis fossem aplicadas rigorosamente pelo juiz, sem qualquer poder de interpretação. Ele é simplesmente, a “boca da lei” (La bouche de la loi). Outra característica é a exigência de utilidade da pena que, diretamente vinculada aos princípios da humanidade e da proporcionalidade aos delitos, não podem ter como finalidade torturar e afligir o ser.

Essa Escola tinha uma visão mais utilitarista da pena e era mais comprometida com a função preventiva, ou seja, como um instrumento de ordem e segurança social. Nesse período, o crime é considerado como a violação consciente e voluntária da norma penal. Aquele elemento subjetivo que, contemporaneamente, é denominado culpabilidade.

2.2 A Escola Positiva Italiana

Na Escola Positiva Italiana surge o paradigma etiológico cuja explicação das causas do crime é a pessoa delinqüente. Logo o foco é a análise do criminoso. Justificam, também, que os sistemas adotados pela Escola Clássica não contiveram o contínuo aumento da criminalidade, e a reincidência apontava para a necessidade da defesa social contra os atos delinqüentes, que é o objeto da razão de ser da justiça penal. A Escola assumia a tarefa de deslocar a problemática penal do plano da razão para o plano da realidade; de uma orientação filosófica para uma orientação científica, empírico-positiva, a única apta a resgatar aquele segundo personagem esquecido pela escola clássica: o homem delinqüente.

Sobre o tema, colhem-se as seguintes lições:

Lombroso (1836-1909), Ferri (1856-1929) e Garofalo (1851-1934), todos deterministas e contrários à teoria do livre arbítrio, defendiam que a criminalidade derivava de fatores biológicos, contra os quais é inútil o homem lutar. Há um determinismo absoluto, no qual não tem lugar a vontade humana, pois o indivíduo já vem ao mundo estigmatizado por sinais de degenerescência, malformações e anomalias anatômicas e funcionais relacionadas ao seu psiquismo. Surgiu a figura do criminoso nato.¹³

Essa corrente doutrinária aplicava à pena como uma forma de excluir do convívio social um indivíduo que se entendia como doente. Então, surge o novo paradigma etiológico, os autores estavam tentando explicar as causas do crime a partir da análise da pessoa que delinqüe.

Os positivistas, portanto, procuraram individualizar nos criminosos e doentes, descrevendo características anatômicas e fisiológicas como (pouca capacidade craniana, frente fugidia, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes e agudeza visual). Apesar das diferenças evidentes verificadas entre a Escola Clássica e a Escola Positivista, elas tinham

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral – Vol 1* – 10 ed. São Paulo. Ed.: Saraiva, 2006, p.45

pontos em comum, qual seja, a ideologia da defesa social, em que consistia na preocupação de preservar a sociedade do crime. Então, a doutrina apresenta o conteúdo dessa ideologia da defesa social, agrupando-as, da seguinte forma:

- a) Princípio de legitimidade. O estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciária). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O Desvio criminal é, pois, o mal. A sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal, e como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes.”¹⁴

Percebe-se que a ideologia da defesa social é, sem dúvida, a filosofia dominante nas ciências jurídicas. É, na verdade um axioma de difícil fragmentação, pois é aceita pela sociedade como algo irretocável.

2.3 A criminologia

A criminologia é uma ciência empírica que se ocupa do crime, do delinqüente, da vítima e do controle social dos delitos, bem como da personalidade do criminoso e da maneira de ressocializá-lo. Confira-se a lição doutrinária:

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*/Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.42

[...] é uma ciência empírica e interdisciplinar. É empírica, pois baseia-se na experiência da observação, nos fatos e na prática, mais que em opiniões e argumentos. É interdisciplinar e, portanto formada pelo diálogo de uma série de ciências e disciplinas, tais como a biologia, a psicologia, a sociologia, política, a antropologia, o direito, a filosofia e outros.¹⁵

Essa ciência proferiu algumas teorias negando os princípios proferidos pela Escola Clássica e Positivista no que diz respeito a ideologia da defesa social, tais quais: a negação do princípio de legitimidade; por meio da teoria do *labeling approach* (etiquetamento); a teoria da função da pena; a negação do princípio do bem e do mal, por meio da teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia; a teoria das subculturas criminais, em que nega o princípio de culpabilidade; o *Labeling Approach*, ou enfoque da reação social, que nega o princípio do fim ou da prevenção e o princípio de igualdade; a teoria da sociologia do conflito e a sua aplicação criminológica, negando o princípio do interesse social e do delito natural.

Procurar-se-á fazer uma breve explicação sobre a teoria das técnicas de neutralização (subculturas) e do Labeling approach (etiquetamento), a fim de mostrar as argumentações usadas por seus teóricos, confrontando-o com algumas das teorias convergentes da ideologia da defesa social, especificamente

A criminologia surge da demonstração de que o sistema é predominantemente repressivo e não preventivo, e parte da necessidade de descolamento do enfoque preventivo do momento posterior ao crime para um momento anterior ao mesmo. Utilizando-se de metodologia própria e analisando dados estatísticos, passa a procurar explicar as causas do crime e de prever os remédios para evitá-los.

Oportuno o seguinte posicionamento doutrinário.

A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciariam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, e a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo.”¹⁶

¹⁵ FERNANDES, Newton & Fernandes Valter. *Criminologia Integrada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.45-48.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.30.

A primeira, a teoria desenvolvida dentro da nova concepção do crime e do criminoso. É a teoria das técnicas de neutralização, representada pela teoria da subculturas, em que os teóricos defendem que a causa do crime é fruto de um código cultural diverso do oficial, ou seja, os membros dos subgrupos aprendem a agir de acordo com os valores do grupo a que pertencem e ao qual devem fidelidade e comportam-se de acordo com os valores desse grupo. Ocorre, no entanto, que o sujeito se torna delinqüente pelo aprendizado das técnicas de neutralização do código da cultura dominante, da cultura oficial. “A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro das sociedades, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir, de que dispõem.”¹⁷

A segunda teoria é da teoria social do *Labeling Approach* (enfoque do etiquetamento), ou enfoque da reação social. É na verdade um novo paradigma criminológico, que nega o princípio do fim ou da prevenção defendida pela ideologia da defesa social, cuja tese posiciona-se em afirma que quando uma etiqueta desviante é aplicada com êxito, há uma mudança no comportamento do indivíduo. Essa teoria esclarece que para o comportamento ser definido como crime e, portanto, uma conduta desviante, é preciso que o indivíduo não só pratique o crime, mas notadamente que consiga ser identificado pelo sistema. Do contrário, se ninguém fica sabendo, não haverá problema. Isso significa dizer o mesmo que não houve o crime. Contudo, sabe-se de sua existência, mas não houve a reação social que atribui à conduta o caráter desviante.

A teoria da reação social nega o princípio do fim ou da prevenção que se baseia na afirmação de que o sistema penal não ressocializa, pois a aplicação da etiqueta de criminoso não é o final de sua carreira, mas o seu início. Sobre o assunto, colhem-se posicionamento doutrinário:

O labeling Approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sobre este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.¹⁸

¹⁷ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.70

¹⁸ Idem, p.86

Isso porque é a partir da identificação do criminoso que ele modifica a sua própria auto imagem, haja vista que as pessoas passam a enxergá-lo como criminoso, ou seja, há o êxito do etiquetamento, momento em que passa a reduzir suas possibilidades de recuperação.

Os doutrinadores dessa corrente defendem que o etiquetamento inicia-se na criminalização primária, quando o legislador define os tipos penais dos comportamentos como criminosos. Isso ocorre porque não existe uma coisa que seja criminosa por natureza. Já a criminalização secundária começa a partir do momento que o sistema identifica o criminoso, colocando a etiqueta.

Na recepção alemã do *Labeling Approach*, ou seja, do etiquetamento, no qual uma etiqueta desviante é aplicada com êxito, há uma mudança no comportamento do indivíduo. Então, pode-se perguntar: O que essa teoria poder influenciar na dosimetria da pena? Influencia a partir do momento em que tende a surgir a reincidência a um determinado grupo de pessoas, em especial as de baixo *status* social, corroborando para o aumento de sua pena, com base nas agravantes do previstas no art. 63, do Código Penal. Enquanto as de maior *status* raramente são identificadas pelo sistema penal, logo, permanecem na “cifra negra”, denominação dadas aos crimes não registrados pelo sistema penal, ou seja, crimes cometidos, mas que o sistema penal não os identificam e, portanto, não são conhecidos por diversas razões. A primeira, por tratar de ações criminosas de maior elaboração e menor percepção social, é de difícil apuração pelo sistema de segurança, a exemplo dos crimes contra o sistema financeiro; a segunda, pela falta de uma política criminal mais efetiva na punição dos delinquentes de maior classe social. Por essas razões, acabam por não incidirem na reincidência, tendo em vista, que mesmo cometendo crimes, permanecem na condição de primário.

3 A DOSIMETRIA DA PENA

Abordar-se-á nesse tópico a complexidade e densidade da dosimetria da pena, cujo normativo tem limitadores e campo de aplicação definidos por lei, com requisito bem definidos para sua validade, conforme preceitua o art. 68, de Código Penal, que regulamenta em 3 (três) fases a saber:

1ª fase: circunstâncias judiciais;

2ª fase: circunstâncias legais (agravantes e atenuantes); e

3ª fase: causa de aumento e/ou diminuição especiais.

Ressaltar-se-á, entretanto, que a lei que regula a matéria tem por sua própria característica um amplo campo onde predomina as análises circunstanciais envolvidas na situação fática em julgamento, espaço onde o magistrado detém ampla discricionariedade, nos limites estabelecidos em lei.

A dosimetria da pena utiliza como premissa que em nenhuma das duas primeiras fases, ou seja, na determinação da pena base, e na aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, poderá o juiz diminuir ou aumentar a pena fora de seus limites legais, quer dizer, não poderá passar das extremidades da pena prevista no tipo penal. Dessa forma sinalizou o Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”¹⁹

Sobre o tema, Veja o julgado do Tribunal Regional Federal 1ª Região.

O cálculo da pena deve ser feito em três fases. Na primeira, fixa-se a pena-base, atenuando-se para as circunstâncias judiciais no art. 59. Na segunda, examinam-se as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – arts. 61, 62, 65 e 66 do C. Penal). Na terceira, apuram-se as causas de aumento ou de diminuição previstas na parte geral ou especial do C. Penal.²⁰

¹⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça – Súmula 231. Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

²⁰ _____. *Tribunal Regional Federal 1ª Região. AP. Crim. 21.445-8-BA – Rel. Tourinho Neto. AMARO, Mohamed . Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 381.

3.1 Circunstâncias judiciais da pena – Primeira fase

A pena-base é a aquela cominada ao tipo penal, onde o legislador estabelece qual a variação que deve ser imposta ao indivíduo que transgride a lei. É a primeira etapa da fixação do *quantum* da pena, quando o Juiz elege um montante, entre os mínimos e o máximo previstos pelo legislador, baseado nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Ressalta-se que o *quantum* a ser valorado para cada elementar do art. 59 é pautado na discricionariedade do Magistrado. No entanto, doutrina majoritária entende deverá adotar o *quantum* da pena mínima prevista para o tipo penal e desse montante dividi-se por 8 (oito), tendo em vista serem esse o número de elementares da fase, encontrando dessa forma o montante a ser aplicado a cada uma das elementares, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

A jurisprudência, não raramente, tem aplicado a pena mínima como base para as demais circunstâncias judiciais, contudo, o art. 59, faz referência a oito elementares (circunstâncias judiciais) que devem ser avaliadas, quando presentes, para se encontrar o *quantum* a ser aplicado ao réu na primeira fase da dosimetria da pena. Esse é o entendimento de parte da doutrina e significativa jurisprudência, que se posicionam no sentido de que a pena-base não é sinônimo de pena mínima. Acerca do assunto, confira-se o ensinamento doutrinário:

[...] é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador.²¹

Por tanto, deve-se proceder da seguinte forma: se não sendo identificadas expressamente na lei como circunstâncias legais (agravantes/atenuantes), não sendo qualificadoras/privilégio, causa de aumento/diminuição, devem ser valoradas pelo Magistrado na fixação da pena-base, desde que devidamente fundamentada. Confira-se a doutrina:

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 397.

[...] embora o magistrado inicie a fixação da pena pela análise judiciais do art. 59, não é demais ressaltar que elas são residuais, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravantes/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do *quantum* da pena-base. Exemplo: no homicídio, o motivo fútil materializa uma qualificadora (art. 121, § 2º, II, CP), logo, não pode ser considerado no item motivos, previsto igualmente no art. 59. E também não pode ser levado em conta na análise das agravantes, que envolvem o motivo fútil (art. 61,II,a,CP).²²

Verifica-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, no HC 95.738-MS.

Habeas Corpus. Dosimetria da pena. Elementos de convicção do magistrado. Pena-base acima do mínimo legal e regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso. Possibilidade. Denegação da ordem. I- No caso, o magistrado, ao fixar a pena-base do paciente, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59. II – Segundo a alínea b do § 2º do art. 33 do Código Penal, é ato discricionário do juiz a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso. III – Ordem denegada. Decisão.²³

Pelos julgados apresentados, verifica-se predominar nas decisões dos tribunais a tendência de valorar as elementares contidas no art. 59, do CP e, não apenas, aplicar a pena no mínimo previsto no tipo penal.

Sobre essas elementares, ensina a doutrina:

[...]da Culpabilidade: O grau da culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Além disso, todas as condições pessoais do agente, a avaliação dos atos exteriores da conduta, do fim almejado e dos conflitos internos do réu, de acordo com a consciência valorativa e os conceitos éticos e morais da coletividade, são considerados pelo juiz, ao fixar essas circunstâncias.

Antecedentes: Consideram-se como tais todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo que ele fez antes da prática do crime. Antecedente significa, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais.

Conduta social: Refere-se às suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade.

Personalidade: É a índole do agente, seu perfil psicológico e moral. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade.

Motivos do crime: São os precedentes psicológicos propulsores da conduta. Caso o motivo configure qualificadora, agravante ou atenuante genérica,

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.395.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 95738-MS* Rel.Min Ricardo Lewandowski.Publ. Disponível em <[HTTP://stf.js.br/paginador.jsp](http://stf.js.br/paginador.jsp)>acesso em 23/03/2011.

causa de aumento ou de diminuição, não poderá ser considerado como circunstância judicial, evitando o *bis in idem*.

Circunstâncias e conseqüências do crime: Possuem caráter genérico, incluindo-se nessa referência as de caráter objetivo e subjetivo não inscritos em dispositivo específico. As circunstâncias podem dizer respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente durante ou após a prática da conduta criminosa. As conseqüências dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito, desde que não constituam circunstâncias legais.

Comportamento da vítima: Embora inexista compensação de culpa em Direito Penal, se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a sanção do agente.²⁴

A culpabilidade tem a ver com a reprovação social que o crime e seu autor merecem da sociedade, levando em consideração a consciência da ilicitude da ação e a possibilidade de agir conforme as normas vigentes. “Para que se possa dizer que uma conduta é reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessário que o autor da ação tivesse podido agir de acordo com a norma, de acordo com o direito.”²⁵

O legislador, entretanto, está limitado à unidade lógica do tipo penal ao descrevê-la, pois na multiplicidade e generalidade das ações humanas se formam as inúmeras variações, tornando-as impossíveis de serem descritas em seu todo, logo, somente no caso concreto e na aferição do julgador poderá dimensionar o *quantum* a aplicar ao réu. Analisando as circunstâncias judiciais, a doutrina assim preleciona sobre a culpabilidade:

A culpabilidade formal é a censurabilidade merecida pelo autor do fato típico e antijurídico, dentro dos critérios que a norteiam, isto é, se houver imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de atuação conforme o direito. Formalmente, a culpabilidade é a fonte inspiradora do legislador para construir o tipo penal na parte sancionadora.²⁶

Quanto aos maus antecedentes, há duas correntes. A primeira, que predomina nos tribunais, entende que tudo o que consta na folha de antecedentes do réu, sem qualquer distinção, deve ser levado em conta e, a segunda, que vislumbra que não se devem levar em conta inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento. Esta a corrente mais afeita à interpretação dos direitos fundamentais previstos em nossa constituição.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre-RS: Verbo Jurídico, 2008, p.127-128

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – Parte Geral*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.193

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.234.

Acerca da conduta social posiciona-se a doutrina:

É o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório. E às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.²⁷

A conduta social nada mais é do que a maneira como o agente participa no convívio familiar, em sua ocupação, em sua comunidade, enfim, é a forma com que o agente se interage na sociedade em que vive.

A personalidade do agente está ligada à autodeterminação do sujeito; já o comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir o injusto; já a personalidade do agente só é possível por meio de um estudo ou informe criminológico, o que é inconstitucional;

É defeso ao julgador aumentar a sanção em razão da truculência da ação ou da gravidade da lesão ao bem jurídico, tomando circunstâncias já consideradas no tipo incriminador. Logo, incidirá em *bis in idem* o julgador que utilizar das circunstâncias contidas no tipo penal para aumentar a pena do infrator.

A personalidade do indivíduo refere-se a seu temperamento, a seu caráter. “trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida [...] um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; é o caráter que é a expressão psicológica do temperamento.”²⁸

Os motivos do crime podem ser muitos, até mesmo a piedade, no caso da eutanásia. “São os precedentes que levam à ação criminosa [...] Todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante.”²⁹

O comportamento da vítima é representado pela maneira de agir da vítima que pode atrair o crime. “São exemplos: o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.404.

²⁸ Idem, p.405.

²⁹ Ibidem, p.407.

mundano, delitos sexuais, o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato, o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente.”³⁰

Importante, também ressaltar que o critério trifásico disposto no art. 68 do Código Penal, na fixação da pena-base não se pode levar em conta qualificadora, porquanto, na fase inicial, somente as circunstâncias judiciais aludidas no art. 59 devem ser consideradas.

Relevante extrair da primeira fase que o magistrado, ao proferir a sentença condenatória deverá identificar pormenorizadamente as circunstâncias aplicadas ao caso concreto previsto no art. 59, do Código Penal, sob risco de cabimento de reformulação da pena.

3.2 Agravantes e atenuantes genéricas – Segunda fase

As atenuantes e agravantes genéricas fazem com que a pena possa se aproximar do mínimo ou do máximo da pena-base, na segunda fase da dosimetria da pena. As circunstâncias agravantes e atenuantes estão previstas nos arts. 61 a 62 e as atenuantes no art. 65 e 66, do Código Penal. A fixação das atenuantes e agravantes forma a segunda etapa da individualização da pena, de acordo com o art. 68 do mesmo diploma legal. A preponderância das agravantes eleva a pena ao máximo e as atenuantes, ao mínimo. Em caso de concurso de agravantes e atenuantes, o juiz deve indicar as preponderantes, as quais o Juiz deve atender preferencialmente e prioritariamente.

Relevante ressaltar aqui que as circunstâncias que constituem ou qualificam o crime previstas no art. 61 do Código Penal somente poderão incidir se não constituírem elementar ou qualificadora do crime, pois, do contrário, as agravantes deverão ser afastadas, sob pena de *bis in idem*. Esse mecanismo visa a impedir que o apenado tenha sua pena duplamente agravada.

Quanto ao critério de computação do *quantum* a ser aplicado para as agravantes e atenuantes valem fazer menção aos ensinamentos contidos na doutrina.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010, p.408.

Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena) – afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com que o humor do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro... De uma pena-base de 15 anos não tem o menor sentido retirar um mês, porque se encontra presente a atenuante da confissão espontânea. Ademais, se ao houver um parâmetro fixo e proporcional à pena-base, o juiz poderia, igualmente elevar uma pena de 15 anos, por conta da presença de uma agravante qualquer, para o patamar de 20 anos, chegando, pois, a uma elevação equivalente a um terço, o que seria demasiado.³¹

Cabe ressaltar que nessa fase é perfeitamente possível e cabível a compensação entre agravantes e atenuantes, pois estão na mesma fase da dosimetria da pena, razão pela qual quando houver só uma agravante e uma atenuante, podem ser compensadas. Esclarecedor também dizer que "as elementares são componentes do tipo penal básico,... enquanto as circunstâncias são apenas elementos que rodeiam o crime, podem ou não fazer parte do tipo, sem alterar a sua existência."³²

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC 4.012-SP – Rel. Min. Vicente Leal) "Nas circunstâncias judiciais, incluem-se os antecedentes do réu, que assim não podem ser utilizados como circunstâncias agravantes, à míngua de previsão da espécie no rol do art. 61 do Código Penal."³³

Vale conferir a descrição do art. 61, do Código Penal:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime

- I – a reincidência;
- II – ter o agente cometido o crime;
 - a) por motivo fútil e torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.448.

³² Idem, p.447.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 20245-0-SP* – Rel. Min. Paulo Galloti apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na Expressão dos Tribunais* – São Paulo: Saraiva, 2007, p.345.

- e) contra ascendente, descendentes, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a melhor na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- k) estado de embriaguez preordenado.³⁴

Essa relação contém as circunstâncias que atenuam a pena da segunda fase da dosimetria da pena. Importante, nessa etapa, enfatizar que não é cabível a invocação do mesmo fato a título de circunstância judicial exasperadora da pena-base e de causa especial de aumento de pena, por consubstanciar em *bis in idem*. Observe este julgado. “Não deve a reincidência figurar, simultaneamente, como majorante da pena-base e agravante genérica, por infringir o sistema trifásico de aplicação da pena e o princípio do *non bis in idem*”³⁵

Caso emblemático do princípio do *non bis in idem* é verificado na aplicação da reincidência, que é a situação de quem pratica um novo fato criminoso depois de ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado. Logo, a reincidência é agravante genérica que não se relaciona com a estrutura fática do delito. Ressalta-se, aliás, que a Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça sinaliza: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”³⁶ A respeito do tema, relevante mencionar o julgado que afirma: “circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, identificada, na jurisprudência dominante da Terceira Seção, com a confissão voluntária”.³⁷

O motivo fútil é o mesquinho, desproporcional, insignificante, sem importância, do ponto de vista do homem médio, demonstrando desproporcionalidade e egoísmo intolerante do agente. Na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, art. 38, expressa que

³⁴ BRASIL. *Código Penal de 1940. Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça, HC 20.245-0-SP – Rel. Min. Paulo Galoti apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345.

³⁶ Superior Tribunal de Justiça – *Súmula 241. Vadem Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, HC 28078-0-RJ – Rel. Min. Hamilton Carvalho apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais* – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345.

“O motivo fútil, qual seja, o que, pela sua importância, não é causa suficiente para o crime”³⁸.

Confira-se a posição da jurisprudência:

O motivo fútil, do ponto-de-vista formal, é aquele que, por sua irrelevância, patenteia a desproporção entre a causa moral do delito e o próprio delito. Tal não acontece se, somente em face da exaltação de uma luta, é levado o réu à perpetração do crime.³⁹

Sobre o motivo torpe a doutrina esclarece:

É o motivo repugnante, objeto, vil, que demonstra sinal de depravação do espírito do agente. O fundamento da maior punição ao criminoso repousa na moral média, no sentimento ético social comum. Ex.: Cometer um crime impulsionado pela ganância ou pela ambição desmedida.

Traição é a quebra de lealdade ou confiança que a vítima depositava no réu. Pressupõe que o agente agiu de da maneira imprevista, de forma que o a vítima não terá condições de se defender, de reagir, de evitar o ataque. “A traição, em cuja moldura se encontra a boa-fé de quem é traído (a vítima), caracteriza-se pela perfídia e deslealdade envolvente do procedimento covarde e perverso do agressor de má-fé.”⁴⁰

Outro relevante julgado sobre o tema: “Caracteriza a traição o crime que é cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, em que a vítima é atingida descuidada e confiante, antes de perceber o gesto criminoso.”⁴¹

A circunstância da traição por compreender a emboscada, a surpresa ou outros meios que a integram ou possam defini-la, exclui a possibilidade de serem também estes meios articulados como agravantes. É entendido como surpresa toda vez que a vítima não dispõe de possibilidades de defesa ou defesa normal, ficando então caracterizado o elemento surpresa. Já o meio cruel revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade. O meio insidioso é uma forma genérica que abrange qualquer meio desleal, que se inicia e progride sem que seja possível percebê-lo prontamente e cujos sinais só se evidenciam quando em processo avançado. Entende-se

³⁸ BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁹ _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ap. Crim. 44.794 – Rel. Vasco Conceição apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na Expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 349.

⁴⁰ Bento de Faria, Código Penal Brasileiro Comentado, 1959, V. III, p. 34 apud MOHAMED e Amaro, In *Jurisprudência e Doutrina Criminais*, (Ed. RT. 1979, V. I, P. 138), p. 349.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, RCr. 76.533 – Rel. Hoepfner Dutra apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na Expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 350.

também quando houver cilada, perfídia, tortura, maus-tratos, as sevícias, quando provocam grave sofrimento a outra.

Veja-se o julgado sobre o tema: “Meio cruel não é apenas aquele que denota uma particular intenção de causar desnecessário sofrimento ao ofendido, como também o que evidencia a brutalidade fora do comum e a falta do mais elementar sentimento de piedade”.⁴²

O emprego de veneno é o meio insidioso emblemático, enquanto o perigo comum é a fórmula genérica, e o exemplo claro deste último é o emprego de explosivo. Há também a agravante do crime cometido contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão e com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica. Aqui o abuso de autoridade diz respeito à autoridade nas relações privadas, e não públicas.

As relações domésticas são aquelas entre as pessoas que participam da vida em família, ainda que dela não façam parte, como criados, amigos e agregados. Relevante mencionar nessa circunstância a doutrina “Parricídio considera-se o homicídio praticado pelo descendente contra ascendente,”⁴³ a exemplo a morte do pai pelo filho.

Para fins penais é considerada criança a pessoa com até 12 anos incompletos, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, em seu art. 2º. Também a lei procurou estabelecer um limite cronológico para a incidência da agravante, quando a vítima for maior de 60 anos.

Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido, o agente se aproveita da facilidade proporcionada pela calamidade pública para praticar o crime. O estado de embriagues preordenada configura-se quando o agente pensando em praticar o crime, embriaga-se com o intuito de encorajar, como também de obter um provável álibi para sua ação delituosa.

Passa-se, doravante a analisar as agravantes no caso de concurso de pessoas, previstas no art. 62, do Código Penal.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, TCrim, Ap. 324.873-2 – Rel. Juiz Ralpho Waldo apud Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 351.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.427

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
 I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes
 II – coage ou induz outrem à execução material do crime;
 III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeitos à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
 IV – executar o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (código Penal).⁴⁴

O Inciso I, do art. 62, do Código Penal visa a agravante prevista nesse dispositivo imprimir maior rigor ao autor intelectual da conduta delituosa, isto é, ao cabeça ou líder que promove, organiza ou dirige a organização criminosa.

O agente principal é o que teve a idéia, a iniciativa ou a organização do crime ou de sua execução. Oportuno aqui mencionar posição doutrinária significativa que preleciona:

[...] que o autor intelectual do delito (ou mandante) é partícipe, pois não praticou nenhum elemento do tipo penal (quem manda matar, efetivamente, não executa o homicídio, por exemplo). Isso não significa que deva ter punição menor. Ao contrário, preceitua o art. 29 Código Penal que qualquer concorrente do crime (Coautor ou Partícipe) responde de acordo com sua culpabilidade (grau de reprovação merecido).⁴⁵

Traz este julgado entendimento sobre o tema: “dirige a atividade dos demais agentes, quem disciplina, articula, fiscaliza, contrata, regula a execução, respondendo por sua eficiência.”⁴⁶

O inciso II do presente artigo do mesmo normativo legal tem como objetivo imputar maior punição ao agente que coage ou induz outrem, de forma irresistível, à execução material do crime. Induzir nesse caso significa fazer nascer a ideia de praticar o crime. Confira-se este acórdão: “A instigação, como provocação psicológica que é, consiste em exercitar, animar, estimular um propósito já formado, colaborando voluntariamente para que resolução criminosa se transforme em execução.”⁴⁷

O inciso III, do art. 62 do Código Penal ao mencionar o termo “instigar é fomentar idéia já existente, enquanto determinar é dar a ordem para que o crime seja

⁴⁴ BRASIL. *Código Penal de 1940. Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo:Saraiva:2010.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 433.

⁴⁶ _____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. 16.151 – Rel. Odemar Toledo apud AMARO, Mohamed . *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359.

⁴⁷ Idem. p. 358.

cometido.”⁴⁸Portanto, determinar configura-se quando o autor obriga alguém a cometer um delito, pressupõe para tanto, que o agente esteja sob subordinação da autoridade que o determinou a ação criminosa. Aqui, a lei refere-se a qualquer tipo de relação de subordinação, de natureza pública, privada, religiosa, profissional ou doméstica. Pode também o autor instigar alguém a cometer um crime, situação que se configura quando o agente já se encontra com a idéia preexistente para cometer o delito e alguém fortalece essa intenção, instigando-o a cometer o fato típico e antijurídico.

O inciso IV, do artigo em referência, enseja em apenar com maior gravidade o agente que executa o crime ou dele participa em razão de paga ou promessa de recompensa. A norma visa punir o agente mais severamente se pratica o crime na condição de autor ou partícipe, em razão de paga ou promessa de recompensa. Importante ressaltar que não é necessário que seja a recompensa efetivamente recebida. Ensino doutrinário revela “o agente que comete o crime ou dele toma parte pensando em receber algum tipo de recompensa”.⁴⁹

É essencial revelar que essa circunstância agravante não incide nos crimes contra o patrimônio, porque é da índole dessa modalidade de infrações penais a obtenção de vantagem econômica não incidindo, também, a agravante, sob pena de *bis in idem*.⁵⁰

Abordar-se-á, agora, a interpretação do art. 63, do Código Penal, que dispõe sobre a reincidência. “Verifica-se a reincidência quando o agente comete o novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”⁵¹

Comentário que vale a pena fazer sobre este dispositivo é que se considera primário todo aquele que não for reincidente. Há, também, o entendimento jurisprudencial de que há primariedade técnica, embora o agente venha a ter inquéritos e processo penal em curso, mas que não suporta nenhuma condenação transitada em julgado.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.433.

⁴⁹ Idem, p.433.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre-RS:Verbo Jurídico, 2008, p.136.

⁵¹ BRASIL. *Código Penal de 1940. Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

Relevante ressaltar que a transação penal não gera a reincidência, assim como a suspensão condicional do processo. Outro aspecto significativo é quanto ao impedimento de que seja a mesma condenação utilizada como reincidência e ao mesmo tempo como maus antecedentes.

Agora, passa-se a abordar as circunstâncias atenuantes previstas no art. 65 e 66 do Código Penal.⁵² São circunstâncias que expressam menor culpabilidade do agente sem que, contudo, estejam inseridas no tipo penal, mas que possibilitam ao Magistrado diminuir a pena no mínimo em abstrato do crime previsto em lei.

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, da data da sentença;

II – o desconhecimento da lei;

III – ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.⁵³

Circunstâncias atenuantes são todos os dados secundários e eventuais, objetivos ou subjetivos, que circundam o crime, cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de abrandar a sanção penal. Posição doutrinária prescreve: “são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade, devendo o juiz diminuir a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstrato, previstos pela lei.”⁵⁴

Há uma corrente majoritária em nossos tribunais superiores, notadamente em decorrência da Súmula 231 Superior Tribunal de Justiça, já mencionada neste trabalho, na qual preconiza da impossibilidade da incidência da circunstância atenuante não poder

⁵² BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵³ Idem.

⁵⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.439.

conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Em que pese o entendimento majoritário acima exposto, há decisões contrárias:

No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstâncias atenuantes, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena.⁵⁵

É atenuante o fato do agente ser menor de 21 anos na data do fato é adotado no País. É a chamada minoridade relativa. Isso se dá por uma questão de política criminal, pois se entende que o indivíduo menor de 21 anos carrega pouca experiência de vida, razão pela qual merece um tratamento penal mais brando. Do lado oposto, também é considerado circunstância atenuante o agente ser maior de 70 anos na data da sentença, seja essa sentença ou acórdão.

Essa atenuante tem como argumento o fato de que em se tratando de réu menor e, portanto, imaturo física e psiquicamente, inadmissível tratá-lo como adulto, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena, como também porque o delinqüente menor não está em condições iguais ao delinqüente adulto para o rigor da condenação. Segundo a doutrina essa atenuante “é preponderante no confronto com eventuais agravantes.”⁵⁶

Quanto ao assunto, relevante ressaltar o entendimento manifestado em acórdão: “A atenuante da minoridade é por demais relevante, devendo ser, em regra, destacada, observando-se, como limite, o mínimo estabelecido no tipo.”⁵⁷

A atenuante da minoridade tem determinada prevalência no contexto da dosimetria da pena a ponto de ser aplicada mesmo quando o meliante demonstre grande intensidade de dolo. Saliente-se nesse aspecto que a jurisprudência vem entendendo que a circunstância mais importante é o fato da vítima ser menor de 21 anos na data do fato. Esse entendimento é reforçado quando há o conflito entre agravantes e atenuantes, situação em que

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 9.719-SP – Rel. Min. Vicente Leal apud. AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 376.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.449.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 431.097-0-SP – Rel. Min. Felix Fischer apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 366.

os tribunais tem caminhado na compreensão de que a atenuante da menoridade é preponderante em relação às agravantes, não sendo possível, dessa forma, a sua compensação.

Esclarece-se que, em regra, a menoridade só se prova mediante certidão de nascimento; no entanto, a jurisprudência aceita outros meios legais, como, por exemplo, a cédula de identidade. Aqui vale mencionar a Súmula 74, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova da por documento hábil.”⁵⁸

O desconhecimento da lei, apesar de ser uma atenuante, não tem sido aceita, com freqüência, por nossos tribunais, pois o conhecimento da lei é inescusável e não exclui a culpabilidade. Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral está inserido no aspecto cultural e regional do local onde ocorreu o fato criminoso. O valor moral refere-se ao interesse subjetivo do agente, ao passo que o valor social condiz com o interesse coletivo ou público. Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar ou minorar as conseqüências, só se caracteriza como atenuante se o agente não estiver em perseguição policial ou ainda não for suspeito do crime. Reparação do dano até o julgamento é uma atenuante significativa, pois repara a vítima dos prejuízos financeiros causados. Entende-se constituir em um interessante mecanismo de diminuição da pena.

Sobre o tema faço referência ao julgado. BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. “A reparação do dano é circunstância atenuante (CP, art. 65, inci. III, b), quando se dá antes do julgamento; ou é causa de diminuição da pena, quando ocorre até o recebimento da denúncia.”⁵⁹

A atenuante de praticar o crime sob coação moral resistível, obediência de autoridade superior ou sob influência de violenta emoção provada por ato injusto da vítima, caminha na direção do entendimento que se dá à coação física, a qual exclui a conduta, tornando o fato atípico, como também vai ao encontro da coação moral irresistível que exclui a culpabilidade, isentando de pena. Logo, nada mais proporcional do que estabelecer como atenuante a coação moral resistível.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁵⁹ Amaro, Mohamed . *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 368.

No mesmo entendimento deve se dar a interpretação da obediência de autoridade superior, pois a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior acarreta a exclusão da culpabilidade (Código Penal, art. 22). Então, a obediência à ordem manifestamente ilegal deve permitir que se atenua a pena.

A atenuante da violenta emoção provocada por ato injusto da vítima exige que seja logo após o injusto, sob pena de não se caracterizar como atenuante.

Na confissão espontânea da autoria do crime perante a autoridade exige-se a espontaneidade, contudo, não se exige que o agente demonstre arrependimento pelo crime cometido. A confissão deve ser prestada judicial ou extrajudicialmente, mas desde que seja feita perante a autoridade judicial ou policial.

A respeito da confissão espontânea vale mencionar o seguinte julgado:

Para caracterização da atenuante genérica inscrita no art. 65, III, d, do Código Penal, é necessário que a confissão seja espontânea, circunstância que não se configura na hipótese de prisão em flagrante do réu que, além do mais, procura impetrar ao co-réu a responsabilidade em face do delito, admitindo apenas sua participação no fato.⁶⁰

Importante também fazer menção ao julgado: “Para a configuração da atenuante de que trata o Código Penal, art. 65, III, d, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado.”⁶¹

Vale lembrar que a confissão espontânea, apesar de atuar como circunstância que sempre atenua a pena, por ser considerada como serviço à justiça, vez que simplifica a instrução criminal e confere ao julgador a certeza moral de uma condenação justa, ela não tem o cunho de ser considerada quando realizada em 2º instância.

Na condição de objeto maior deste trabalho, comentar-se-á, a partir de agora, a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, detalhando os diversos aspectos do instituto da co-culpabilidade. Prescreve o dispositivo legal que: “A pena poderá ser ainda

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 26.853 – PR – Rel. Min. Vicente Leal apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

⁶¹ Idem, p. 369.

atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei.”⁶²

Denominada como atenuante inominada, e até mesmo chamada por alguns de atenuante da clemência. Constatou-se tratar de uma circunstância legal bastante aberta, pois pode constituir-se em qualquer circunstância relevante que tenha ocorrido antes ou depois do crime, que, não necessariamente, esteja expressamente em lei.

Sobre o assunto, a doutrina cita alguns exemplos em que é possível, por silogismo, inferir situações em que o julgador poderá considerar como atenuante inominada. Veja posição doutrinária:

[...]especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levará em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinqüente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. Há quem defenda a aplicação dessa atenuante quando se observar que o agente do crime foi levado à sua prática por falta de oportunidade na vida, situação criada pelo Estado, que deveria zelar pelo bem-estar de todos, invocando a denominada co-culpabilidade.⁶³

Este dispositivo legal concede ao magistrado uma discricionariedade bastante ampla, sem, no entanto, está dispensado de fundamentá-la, pois toda decisão judicial deve ser suficientemente motivada.

A jurisprudência também é bastante rica na consideração do que seja circunstância anterior ou posterior ao crime. Há julgados, por exemplo, que considera como atenuante do art. 66 do Código Penal o excesso de retardo do trâmite processual, sob o argumento de que a demora no julgamento constitui sofrimento ao acusado. Há sentença que aplica essa atenuante quando após a prática criminosa, o réu realiza tratamento para se recuperar de alguma dependência como o tratamento do alcoolismo e de drogas. Enfim, é uma regra de alta densidade interpretativa.

O dispositivo também possibilita ao julgador atenuar a pena do agente quando este agir na menor culpabilidade, no menor injusto do fato, a exemplo da situação de

⁶² BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008, p. 446.

desespero por questão de desemprego, doença grave na família ou mesmo por meio de tentativa de impedimento do resultado, mesmo quando seu esforço não tenha obtido êxito. Essas são algumas das situações em que caberá ao juiz atenuar a pena fundamentada no art. 66 do Código Penal Brasileiro.

Ensina parte da doutrina que “Circunstâncias atenuantes inominadas: Não estão especificadas em lei, podendo ser anteriores ou posteriores ao crime. Devem ser relevantes. A redução é obrigatória, se identificada alguma atenuante não expressa.”⁶⁴

Destaca-se a existência de uma circunstância que, infelizmente, o Código Penal Brasileiro não contempla de forma expressa, mas que pode ser explicada pela via de atenuantes cabível na interpretação do art. 66, do Código Penal. Trata-se da menor culpabilidade do agente em decorrência do que acostumou denominar-se de co-culpabilidade, que tem estreito vícios com princípios constitucionais.

Sobre o tema, com maestria, nos ensina respeitável doutrina:

[...]O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais [...]⁶⁵

Mormente oportuno aludir que a atenuante da co-culpabilidade no que diz respeito à questão da baixa escolaridade está prevista no art. 14, da lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e da outras providências.

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:
I- baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;
II- arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada;

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p.145

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 – Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.715.

- III- comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental;
- IV- colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.⁶⁶

Ressalta-se, contudo, que esse normativo é bastante específico, incidindo na legislação especial dos crimes contra o meio ambiente.

Salienta-se, ainda, que o problema ainda está por resolver no Brasil e em grande parte do mundo, de forma que essa atenuante para ser realmente aplicada, é preciso que os governos aceitem as desigualdades socioeconômicas e as disparidades culturais entre os cidadãos como fatores determinantes na restrição da autodeterminação do indivíduo.

Observa-se que a uns são oferecidos maiores espaços, onde se tem oportunidades, a educação de qualidade, ao emprego e ao mercado de consumo. A outros, negam-se espaços mínimos, razão pela qual a reprovação deve-se compensar a co-culpabilidade do estado a pena a lhe ser imposta. Infelizmente o tema é de escassa bibliografia e de jurisprudência minoritária, mas nem por isso deixa de ser um tema empolgante, o qual será abordado no capítulo 5 desta monografia.

Finalizando a segunda fase da dosimetria da pena, remeto a análise da discussão existente no que diz respeito ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, fazendo comentário ao art. 67, do Código Penal, que prescreve:

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.⁶⁷

No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, que encerra a segunda fase da fixação da pena, prepondera que as circunstâncias mais relevantes a serem levadas em consideração são os motivos determinantes do crime: a personalidade do agente e a reincidência. Contudo, a jurisprudência vem entendendo que a circunstância mais importante de todas é a menoridade relativa. “A menoridade é considerada como atenuante

⁶⁶ BRASIL. Lei 9.605, de 1998. Vade Mecum. 3 ed.. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁶⁷ BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

superpreponderante, acima de todas as demais agravantes, inclusive sobre a reincidência.”, assim decidiu o julgador (TJSP.TACRIM SP – Ap. 37.857 – Rel. Juiz Valentim Silva).⁶⁸

Pesquisa realizada por NUCCI no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontou uma linha dominante dos julgados quanto da aplicação da dosimetria quando houver o confronto de agravantes e atenuantes previstas no art. 67, Código Penal, conforme situações detalhadas abaixo:

- 1) Agravantes simples x atenuante simples: anulam-se – a pena não deve sofrer alteração na 2ª fase;
- 2) Agravante preponderante x atenuante simples: a agravante anula a atenuante = a pena deve ser elevada se possível na 2ª fase;
- 3) Agravante simples x atenuante preponderante: a atenuante anula a agravante = a pena deve ser reduzida se possível, na 2ª fase;
- 4) Agravantes preponderantes x atenuantes preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2ª fase;
- 5) Duas agravantes simples x uma atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2ª fase;
- 6) Uma agravante preponderante x duas atenuantes simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2ª fase.

Notas:

- a) São sugestões para garantir um equilíbrio entre as agravantes e atenuantes refletindo o prisma do art. 67 do Código Penal, Porém, não é uma operação aritmética, podendo o juiz valorar como entender mais apropriado o confronto, desde que o faça sempre, fundamentando a sua convicção.
- b) São preponderantes do crime:
 - motivos determinantes do crime
 - personalidade do agente
 - reincidência
- c) Lembrar que a análise de personalidade é fundamental para descobrir quais agravantes ou atenuantes devem preponderar uma sobre as outras. Ex. atuar com crueldade será uma agravante simples, se houver mero acaso, porém se advier de personalidade agressiva sádica do réu é agravante preponderante.⁶⁹

Sem dúvida, trata-se de um estudo valoroso e que visa a dotar as sentenças de um determinado padrão, afinal, vivemos em uma sociedade de padrões, nada mais natural, até mesmo porque dá a quem está sendo submetido a um julgamento a previsibilidade do que irá lhe ser imposto em termos penais. No entanto, não passa de um esforço de entendimento, pois a quantificação da pena é um poder discricionário do magistrado e será computado conforme

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Ap. 37.857 – Rel. Juiz Valentim Silva apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.371.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.449.

o caso concreto. Dessa forma, haverá sempre julgados díspares ao modelo sugerido pela doutrina majoritária e predominante nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem que o magistrado incorra em qualquer ilegalidade se a sentença não for contrária aos princípios constitucionais. Alerta-se, entretanto, que quando houver discrepância em julgados, caberá ao representante da parte prejudicada pelo exagero cometido na sentença recorrer às instâncias superiores para obter o equilíbrio da pena imposta ao condenado.

3.3 Causas de diminuição ou de aumento especiais da pena – Terceira fase

Já as causas de diminuição ou de aumento especiais permitem ultrapassar dos limites das escalas entre o mínimo e o máximo da pena-base. Nesse caso, o juiz pode aplicar só uma delas, adotando a que mais aumente ou diminua. É apurada com o cômputo das causas de aumento e de diminuição, art. 69 (concurso material) e 71 (crime continuado), da parte geral do Código Penal, contidos na parte geral, somando-se com as circunstâncias específicas da parte especial do mesmo diploma.

Essas causas de aumento e diminuição genéricas situam-se na parte geral do código e por isso são denominadas genéricas. Essas causas podem aumentar ou diminuir a pena em proporções fixas (1/6, 2/3 etc), a exemplo do crime continuado, previsto no art. 71, do Código Penal. Importante aqui ressaltar que esses percentuais podem elevar a pena além do máximo e diminuí-la do mínimo.

Como causa de aumento e diminuição genéricas, a mais conhecida é o da tentativa, prevista no art. 14, parágrafo único, que pune a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 a 2/3, a depender da maior aproximação do crime consumado.

Há, também, causas específicas ou especiais de aumento e diminuição da pena que se referem a crimes específicos previstos na parte especial, a exemplo do art. 155. § 2º do CP, (furto) que prevê uma causa de diminuição específica, permitindo ao agente primário, e quando de pequeno valor a coisa furtada, a possibilidade de diminuir a pena de um a dois terços, ou aplicar apenas a pena de multa.

Sendo previstas na parte geral ou na especial, essas causas são aplicadas na última fase da fixação da pena, conforme disposto no art. 68, do Código Penal. Havendo concurso de causas de aumento ou de diminuição presentes na parte especial, pode o julgador limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, adotando, a causa que mais aumente ou diminua.

Por fim, fixa a pena de acordo com o sistema trifásico desenvolvido por Nelson Hungria, prescrito pelo Código Penal:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.
70

Ressalta-se que há necessidade do Magistrado destacar cada estágio com a devida fundamentação de suas elementares, de suas circunstâncias ou de suas causas, sob pena de afrontar preceito constitucional da individualização da pena, acarretando a nulidade da sentença. Nesse contexto, deverá estar atento para evitar a dupla agravação pelo mesmo motivo, a exemplo de computar maus antecedentes, que é uma circunstância judicial e reincidência, que trata de circunstância legal. Há casos em que realmente há duas situações distintas e torna-se dever legal do magistrado adicionar tanto os maus antecedentes por uma condenação e considerar a reincidência por outra, sem que incida em *bis in idem*.

As causas de aumento e diminuição são definidas pelo próprio legislador, mas devem ser consideradas pelo Magistrado, tendo esse a discricionariedade de estabelecer o quanto a ser aplicado ao réu no caso em concreto, a exemplo da causa legal genérica prevista na Parte Geral do Código Penal do Art. 14, § único “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”⁷¹

Relevante lembrar que as causas de aumento e de diminuição, por comporem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em

⁷⁰ BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁷¹ Idem.

abstrato previsto pelo legislador, assim como possibilita o estabelecimento da pena abaixo do mínimo, como exemplo, menciona-se o art. 121, § 3º do Código Penal. “§3º Se o homicídio é culposo: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.”.⁷²

Já o conceito de qualificadoras e privilégios “circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando ou diminuindo a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previstos pelo legislador.”⁷³ Pode-se citar o art. 155, § 4º, furto qualificado, que prevê:

§ 4.º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:
 I-com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
 II-com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
 III-com emprego de chave falsa;
 IV-mediante concurso de duas ou mais pessoas.⁷⁴

A doutrina majoritária e grande parte da jurisprudência apontam na direção do entendimento de que “quando houver a existência de duas ou mais qualificadoras, deve-se considerar que, a partir da segunda, aproveita-se como circunstância legal (agravante) ou circunstância judicial.”⁷⁵

Somando-se a esse entendimento, parte da doutrina sinaliza no sentido de que quando houver necessidade de se fazer compensação entre circunstâncias judiciais e legais, essa só poderá ser realizada na mesma fase, conforme esclarece a doutrina: “quando o juiz estiver ponderando as circunstâncias judiciais, pode compensar os maus antecedentes com o motivo nobre para a prática do crime, ou então a personalidade agressiva da vítima.”⁷⁶

O sistema trifásico veda, no entanto, compensação de elementares contidas em fases diversas, como ilustração cita-se os maus antecedentes (circunstância judicial) com a confissão espontânea (circunstância legal – atenuante). Nesse sentido vale ver o julgado (Superior Tribunal de Justiça, HC 10.241.Rel. Vicente Leal):

⁷² BRASIL. Código Penal de 1940. Vadem Mecum. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.452

⁷⁴ BRASIL. Código Penal de 1940. Vadem Mecum. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista do dos Tribunais. 2010, p.453

⁷⁶ Idem, p.453

Penal. revisão criminal. Pena. individualização. Circunstância atenuante. Incidência obrigatória. Fixação abaixo do mínimo legal. No processo de individualização da pena, deve o Juiz observar os cânones inscritos nos arts. 59 e 68, do Código Penal, fixando a pena-base dentro das balizas delimitadas pelo legislador, observando, para tanto, as circunstâncias judiciais, fazendo incidir, depois as circunstâncias legais – Atenuantes ou agravantes – e complementação a operação com a aplicação das especiais de aumento ou de diminuição de pena. Fixada a pena-base o mínimo legal, descabe a redução por força a pena-base no mínimo legal, descabe a redução por força do reconhecimento de circunstâncias atenuantes, que, de outra parte, não se compensam com causas especiais de aumento de pena. Habeas-Corpus denegado.⁷⁷

Segundo doutrina majoritária, também não se compensam causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal. Contudo, as previstas na Parte Especial podem concorrer entre si, admitindo-se compensação quando tratar-se de duas ou mais causas de aumento ou duas ou mais causas de diminuição ou o juiz poderá aplicar a mais ampla delas ou todas. A doutrina exemplifica:

No crime de incêndio (art. 250), tendo sido praticado com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio (§ 1º, com aumento de 1/3) e tendo causado lesão grave para a vítima (art. 258, com aumento de metade), o juiz pode aplicar as duas causas de aumento ou somente a mais grave. Se iguais qualquer delas ... pode o juiz aumentar a pena duas vezes, ou apenas uma, dependendo do caso em concreto.⁷⁸

A respeito ao critério a ser utilizado para a aplicação dos aumentos e das diminuições não há consenso, contudo, tem predominado da jurisprudência o método segundo o qual o juiz poderá aplicar as causas de aumento e a de diminuição uma sobre as outras, evitando, dessa forma, a indesejável pena zero, pois não será possível compensá-las, anulando-as. Para ilustrar, veja exemplo oferecido pela doutrina a seguir: “[...] se a pena extraída da 2ª fase for de 6 anos, aplicando-se um aumento de 1/3, alcança-se a cifra de 8 anos. Em seguida, subtraindo-se 1/3, segue-se para a pena de 5 anos e 4 meses. Portanto, é incabível compensar as duas.”⁷⁹

Conclui-se pelos julgados apresentados, a premente tentativa de encontrar um padrão de interpretação dos julgados no que se refere à questão da dosimetria da pena,

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.241, Rel. Vicente Leal. Disponível:<<http://www.stj.jus.br>>acesso em 26/03/2011.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.453.

⁷⁹ Idem, p.454.

mas como em sua aplicação há uma enorme densidade de interpretação subjetiva do Juiz, os julgados sempre ficarão restritos ao caso concreto, portanto, longe de termos um padrão no cômputo da pena.

4 O INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE COMO INTERPRETAÇÃO DO ART. 66, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Procurar-se-á demonstrar nesse tópico o conceito de co-culpabilidade, sua aplicabilidade na dosimetria da pena e em quais princípios constitucionais se baseia. Também trará ao conhecimento do leitor a maneira de como está positivada em outros países e como a jurisprudência brasileira tem considerado a co-culpabilidade, aproveitando-se os julgados que concederam essa atenuante.

4.1 Conceito

Consiste o instituto em impor ao estado o ônus por não ter efetivado políticas sociais capazes de possibilitar uma maior elasticidade a autodeterminação de parte de seus cidadãos, em razão de uma realidade de oportunidades desiguais, onde se observa uma estrutura social opressiva, profundamente injusta e desigual. Assim o Estado possui parcela de culpa pela falta de autodeterminação do agente em agir de outra maneira, fato que o impõe compensar a pena a ser aplicado.

Na doutrina, a co-culpabilidade é assim conceituada:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.⁸⁰

Ressalta-se que o instituto vai ao encontro do que propõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José das Costa Rica” que em seu preâmbulo anuncia:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar

⁸⁰ MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. RJ:Impetus, 2006, p.36-37

dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civil e políticos.⁸¹

Pelo enunciado, revela-se, já, naquele normativo dirigido a todos os países signatários que o ideal de ser humano é ser livre e detentor de amplos direitos sociais e econômicos.

Infelizmente, os reclamos da sociedade, influenciada por um pensamento idealizado pela classe de maior status social é no sentido de criamos normas com maior pena e novos tipos penais. Infelizmente, esse tipo de pensamento tem encontrado eco em nossa sociedade, em especial na mídia. Percebe-se que esse movimento tem encontrado também eco no poder legislativo brasileiro, composto por membros de classes dominantes. Com este perfil, o que se vê é a criação de normas penais com penalidades cada vez maiores, sem, contudo, produzir os efeitos de diminuir a criminalidade no País.

Procurar-se-á demonstrar que a co-culpabilidade deveria ser uma atenuante sempre que possível perseguida e/ou aplicada por quem atua no Direito Penal, quando presentes as condições para sua aplicação, ou seja, sempre que for constatado que sua adoção tem amplo constitucional, conforme exposto a seguir.

4.2 O Princípio da igualdade.

Sabe-se que os princípios constitucionais em abstrato são de valoração equivalentes, possuem a mesma importância, mas em concreto precisam ser ponderados e sopesados, de forma a sobressair um sobre o outro, a depender do caso em análise. Entretanto, há o corolário de que as normas infraconstitucionais, bem como as sentenças, quando conflitantes com os princípios constitucionais, são passíveis de tornar os atos delas decorrentes nulos. Partindo dessa premissa, deve-se inferir que uma lei não pode contrariar um princípio contido na Constituição Federal, pois o texto Maior decorre de uma vontade social firmada pela sociedade, logo, não poderá ser desrespeitada por uma lei de votação ordinária, sob pena de quebrar a unidade jurídica.

⁸¹ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) Pacto de San José da Costa Rica) apud FILHO, Nestor Sampaio Pentead. *Direitos Humanos Doutrina – Legislação*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009, p.181.

Desse entendimento, leva-se a aduzir a respeito da estreita ligação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, razão suficiente para que possamos assentar que o instituto da co-culpabilidade sob o prisma do Direito Constitucional, deve ser também aplicado ao Direito Penal, tendo em vista que o Estado tem parcela de responsabilidade pela ausência de oportunidade e pela miserabilidade de seus cidadãos, fatores que, reconhecidamente, diminuem o campo de autodeterminação do agente.

Procura-se, com a co-culpabilidade, então, compensar essa desigualdade material, impondo ao estado o ônus a que lhe cabe também no campo penal. Acredita-se, que dessa forma, o direito penal estará sopesando suas sentenças na direção do princípio da igualdade contemplada em nossa constituição federal de 1988.

Várias são as formas de interpretar o princípio da igualdade, mas se mostra o mais adequado o conceito de que devem tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, pois a distribuição desigual de bens na sociedade provoca vantagens exageradas, injustificadas, além do que as pessoas são diferentes em suas condições naturais de aprendizagem em sua personalidade e em suas aptidões. Por esse olhar, pode-se concluir que a igualdade não é algo natural, ela deve ser perseguida, deve ser construída pelo homem.

Oportuna a lição doutrinária:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: Seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhe conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.⁸²

Procurou o Grande Contrato Social, por meio de seus preceitos, criar uma sociedade mais justa, igualitária, disponibilizando aos entes constituídos normas que possam delimitar as regras infraconstitucionais no caminho de estabelecer condições formais e materiais mais favoráveis àqueles que estão em desvantagens históricas ou naturais.

⁸² KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, tradução francesa da 2 Ed. alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962 Apud Celso Antônio Bandeira de Mello – *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. Ed. Malheiros, 2009, p. 10.

O direito, como o poderoso instrumento desse ideal de igualdade, é ferramenta utilizada pelos governos na busca de encontrar essa igualdade a seus cidadãos. Dessa forma, tem aplicado a discriminação positiva, mais conhecidas como “ações afirmativas”, aos quais buscam encontrar maior igualdade de oportunidades, a exemplo do que se observa quando a Constituição Federal estabeleceu em seu inciso VIII, art. 37, que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”⁸³

Logo, a igualdade está tanto em não discriminar como discriminar para obter maior igualdade. Por analogia, pode-se dizer que o Direito Penal deve promover, dando como exemplo o instituto da co-culpabilidade, condições materiais e formais para que se possa alcançar o equilíbrio na pena a ser aplicada, levando em consideração em sua dosimetria a restrita autodeterminação do agente.

É cediço que no Brasil se convive com um sistema social em que se verifica a existência de grupos sociais em completa desvantagem material, se comparados à classe mais favorecidas, o que diminui, demasiadamente, a possibilidade dessas pessoas terem acesso à cultura dominante se tentado por meios legais, isso, de certa forma, delimita o indivíduo, restringe seu autodeterminismo.

Salienta-se ainda, que antes mesmo do agente ter cometido o crime, no momento da criação das normas, verifica-se tratamento desigual entre indivíduos de maior e menor classe social, pois normas penas destinam-se a proteger determinada parcela da sociedade dos crimes que porventura vierem a cometer, a exemplo, o crime de “colarinho branco”, aí incluídos os crimes contra o sistema financeiro, os crimes tributários e os crimes contra a administração pública, sabidamente delitos afeitos às classes de maior “Status” social e por sua complexidade, são poucos compreendidos pela população em geral, razão pela qual enfrentam reduzida reação social, possibilitando ao sistema cominar penas mais brandas, apesar que, na maioria das vezes, provoca prejuízo bem maiores, notadamente às classes já vulneráveis socialmente.

⁸³ BRASIL. Art. 37º, *da Constituição Federal de 1988*. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

Contrariamente, os crimes inerentes às classes mais pobres, costumeiramente, crimes contra o patrimônio privado, são de fácil compreensão e de maior entendimento por parte da opinião pública, fatos estes que condicionam a produzir maior reação social e, como consequência, maior pena.

Demonstrar-se-á o que foi abordado nesses últimos parágrafos mostrando casos claros de falta de proporcionalidade e razoabilidade nas cominações penais neste País, senão vejamos: o crime de “furto qualificado”, em que haja destruição ou rompimento de obstáculo da coisa” com “abuso de confiança” ou mediante “fraude, escalada ou destreza”, “emprego de chave falsa”, ou “concurso de duas ou mais pessoas” a pena é de 2 a 8 anos de reclusão, conforme descreve o artigo 155, §4^o⁸⁴ do Código Penal, irremediável, concluir-se que nem sempre essas sentenças mantêm unidade com os princípios constitucionais elencados nesse trabalho, enquanto o de peculato, que causa um prejuízo coletivo, a pena é de 2 a 12 anos, sendo que este provoca muito mais prejuízos à sociedade. A análise a ser feita está em observar a pena mínima prevista no tipo penal. No exemplo apresentado, ambos tem o mesmo patamar mínimo, o que não me parece razoável, já que o peculato causa prejuízos a uma enorme fatia da sociedade, afetando, normalmente, programas sociais que sem os quais as comunidades inteiras ficam fadadas ao desamparo governamental.

Outra amostra pode ser feita na seletividade do “quantum” é baixo as penas cominadas nos crimes contra ordem tributária, econômica, ou contra a Administração Pública, a exemplo do crime de duplicada simulada, que prevê pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, conforme preceitua o art. 172, do Código Penal, enquanto o de furto qualificado a pena cominada é de 2 (dois) a 8 (oito) anos.⁸⁵

Agravando esse quadro, comumente verifica-se que os agentes pobres e de baixa escolaridade, não raramente possuem maus antecedentes, são reincidentes e, enfim, eles findam por ter sua pena base aumentada por essas circunstâncias, enquanto o indivíduo de classe mais favorecida, em regra, não é reincidente, em decorrência de fatores ligados às chamadas metas-regras, na teoria das subculturas e da teoria do etiquetamento.

⁸⁴ BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁵ Idem.

É bom salientar que a criminalidade não é um mal que acompanha apenas a classe pobre deste País, apesar dos dados oficiais ensejarem nesse sentido. Ao contrário, ela encontra eco em todos os estratos sociais, sem, contudo, fazerem cifra como crime no Sistema Penal Brasileiro.

Observe os dados extraídos da doutrina sobre a cifra-negra:

[...] Os dados da sociologia criminal relativos à “cifra negra” permitem, com efeito, negar a hipótese explicativa de que o recrutamento desta restrita população criminosa, dentro do grande número dos que, pelo menos uma vez, de um modo ou de outro, violaram normas do direito penal (Sack acredita poder inferir que, em uma sociedade como a da Alemanha Ocidental, esta cifra representa de 80% a 90% da população total, se realiza de modo casual).⁸⁶

Diante do exposto, está claro que o Direito Penal, por meio do Instituto da co-culpabilidade, deve adequar-se ao princípio constitucional da igualdade, a fim de que o agente não só venha a ter a igualdade formal, mas também a material, e, dessa forma, disponibilizar, de fato, a todos, a igualdade.

4.3 O princípio da dignidade da pessoa humana.

A compreensão e aceitação da idéia de dignidade da pessoa humana é originária do pensamento do cristianismo, com a compreensão de que todo o homem é digno e merecedor da proteção especial, pois todos somos a imagem e a semelhança de Deus.

Posição doutrinária sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁸⁷

⁸⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. – RJ: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 105.

⁸⁷ INGO, W. Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, e. Ed., Porte Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.60 apud CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume*

O princípio da dignidade da pessoa humana foi contemplado pelo constituinte de 1997, ao criar o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e, com isso, incorporando à nossa Carta Magna um valor universal e inerente ao ser humano, já contemplado no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao assinalar, em seu art. 1º, que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos)⁸⁸

Pode-se, assim dizer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que ele é um valor que cada ser humano tem por ser detentor do “logos”, ou seja, todos representam a imagem e semelhança de Deus, mercedores, portanto, de respeito, de bem-estar, de felicidade e de recebermos e darmos amor ao próximo.

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da Carta Magna, deve o ser humano ser livre em seus atos, deve ter oportunidades iguais, ter acesso à cultura, ao meio ambiente saudável, ter direito ao próprio corpo, entre outros direitos. Confirma-se a doutrina a respeito do tema:

A dignidade da pessoa humana decorre do chamado personalismo axiológico, segundo o qual o Direito deve ser pautar sempre com a finalidade de promover o bem-estar pleno do homem, pois este passa a ser o centro de todo o valor, sendo o verdadeiro sujeito do Direito.⁸⁹

Pode-se indagar o que esse princípio tem a ver com o instituto da co-culpabilidade. Ora, o Estado não tem obtido êxito em suas políticas de universalização do ensino público de qualidade, nem enfrentado com determinação os graves problemas de desigualdade social no País, enfim, não tem propiciado a todos a dignidade da pessoa humana, fato esse que provoca graus de autodeterminação bastante diferenciados entre os membros de uma mesma sociedade, pois as oportunidades não são ofertadas de forma equânime a todos. Esclarece a doutrina:

No Direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade do acusado ao *jus puniendi* do Estado, o que seria improvável e infactível...A Co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência

3, parte especial: dos crimes contra a dignidade da sexual a dos crimes contra a administração pública. 8 ed São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁸ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸⁹ MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. RJ: Impetus, 2006, p.62.

do Estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeitos de direitos, e não como objeto do mesmo.⁹⁰

Logo, fica límpido de que a falta de dignidade que o Estado brasileiro não oferta a todos seus cidadãos cria condições de autodeterminação bastante disformes, e isso deve ser considerado na dosimetria da pena quando o crime não contiver em seu elemento constitutivo a violência física e ter o agente vulnerabilidade social e baixa escolaridade.

4.4 O princípio da individualização da pena

Esse princípio deve ser devidamente valorado, pois é por ele que se determina que a aplicação da pena deve ocorrer de acordo com as características pessoais do agente a ser apenado, portanto, é necessário sempre avaliar os aspectos subjetivos e objetivos do apenado na aplicação da pena.

Podemos vislumbrar três fases da individualização da pena, quais são a legislativa, a judicial e a executória. A legislativa se dá ao elaborar o tipo penal incriminador, é o legislador o primeiro a fixar os valores mínimos e máximos para a pena, bem como os regimes e benefícios possíveis. A judicial é caracterizada pelo processo de concretização da pena feito pelo juiz no momento da sentença condenatória.

A individualização da pena, como ressalta Ada Pellegrinei Grinover e outros (in as Nulidades do Processo Penal – Malheiros Editores, 1992, página 163), opera em dois planos: o legal e o judicial. Representa, em qualquer deles, aceitação do princípio da isonomia, na justiça distributiva, segundo o qual devem os homens ser tratados desigualmente na justa medida das suas desigualdades, ou seja, segundo uma igualdade proporcional. Cabe ao legislador, no plano abstrato, estabelecer margens mínimas e máximas de penas aos diversos crimes e permitir agravamentos ou atenuações quando acompanhados, na sua concretização, de determinadas circunstâncias. Ao juiz incumbe, no caso concreto, buscar a reprimenda adequada, dentro dos limites previamente estabelecidos para cada crime e em face das agravantes e atenuantes genéricas ou especiais existentes (...) e todas as decisões

⁹⁰ BRASIL. *Código Penal de 1940*. Vade Mecum. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

atinentes à individualização da pena devem ser motivadas, sob pena de nulidades [...]”⁹¹

Oportuno dizer que esse princípio deve ser aplicado desde o momento da criação da norma, passando pela tramitação processual/sentença, até sua execução. Infelizmente, o que se vê é a discriminação logo na criminalização primária, que é o momento da criação da norma, onde grupos organizados atuam de forma a criminalizar determinadas condutas não tão danosas à coletividade e, enfraquecer qualquer tentativa de criação de normas mais duras as condutas que atingem a coletividade.

A individualização da pena também se dá por meio das chamadas metas-regras. São as regras que existem, mas não são formais, não são escritas, estão mais nos subterrâneos dos poderes, estão também presentes nas melhores condições de defesas em virtude do poder econômico do acusado, bem como estão presentes na similaridade social e cultural entre os membros que compõem o sistema da persecução penal e o réu, que enxerga naquele indivíduo sua semelhança, assim, aplica-se a individualização da pena quando de sua aplicação.

4.5 Direito comparado

Imprescindível mencionar que os normativos que serão abordados neste tópico, cujos textos extraídos dos códigos penais dos países abordados nesse trabalho foram originariamente formatados e ordenados na obra intitulada “Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal” de autoria de Grégore Moreira de Moura, doutrinador brasileiro que debruçou sobre o tema.⁹²

O doutrinador Grégore Moura denomina o instituto em referência como princípios da co-culpabilidade, e esclarece que está positivado em diversas legislações, a exemplo de Portugal em grande parte dos países de origem latino-americanos, como Peru, Costa Rica, Argentina México e Colômbia, países que tem contemplado esse “princípio” como que reconhecem a sua meia culpa na questão da criminalidade.

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, 1992 apud AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.316.

⁹² MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*. RJ:Impetrus, 2006, p.69-87

No Direito Penal Argentino, a co-culpabilidade é prevista como uma circunstância legal que agrava ou atenua a pena, não obstante os doutrinadores sempre a tratem como circunstância atenuante.

No Código Penal argentino o tema é assim normatizado:

Artículo 40. Em las penas divisibles por razón de tiempo o de contidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.

La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho. La medida requerida para cada caso.⁹³

No Direito Penal Mexicano é assim disposta:

Art. 52. El juez fijará las penas e medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

V- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales e económicas del sujeto, así como los motivos que impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.⁹⁴

No Direito Penal Peruano está previsto no art. 45 o princípio da co-culpabilidade, assim descrito:

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena: El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- 2. Su cultura y sus costumbres. Y*

⁹³ Livro Primeiro, que trata das disposições gerais do Código Penal argentino de 21 de dezembro de 1984 apud MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. RJ:Impetus, 2006, p.71.

⁹⁴ Idem, p. 72.

3. *Los intereses de La víctima, de su familia o de las personas que de Ella dependen.*⁹⁵

Observa-se que na legislação mexicana, a co-culpabilidade é uma circunstância judicial, logo incidindo na primeira fase da aplicação da pena. Percebe-se que naquele País houve avanço na tentativa de minorar as perversas conseqüências da vulnerabilidade e da falta de educação, com a previsão expressa da co-culpabilidade no art. 52 transcrita.

O Direito Penal da Costa Rica, assim como no Brasil, não contempla de forma expressa o princípio da co-culpabilidade em seu normativo jurídico. Lá se poderá aplicá-lo por meio de uma interpretação do art. 71, o qual equivale ao art.66 do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre atenuantes inominadas, senão vejamos:

Art. 71: El Juez, em sentencia motivada, fijará La duración de La pena que debe imponerse de acuerdo com los limites señalados para cada delito, atendiendo a La gravedad Del hecho y a La personalidad Del partícipe.

Para apreciarlos se tomará em cuenta:

a) Los aspectos subjetivos y objetivos Del hecho punible;

b) La importancia de modo, tiempo y lugar;

d) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;

e) Las demás condiciones personales Del sujeto activo o de La víctima em La medida em que hayan influido em La comisión Del delito; y

*f) Lá conducta Del agente posterior AL delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas AL Instituto de Criminología El cual podrá incluir em su informe cualquier outro aspecto que pueda ser de interes para mejor información Del juez*⁹⁶

Contudo, aquele País, reconhecendo o problema, está analisando Projeto cujos artigos 73 e 74 procuram evoluir no entendimento da co-culpabilidade, normatizando-a, conforme texto extraído..

Artículo 73: Principio de culpabilidad

La pena no podrá exceder los limites de La culpabilidad. Tanto para cuantificar como para seleccionar La pena de los delitos y las contravenciones, El juez tendrá especialmente em cuenta: La extensión Del daño y Del peligro provocados; La calidad de los motivos que lo impulsaron a La conducta; La mayor o menor comprensión Del carácter ilícito de La conducta; las circunstancias de modo, comprensión Del carácter ilícito de La conducta,. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar de La conducta, las condiciones económicas, sociales, culturales y personales Del autor, El comportamiento posterior a la conducta, em cuanto revele condiciones

⁹⁵ Libro Primeiro, Título III: de las Penas; Capítulo II: Aplicación de La Pena. Apud MOURA, Grégore Moreira de. *Do Principio da Co-Culpabilidade*. RJ: Impetus, 2006, p.74.

⁹⁶ Idem, p.75/76

generales de La persona ofendida en cuanto revele La disposición para reparar El daño, resolver El conflicto o mitigar SUS efectos. Y lãs condiciones generales de La persona ofendida em La medida em que hayan influído em La comisión Del delito o contravención.

Las mismas reglas se aplicaran cuando se trata de lãs sustituciones tanto de La paena principal por uma alternativa como de uma alternativa por outra ou otras.

Artículo 74: Reglas generales para La aplicación de lãs penas.

Em El momento de individualizar lãs penas, de determinar lãs condiciones de su cumplimiento o de realizar lãs sustituciones que correspondan, El juez dele tener em cuenta lo que em cada caso resulte adecuado para:

Tutelar lso intereses de La víctima, de su familia o de lãs personas que de Ella dependan;

- 1. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por La conducta;*
- 2. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por La conducta;*
- 3. Suplir lãs carências sociales que há sufrido La persona condenada*
- 4. Conservar y mejorar La salud física y psíquica de La persona condenada;*
- 5. Hacer El menor empleo posible de La pena de prisión; y*
- 6. Motivar que La conducta futura de La persona condenada, sea conforme a derecho.⁹⁷*

Verifica-se na leitura do texto do referido Projeto de Lei que o juiz ao aplicar a pena estará vinculado a considerar sempre que existir as carências sociais da pessoa condenada.

No Direito Penal Boliviano, o instituto da co-culpabilidade encontra-se identificado como circunstância judicial para aferir a personalidade do autor e como atenuante genérica, quando o agente pratica o fato impulsionado pela miséria, segundo texto que se pode tirar do Código Penal Boliviano.

Art. 38 - CIRCUNSTÂNCIAS

Para apreciar La personalidad Del autor, se tomará principalmente em cuenta: La edad, La educación, lãs costumbres y La conducta precedente y posterior Del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación econômica e social.

Art. 40 – ATENUANTES GENERALES

Podrá también atenuarse La pena:

Cuando El autor há obrado por motivo honorable, o impulsado por La miséria [...] ⁹⁸

⁹⁷ Livro I:Parte General;Título V:Penas Y su Aplicación; CapítuloIII:Determinación de La Pena Apud MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. RJ: Impetus, 2006, p.76

Dessa forma, o Código Penal boliviano demonstra claramente a preocupação em reconhecer a co-culpabilidade na fixação da pena, pois a miséria pode ser considerada e levada em conta nas circunstâncias trazidas pelo art. 38, especial na frase su situación económica e social.

A co-culpabilidade no Direito Penal Colombiano está prevista no art. 56, do Código Penal Colombiano, abaixo descrito.

Art.56 – El que realice La conducta punible bajo La influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorância o pobreza extremas, em cuanto hayan influído directamente em La ejecución de La conducta punible y no tengan La entidade suficiente para excluir La responsabilidad, incurrirá em pena no mayor de La mitad Del máximo, ni menor de La sexta parte Del mínimo de La señalada em La respectiva disposición.⁹⁹

Encontra-se a co-culpabilidade no ordenamento português, prevista no art. 71, alínea d do Código Penal português, o qual se transcreve:

Art. 77. Determinação da medida da pena.

1.A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2.Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a)O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas conseqüências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b)A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d)As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e)A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as conseqüências do crime;

f)A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3. Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.¹⁰⁰

⁹⁸ Decreto Ley 10426, de 23 de agosto de 1972. Elevando a rango de Ley em 10 de marzo de 1997. Modificado pela Ley 1768.Actualización según. Ley 2494 de 04 de agosto Del 2003.apud MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal*. RJ:Impetus, 2006, p.80

⁹⁹ Idem, p.81

¹⁰⁰ Livro I; Título III: Das Consequências Jurídicas do Facto; Capítulo IV: Escolha e Medida da Pena;Secção I – Regras Gerais.apud MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. RJ: Impetus: 2006, p.84.

Conclui-se que muitos países de origem latino-americanas vem adotando por diversas formas a co-culpabilidade em seus normativos penais, motivados, provavelmente, por reconhecerem a grande desigualdade existentes em seu corpo social, marcado por uma sociedade que conviveu por muito tempo com base da mão-de-obra escrava, economia predominantemente extrativista e com grande desigualdade social, características que inclinaram seus legisladores compensarem também no direito penal a co-culpabilidade do estado pela miséria e baixa escolaridade, fatores que limitam autodeterminação de muitos que acabam sendo identificados pelo sistema penal.

4.6 A co-culpabilidade na jurisprudência brasileira.

Apesar de não predominar em nossos tribunais o acolhimento da teoria da co-culpabilidade nos casos em que é cabível, mostrar-se-á nesse tópico alguns julgados contrários a esse entendimento, cuja sentença reconheceu que a vulnerabilidade econômica e a baixa escolaridade deveriam ser consideradas na apuração do *quantum* a ser apenado o agente quando da dosimetria da pena a lhe ser aplicada. Confira-se o presente julgado:

Ementa. Furto em residência. Concurso de agentes e autoria comprovadas. fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância.

Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância.

Juízo Condenatório mantido incidência da atenuante mantido. Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66. Réu semi-alfabetizado. Instituto da co-culpabilidade. Redução da pena. Multa. Isenção de pagamento. Possibilidade. Pena que transcende da pessoa do condenado pobre, atingindo seus familiares. Apelação parcialmente provida.¹⁰¹

Há julgados em que o instituto da co-culpabilidade é aplicado em legislação especial, no caso em epígrafe, na lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), situação em que o magistrado considerou a precária situação econômica e a baixa escolaridade para quantificar a pena a ser aplicada ao agente nessas condições. A título de ilustração, menciona-se julgado da

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Crim. 70013886742. Rel. Marco Scapini. Disponível <<http://stj.gov.br>> acesso em 03/03/2011.

justiça federal reconhecendo a aplicação da atenuante genérica prevista do art. 66, do CP, aplicando essa atenuante na terceira fase do sistema trifásico, no caso do crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/2006.

O acórdão da sentença, que em seu item 1 prescreveu: “No caso específico dos autos, a condição de “mula”, a situação de pobreza e o baixo grau de instrução devem ser avaliados na terceira fase, quando do exame da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por favorecer mais as rés. Veja a ementa.

Penal. Tráfico Internacional de drogas. Art. 33, Caput 33, c/c Art. 40,I, da Lei nº 11.343/06, condição de “mula”. Situação de pobreza. Aplicação da atenuante genérica (Art. 66. CP). Deslocamento para terceira fase. Agravamento pelo uso de transporte público. Exclusão minorantes descritas no art. 33, § 4º, e art. 41, da Lei 11.343/06. Incidência da primeira. Penas redimensionadas. Importação desautorizada de munição. Art. 18 da Lei nº 10.826/03. Pena-Base reduzida. Afastamento das circunstâncias do crime multa. Redução para os dois delitos. Substituição das penas. Vedação legal.

1. No caso específico dos autos, a condição de "mula", a situação de pobreza e o baixo grau de instrução, devem ser avaliados na terceira fase, quando do exame da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por favorecer mais as rés.¹⁰²

O instituto recebeu acolhimento até mesmo para os crimes contra a dignidade sexual, julgados em que os magistrados sopesaram os princípios que norteiam a culpabilidade de forma preponderante. Verifica-se a decisão:

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto acolhido por maioria de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).¹⁰³

Agora, mostrar-se-á outro julgado fundamentando o não acolhimento da co-culpabilidade, cuja argumentação é quase padrão para a argumentação refutando-a.

inaplicável, no caso dos autos o mencionado “princípio da co-culpabilidade”, pela personalidade voltada para a prática criminosa, contando com várias condenações, não podendo agora, requerer um reconhecimento por parte do

¹⁰² BRASIL. ICP e Portaria do Tribunal Regional Federal 4º Região nº 195, de 16 de dezembro de 2004 (DJU de 24/12/2004), p.25. acesso em: 08/03/2011.

¹⁰³ _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes número 0000792358 – Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo.

Estado, de sua ausência de prestações materiais, culturais e sociais, alegando que essa lacuna contribuiu para que viesse a praticar crimes.¹⁰⁴

É irremediável revelar que essa é a posição majoritária quanto à interpretação que nossos julgadores tem feito a respeito da co-culpabilidade estatal, mas, não se pode negar que há sentença acatando a co-culpabilidade quando da interpretação do art. 66 do Código Penal, comumente sentenças proferidas no sul e sudeste, reconhecidamente as regiões de melhor desenvolvimento sócio-econômicos do País.

Não há dúvida de que o tema ainda passa por um processo dialético, que certamente deverá apontar um caminho mais ponderável e razoável de nossos julgadores, ou quem sabe até mesmo do parlamento brasileiro, normatizando a matéria de forma mais clara. Por oportuno, verifica-se pelos argumentos apresentados por quem não acata a co-culpabilidade a escassez na fundamentação, mostrando assim inconsistente sustentação argumentativa, pois evitam tocar no cerne da questão sobre os princípios que norteiam a co-culpabilidade estatal, bem como por não enfrentarem as teorias de criminologia mencionadas nesse trabalho, ou seja, da teoria do etiquetamento, das subculturas, das questões ligadas às metas regra, que ensejam na restrição da autodeterminação do agente, entre outras.

¹⁰⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. Crim. 990.10.185470-8. Rel. Luis Antônio Cardoso. Disponível:<<http://www.esaf.tjsp.jus.br>>cesso em: 04/04/2011.

CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho a resposta para a seguinte problematização: A baixa escolaridade e a vulnerabilidade social do réu devem ser consideradas para atenuar a aplicação da pena quando a ação não houver ofensa à integridade física da vítima, com aplicação dessa atenuante por meio do art. 66, do Código Penal?

Fundamentado na co-culpabilidade do Estado, essa obra procurou mostrar que sim, pois o Estado não tem obtido êxito em suas políticas públicas de universalização do ensino, nem tem enfrentado, com determinação, os graves problemas de desigualdade social no País, restringindo, dessa forma, a autodeterminação desses agentes.

Para alcançar esse entendimento, esta monografia inicia sua base argumentativa trazendo evidências que a pena se mostrou ao longo da existência humana como a forma mais usual de conter os ímpetos humanos com vista à manutenção de uma ordem social aspirada pelo grupo que as adotou, funcionando, dessa forma, como um meio de defesa da sociedade. Pode-se afirmar que a pena é um axioma quase como inquestionável à manutenção da paz social, apesar da incontestável verdade de que o crime e o criminoso estarem presentes na história do homem e em todo grupo e/ou sociedade.

É cediço que ao longo da existência humana, as penas foram aplicadas nas mais diversas formas. Inicialmente, pelo chefe da clã, o qual aplicava a pena ao infrator das regras impostas pela tribo, posteriormente, na idade média, aplicada pelos monarcas absolutistas, com penas cruéis e “espetaculares”, e, atualmente, o único detentor do direito de punir está conferido ao Estado, amparado por normas legais.

A pena é, sem dúvida, uma ferramenta intimidadora das condutas desviantes. Contudo, para adotá-la, o próprio corpo social se viu na necessidade de estabelecer regras bem definidas com vistas a atender seu maior objetivo, qual seja, punir o infrator e promover a pacificação social e ao mesmo tempo evitar os excessos praticados pelo Estado, estabelecendo, com isso, limites ao detentor do poder de punir.

No Estado democrático de direito, as penas são normatizadas por meio de regras pré-estabelecidas, criadas pelo legislador originário (constituente), e o ordinário, sendo este designado para a criação das normas infraconstitucionais que devem manter unidade com o núcleo das regras e princípios constitucionais. Dessa forma, constrói-se o arcabouço jurídico constituído de princípios e leis que legitimam a ação do Estado no Direito Penal.

Dessa forma, o Estado se aparelhou das normas penais, tendo o Brasil adotado o sistema trifásico, para quantificar a pena a ser aplicada ao delinquente. Esse trabalho, porquanto, procurou elucidar de maneira minuciosa as normas aplicáveis para identificar o *quantum* a ser adotado ao apenado, mostrando os critérios da aplicação da dosimetria da pena, cuja divisão se deu em 3 (três) fases, sendo a primeira fase a que se destina a identificar as circunstâncias judiciais, a segunda fase, as circunstâncias legais, e a terceira fase e última, as causas de aumento e de diminuição da pena, como prescreve o art. 68 do Código Penal.

Percebeu-se no transcorrer dessa leitura que o tema não é pacífico em nossos tribunais, pois nas normas penais, o legislador estabeleceu princípios, criou o tipo penal e a pena atribuída a seu transgressor, mas, deixou uma significativa margem de dosagem ao julgador, que de forma subjetiva e discricionária que se utiliza, dentro de uma perspectiva de limitação vinculada por lei expressa, mas que irremediavelmente deve se coadunar com os princípios constitucionais.

No entanto, nessa margem de subjetividade, observa-se todo tipo de julgado, com as mais diversas interpretações, realidade essa que, não rara, tem levado os tribunais superiores a intervir por meio de súmulas, com o propósito de padronizar determinadas posições sobre normas referente a dosimetria da pena, assim se deu como a edição da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve não ser possível na segunda fase, quando da existência de atenuante, e se a pena já estiver no seu mínimo, diminuir a pena do réu.

Procurou esta monografia esclarecer pontos e muitas das posições adotadas por nossos tribunais no que se atine às questões da dosimetria da pena, e para alcançar esse objetivo procurou veicular decisões jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários.

Também produziu detida análise do art. 66 do Código Penal, colocando sob olhar apurado o instituto da co-culpabilidade, que, não obstante, estar longe de obter o acolhimento da maioria dos julgadores, observou-se na leitura deste trabalho sua aplicação jurisprudencial, bem como posição doutrinária, onde se defende que a pena deve ser atenuada por esse instituto quando presentes as condições de vulnerabilidade social e econômica, baixa escolaridade do agente e o crime não ofender a integridade física e psíquica da vítima.

Posicionando-se com uma visão humanística da pena ao colocar-se favorável a defesa da aplicação da atenuante da co-culpabilidade sempre que existentes suas condições no caso concreto, este trabalho procurou noticiar a relevância do julgador ao apurar o *quantum* penal a ser aplicado ao apenado, cuja sentença deverá irremediavelmente conter enorme equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade, fundamentando todas as elementares, circunstâncias e causas que compõem essa dosimetria.

Por fim, mostra-se a obra um esforço de esclarecer a interpretação dominante na jurisprudência quanto à aplicação das questões referentes à dosimetria da pena, com exceção a esse posicionamento majoritário, o presente trabalho detalha a atenuante prevista no art. 66, do Código Penal, concordando com a jurisprudência minoritária e doutrina escassa, que se posicionam favoráveis ao acatamento desta atenuante por meio da co-culpabilidade estatal, quando presentes no agente vulnerabilidade social e econômica, baixa escolaridade e o não houver ofensa à integridade física da vítima, aliando-se, dessa forma, ao entendimento de que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no âmbito dos princípios constitucionais, cujo núcleo está na defesa dos direitos fundamentais, marcado pela igualdade, dignidade da pessoa humana e a individualização da pena.

REFERÊNCIAS

AMARO, Mohamed. *Código Penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940. *Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. *Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei 11.343 de 2006 – LEI ANTI-DROGAS*. *Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei 9.605 de 1998 – DOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE*. *Vade Mecum*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC 10.241*. <<http://www.stj.jus.br>> acesso em: 26/03/2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmulas*. *Vade Mecum*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 95738-MS. <<http://www.stf.jus.br/paginador.jsp>> acesso em: 23/03/2011.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. <<http://www.esaf.tjsp.jus.br>> acesso em: 23/03/2011.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *AP.Crim. 70013886742*. <<http://www.tjrs.gov.br>> acesso em: 03/03/2011.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos infringentes n. 0000792358* <<http://tjrs.gov.br>> acesso em: 28/03/2011.

_____.TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AP. *Crim.* 990.10.185470-8. <<http://www.esaf.tjsp.jus.br>>acesso em: 04/04/2011.

_____.TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – ICP e Portaria.<<http://www.trf4.jus.br/trf4>>acesso em: 08/03/2011.

FERNANDES, Newton & Fernandes Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo. 2 ed. Editora:Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. *Direitos humanos doutrina – Legislação*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

MISCIASCI, Elizabeth. *Como surgiram as prisões*. <http://eunanet.net/beth/neus/tópicos/nas_os_presidios.htm.> acesso em: 09/04/2011.

LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre:Safe, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 Ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Pena – Parte Geral*. 23 ed. São Paulo:Atlas S.A, 2006.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Niterói,RJ.:Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Volume 1 – Parte Geral*. 6 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.