

DIREITO PENAL

ARTIGO

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO CAUSA ATENUANTE INOMINADA

THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY AS AN UNCLASSIFIED MITIGATING CIRCUMSTANCE

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO

Oficial do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

jader@mp.mg.gov.br

RESUMO: Neste trabalho realizou-se um estudo sobre a aplicação do princípio da cculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio como atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal. O trabalho foi desenvolvido em dois capítulos. No primeiro foram abordados os princípios fundamentais do Direito Penal, pontuando-se suas especificidades e tecendo-se breves relatos sobre seus conceitos doutrinários; no segundo, foi enfrentado o tema relativo à teoria da cculpabilidade, sob a ótica da doutrina, jurisprudência e legislação positivada. Feitas essas análises, conclui-se, a despeito de divergências, que o princípio da cculpabilidade já possui vida própria no Direito Penal e que já há fundamentação e necessidade suficientes para ser aplicado pelos magistrados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; cculpabilidade; individualização da pena; igualdade.

ABSTRACT: In this work we carried out a study on the application of the principle of co-parental guilt in the legal system as mitigation

innominate under Article 66 of the Penal Code. The study was conducted in two chapters. The first addressed the fundamental principles of criminal law and its specific scoring weaving brief accounts of their doctrinal concepts, in the second, the issue was addressed on the theory of co-guilt, from the perspective of the doctrine, jurisprudence and legislation positivity. Study carried out these steps, it is concluded, despite differences, the principle of shared guilt already has its own life in criminal law, and there are already enough reasons and need to be applied by judges.

KEY WORDS: criminal law; co-guilt; individualization of punishment; equal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios fundamentais de Direito Penal. 2.1. Princípios gerais de natureza penal. 2.1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal. 2.1.2. Princípio da anterioridade da lei penal. 2.1.3. Princípio da extra-atividade da lei penal. 2.1.4. Princípio da taxatividade legal e interpretativa. 2.1.5. Princípio da culpabilidade. 2.1.6. Princípio da pessoalidade. 2.1.7. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato. 2.1.8. Princípio da individualização da pena. 2.1.9. Princípio da lesividade. 2.1.10. Princípio da intervenção mínima. 2.1.11. Princípio da fragmentariedade. 2.1.12. Princípio da insignificância. 2.1.13. Princípio da adequação social. 2.2. Princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal. 2.2.1. Princípio da humanidade. 2.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2.3. Princípio da proporcionalidade. 2.2.4. Princípio da razoabilidade. 2.2.5. Princípio da isonomia. 3. A coculpabilidade e suas implicações. 3.1. Discussão terminológica. 3.2. *Fundamentos da coculpabilidade*. 3.3. *Aplicação da coculpabilidade*. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A confiança no Direito Penal como instrumento garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta com a realidade diária dos brasileiros pobres e miseráveis. O Direito Penal sancionador deve ser, ao mesmo tempo, protetor, e isso deve ser relevado.

Diante da imensa desigualdade social brasileira, é preciso um sistema penal voltado para o pensamento sociológico. Por isso, sentimo-nos motivados a fazer um estudo sobre o princípio da coculpabilidade, que faz justamente essa ligação entre o Direito e a Sociologia Criminal, para garantir a proteção do indivíduo rejeitado pela sociedade e pelo Estado.

Não há dúvida de que a pena é necessária. Também é incontroverso que ela tem de ser aplicada com justiça. Precisamos, então, efetivar esse discurso. Não basta, por exemplo, conceituar o furto famélico à luz do estado de necessidade. Um homem com fome não é um homem livre. E, nesse sentido, o princípio da coculpabilidade proporciona ao Juiz a possibilidade de declarar, na sentença, que o sistema penal reconhece a liberdade limitada desta parcela da sociedade, devendo a responsabilidade ser dividida com o Estado, em face das carências sociais que imperam hodiernamente. Dessa forma, há a possibilidade de revelar a consciência de que o acusado, em determinados casos, não é livre para escolher entre o bem e o mal. E há situações em que é extremamente difícil alcançar os comandos que a sociedade legal determina a cada um.

Contudo, a coculpabilidade não está expressamente prevista na legislação penal-constitucional pátria. Além disso, ela é muito pouco aplicada pela jurisprudência e muito pouco explorada pela doutrina pátria – apesar de ser bastante debatida pela doutrina estrangeira, já sendo inclusive positivada na legislação de países como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica.

Enfim, é de se notar a oportunidade deste estudo, uma vez que atualmente está em tramitação no Congresso Nacional o anteprojeto de Lei n. 3.473, apresentado em 18 de agosto de 2000 pelo Poder Executivo, que visa à reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro (CPB). Nessa proposta, a coculpabilidade é inserida entre as circunstâncias judiciais previstas para fixação da pena-base, elencadas pelo artigo 59.

2. Princípios fundamentais de Direito Penal

Os princípios concretizam valores e, por isso, fundamentam, de modo inexorável, a interpretação, integração, o conhecimento e a aplicação das normas jurídicas, visando dar unidade, harmonia e coerência ao sistema jurídico. Ressalte-se que os princípios independem da concretização de uma norma para mostrar sua força, pois, às vezes, o princípio existe, porém ainda não foi concretizado pela norma jurídica.

Na atualidade, como fruto da expansão e da internacionalização cada vez maior das exigências de proteção e garantias inerentes aos direitos humanos, assiste-se à crescente universalização dos princípios do Direito Penal. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os princípios penais vêm servindo como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal, bem como sendo continuamente consagrados nos mais variados textos internacionais (tratados, pactos, declarações etc.) (PRADO, 2010).

Entre as várias classificações dadas pela doutrina sobre os princípios que efetivamente se jungem ao Direito Penal, utilizaremos aqui uma classificação dada por Luiz Regis Prado, que apresenta uma proposta na qual os princípios fundamentais do Direito Penal seriam enunciados em dois grupos: (a) *princípios gerais de natureza penal* e (b) *princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal*. Ambas as modalidades se apresentam formalmente na ordem jurídica, de modo explícito ou implícito, em texto constitucional ou em lei ordinária.

2.1. Princípios gerais de natureza penal

Os princípios gerais de natureza penal, tidos por princípios informadores, integram o ordenamento penal positivo em razão do próprio conteúdo. Ademais, eles têm características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago

do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no âmbito delicado do Direito Penal (PRADO, 2010).

2.1.1. Princípio da legalidade ou da reserva legal

O princípio da legalidade é certamente um dos princípios mais importantes da esfera criminal, pois constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal de interferir nas liberdades individuais, garantindo a segurança político-jurídica da sociedade diante das vontades particulares daquele que a governa. O ilustre autor Rogério Greco ensina que:

Estado de Direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei. (GRECO, 2009, p. 93).

Também Hungria e Fragoso lecionam que a

[...] supressão do *princípio da legalidade* subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a *consciência* da violação do *dever jurídico*, ou possibilidade dessa consciência. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 24).

Daí ser traduzido esse princípio no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Essa expressão latina, elaborada por Anselm von Feuerbach, em sua obra *Tratado de Direito Penal*, publicada em 1801, cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão (PRADO, 2010). Ainda segundo Hungria e Fragoso, antes de ser um critério jurídico penal,

[...] o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria

medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 22).

Essa expressão latina significa, em termos bem esquemáticos, que somente a lei formal – em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista – é fonte criadora de crimes e de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização, em seu lugar, de qualquer outro ato normativo, do costume ou da analogia que agrave a situação do acusado – *in malam partem* (PRADO, 2010).

Assim, entre as funções clássicas do princípio da reserva legal, estão a exigência de lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) – que veda a incriminação através do costume – e a proibição da aplicação analógica de normas penais (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980, p. 223).

Há ainda outra função atribuída ao princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que proíbe a incriminação vaga e indeterminada que não permite saber de forma exata qual é a conduta incriminada. Este assunto será tratado especificamente no item 2.1.4.

Historicamente, parte da doutrina defende que a origem do princípio da legalidade no Direito Penal positivo é atribuída à Magna Carta inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, ao proclamar em seu artigo 39 que:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2009).

Esse preceito contido na Magna Carta inglesa continha, sem dúvida, a ideia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face

da liberdade individual, que, no século XVIII, Montesquieu retomaria, cristalizando-a na sua famosa obra *O Espírito das Leis*, de 1748. Foi com o grande publicista francês que se fixou o conceito de liberdade como “o direito de fazer tudo quanto as leis permitem”. O que não é proibido é permitido. O indivíduo orienta-se exclusivamente segundo a lei. Daí, o corolário necessário, a proibição da analogia e do costume em matéria penal (HUNGRIA; FRAGOSO, 1980).

Foi com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamada na Revolução Francesa, que o princípio da legalidade se difundiu para os demais países, convertendo-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político, radicado na redação dos artigos 7º, 8º e 9º desse documento, previu a função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito (PRADO, 2010).

O princípio da legalidade, invariavelmente considerado por todas as legislações dos povos civilizados, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Inspirada no individualismo político da Revolução Francesa, essa Constituição preceituava no inciso XI de seu artigo 179 que: “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta.” (PIERANGELLI, 1980, p. 110).

Posteriormente, o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, e o Código Penal Republicano, de 11 de outubro de 1890, mantiveram, com pequenas alterações de redação, a consagração do princípio da legalidade:

Código Criminal do Império de 1830

Art. 1º Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique. (PIERANGELLI, 1980, p. 167).

Art. 33 Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio. (PIERANGELLI, 1980, p. 169).

Código Penal Republicano de 1890

Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas. (PIERANGELLI, 1980, p. 269).

É importante pontuar que a Consolidação das Leis Penais, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, aprovada e adotada pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, manteve a redação do artigo 1º do Código Penal de 1890.

Assim é que, vislumbrando o tratamento jurídico dado ao princípio da legalidade em nossa evolução normativa, o atual Código Penal, de 7 de dezembro de 1940, exprimiu em seu artigo 1º a regra segundo a qual “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2010a, p. 513). Essa regra foi mantida após a reforma de 1984.

O princípio da legalidade, consagrado por todas as Constituições brasileiras – salvo a de 1937 (item 13 do artigo 122) e a de 1967 (parágrafo 16 do artigo 151) –, também está expresso no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que, inspirada na redação apresentada pelo CPB, assim prescreveu: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2010b, p. 20).

Observamos, ainda, que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969), que não chegou a entrar em vigor, manteve inalterada a redação do princípio da legalidade.

Pelo princípio da legalidade nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (BITENCOURT, 2011). Aliás, esse postulado básico inclui também o princípio da anterioridade da lei penal em relação ao crime e à pena, o qual analisaremos no item a seguir.

2.1.2. Princípio da anterioridade da lei penal

O princípio da anterioridade da lei penal – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* – é um corolário natural do princípio da legalidade. Portanto, são essencialmente compatíveis esses dois princípios. Afinal, sem o princípio da anterioridade haveria total inutilidade para a reserva legal. De nada valeria exigir-se lei para que o delito existisse – e como tal ser aplicado pelo Poder Judiciário – se a figura típica pudesse ser criada após a prática do fato. A segurança jurídica seria iníqua e frustrante.

Por isso, juntamente com a legalidade, o princípio da anterioridade está posto no mesmo inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República: “não há crime sem lei *anterior* que o defina, nem pena sem *prévia* cominação legal”. Isso significa que “para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor.” (JESUS, 2007, p. 2), afirmando-se a anterioridade da lei penal e a exigência de segurança jurídica. Nesses termos, destacamos as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas. (NUCCI, 2008, p. 43).

Ora, é fato que a ordem jurídica não permanece imutável no tempo: enquanto umas leis são revogadas, outras surgem para regular as transformações sociais. Sendo assim, é inconstitucional a aplicação de lei nova a atos consumados ou mesmo pendentes, salvo os crimes permanentes e os continuados, sobre os quais o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou na súmula 711: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”. (BRASIL, 2010c, p. 2.082). Portanto, o STF assumiu o entendimento de que vale a aplicação da lei penal mais grave que entrou em vigor até a cessação da continuidade ou permanência do fato delituoso.

2.1.3. Princípio da extra-atividade da lei penal

A questão do conflito de leis penais está intimamente ligada aos princípios que regulam a vigência da lei penal no tempo. Extra-atividade é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo, regulando fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto, a extra-atividade como gênero, do qual seriam espécies a ultratividade e a retroatividade (GRECO, 2009). Denomina-se “*retroatividade* o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua *vigência* e *ultratividade* à aplicação dela após sua revogação.” (MIRABETE, 2007, p. 40).

Assim, no que diz respeito à lei penal no tempo, a regra geral é a da prevalência da lei vigente à época da prática do fato – *tempus regit actum*. Com isso, a irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem as quais não haveria as condições preliminares de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais (BITENCOURT, 2011).

Assim é que, no campo do direito punitivo, o princípio da irretroatividade sofre a exceção contida no inciso XL do artigo 5º da Constituição da República: “a lei penal não retroagirá, salvo para

beneficiar o réu.” (BRASIL, 2010b, p. 20). Aliás, desde a Constituição da República de 1946, a retroatividade da lei mais benigna é assegurada em qualquer fase em que se encontre a ação ou a execução penal, sem qualquer ressalva. Isso se deve não só com base em razões humanitárias, de liberdade, de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária (PRADO, 2010).

Ademais, essa exceção também está prevista no parágrafo único do artigo 2º do CPB: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (BRASIL, 2010a, p. 513). É o caso da *novatio legis in melius*, ou seja, a lei penal posterior deverá retroagir, se, mantendo a incriminação do fato, gerar qualquer situação ou hipótese de benefício ao acusado.

Não menos importante é o artigo 2º do CPB, segundo o qual: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” (BRASIL, 2010a, p. 513). É o caso da *abolitio criminis*, que exclui todos os efeitos penais da sentença criminal quando a lei posterior torna atípico o fato incriminado.

Vale ainda assinalar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 678, de 1992, que dispõe no artigo 9º que ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delitos, de acordo com o direito aplicável. O mesmo artigo dispõe ainda que não se poderá impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular pena mais leve, o delinquente dela será beneficiado.

2.1.4. Princípio da taxatividade legal e interpretativa

O princípio da taxatividade legal e interpretativa, corolário da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* –, impõe certeza

na descrição das normas penais incriminadoras. O fato é típico ou atípico, não admitindo ampliações. Assim, “as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma.” (NUCCI, 2008, p. 46).

Desse modo, torna-se imperiosa para o legislador a proibição de elaboração de tipos penais com a utilização abusiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, expressões ambíguas e de conceitos indeterminados, duvidosos, dúbios ou vagos, de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos sobre a conduta incriminada.

Fato é que o tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente expressões que não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo-se do magistrado um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal. Exemplo disso é a expressão *objeto obsceno* prevista no artigo 234 do CPB (BITENCOURT, 2011).

2.1.5. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade é uma conquista do Direito Penal moderno, que resgata a ideia de que a liberdade é a regra, e a prisão ou a restrição de direitos, a exceção. Além disso, trata-se de mais uma limitação ao *jus puniendi* do Estado, com o intuito de defender o acusado de eventual injustiça que lhe possa sobrevir. Na lição de Luiz Regis Prado (2010, p. 145) “a culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano”. É nesse sentido que a fórmula latina *nullum crimen sine culpa* demonstra que “a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico.” (JESUS, 2007, p. 3).

Este princípio está estabelecido no artigo 18 do CPB, que diz que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa. Note-

se, ainda, o exposto no parágrafo único do mesmo artigo 18: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 2010a, p. 514). Portanto, a regra adotada na esfera penal para fundamentar e legitimar a punição é buscar o dolo do agente. Não o encontrando, deve-se procurar a culpa – desde que expressamente prevista, alternativamente, no tipo penal incriminador. Somente em hipóteses extremadas e devidamente previstas em lei, é que se pode adotar a responsabilidade penal objetiva fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, esteja presente o dolo ou a culpa, como ocorre no artigo 28, inciso II, do CPB, e em outros.

2.1.6. Princípio da pessoalidade

O princípio da pessoalidade, ou da responsabilidade pessoal, impede a punição, em matéria penal, por fato alheio. Vale dizer, somente o delinquente – e mais ninguém – deverá cumprir a pena criminal (PRADO, 2010).

Este princípio visa garantir que a cominação da pena e sua execução jamais ultrapassem a pessoa do criminoso, atingindo terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime. Assim, na esfera penal, fica vedada a transcendência da pena, ou seja, o seu cumprimento por outra pessoa.

Assim é que o inciso XLV do artigo 5º da Constituição da República preconiza o caráter estritamente pessoal da responsabilidade penal:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 2010b, p. 20).

Nesse trilhar, a família do condenado não pode ser afetada por crime por ele cometido. Isso não significa, no entanto, que não haja possibilidade de garantir à vítima do delito a indenização civil ou

que o Estado não possa confiscar o produto do crime. “O crime não deve produzir lucro, o que afronta o princípio geral de direito voltado ao impedimento do enriquecimento sem causa.” (NUCCI, 2007, p. 39).

Ademais, o parente de um criminoso morto não pode beneficiar-se da prática do delito, cabendo ao Estado confiscar-lhe os bens herdados, desde que apurada a origem ilícita. O mesmo se diga do direito do ofendido de perceber a reparação pelo dano que lhe foi causado, ainda que se volte contra o sucessor do criminoso falecido, respeitado, contudo, o limite do patrimônio que este transferiu àquele.

Fica claro que a sanção criminal não é transmissível a terceiros, devido ao caráter personalíssimo da pena, que é a medida da reprovação social merecida pelo autor, instigador ou cúmplice, segundo o seu comportamento e em razão de sua própria culpa. Vê-se, portanto, que este princípio diz respeito à autoria e participação, com seus elementos objetivos e subjetivos.

2.1.7. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato

O princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato – ou no brocardo latino *ne bis in idem* ou *non bis in idem* – traduz a proibição de processar e punir alguém duas ou mais vezes pela mesma infração penal. Este princípio “constitui infranqueável limite ao poder punitivo estatal. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato.” (PRADO, 2010, p. 158).

Ainda dentro deste prisma, o *ne bis in idem* é postulado de natureza essencialmente material, relativo à imposição de pena, ainda que se manifeste também no campo processual – quando diz respeito à impossibilidade das persecuções múltiplas. Este princípio serve, ainda, de base à aplicação das normas penais, em especial ao concurso de normas, sem deixar de lastrear também o concurso de delitos (PRADO, 2010).

O CPB faz referência indireta à matéria em exame quando versa sobre a pena cumprida no estrangeiro (artigo 8º) e a detração (artigo 42).

Interessante também citar a aplicação do princípio a comunidades indígenas, que são bastante comuns na América Latina. Embora não haja previsão no CPB pátrio sobre a questão, o fato de a Constituição reconhecer os costumes dos indígenas torna legítimo o uso do *ne bis in idem* também nesses casos. Nas palavras de Zaffaroni *et al*:

Trata-se de pessoas que, por pertencerem a povos indígenas com culturas diferenciadas, têm seu próprio sistema de sanções e de solução de conflitos. Quando uma dessas pessoas já tiver sido punida, segundo os ditames da cultura indígena à qual pertence, o Estado não poderá impor-lhe uma nova pena ou, pelo menos, deverá computar a pena comunitária como parte daquela que pretendia impor-lhe, evitando assim incorrer em dupla punição. Embora inexistam em nossa lei penal disposição expressa nesse sentido, o reconhecimento constitucional dos costumes e tradições dos índios (art. 231 CR) obriga a levá-los em consideração, inclusive no âmbito penal; não cabe dúvida de que seu sistema de solução de conflitos é fundado nos costumes e tradições que a Constituição reconheceu e portanto legitimou. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 236, grifo nosso).

Já no âmbito da legislação penal internacional, há várias e importantes manifestações relativas ao postulado do *ne bis in idem*. Assim, por exemplo, a já comentada Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – assegura, no item 4 do artigo 8º, como garantia judicial, que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Ora, se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito.

Ainda na defesa das garantias judiciais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, estabeleceu no item 7 do artigo 14 que ninguém poderá ser processado ou punido por um delito

pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Além desses, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998, ratificado pelo Decreto Presidencial n. 02, de 2002, trata em seu artigo 20 do *ne bis in idem*, de forma expressa e minudente, no sentido de que nenhuma pessoa poderá ser julgada por tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido, bem como que nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal devido a um crime pelo qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo tribunal.

O mesmo artigo 20, por fim, estabelece que um tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, a menos que o processo tramitado neste tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do tribunal, ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, ou ainda tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, revele-se incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

2.1.8. Princípio da individualização da pena

Este princípio, que caminha junto com o princípio da pessoalidade, tem o significado de eleger a justa e adequada pena, tornando-a individual quanto à cominação legal (espécie e quantidade), a forma de sua execução e ao perfil do sentenciado, fazendo dele único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus (NUCCI, 2007).

É o que prevê o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República:

[...] A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 2010b, p. 20).

Desse modo, percebe-se que deve haver sempre uma medida de justo equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta.

2.1.9. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade (lesão), ou ofensividade (ofensa), reveste-se na orientação – de capital importância – de que o delito há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. Portanto, a lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas, imorais ou pecaminosas. Disso ressaí que somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado (BITENCOURT, 2011).

Cumpra destacar que o ilustre autor Guilherme de Souza Nucci não considera o princípio da lesividade como algo autônomo, com vida própria, pois, segundo ele, falece a este princípio força e intensidade para desvincular-se de outro princípio, qual seja, a intervenção mínima, ou subsidiariedade, do Direito Penal.

Por outro lado, o princípio da lesividade, que tem sua origem atribuída ao período iluminista, foi importante para desfazer a confusão que havia entre o Direito e a moral, por intermédio do movimento de secularização (GRECO, 2009).

Assim é que a

[...] primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressa pelo brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais. (GRECO, 2009, p. 53).

Ora, jamais uma pessoa poderá ser punida por aquilo que traz no íntimo do seu ser. Se a ira, por exemplo, não for exteriorizada ou não produzir lesão a bens de terceiros, jamais poderá ser punida.

Assim, o Direito Penal não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas ou não repercutem sobre qualquer bem de terceiros, que não excedem ao âmbito do próprio autor. É o que ocorre com a autolesão, com a tentativa de suicídio ou mesmo com certas condutas reprovadas sob o aspecto moral da sociedade, como tatuar o próprio corpo, não tomar banho regularmente, entregar-se a práticas sexuais incomuns e outros (GRECO, 2009).

Amoldam-se também sob essa perspectiva as hipóteses de crime impossível, pelas quais não existe possibilidade de lesão ao bem jurídico em face da absoluta ineficácia do meio utilizado ou da absoluta impropriedade do objeto (GRECO, 2009).

Outra função do princípio da lesividade é a de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo que fez, já que o Direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Busca-se, assim, impossibilitar que seja erigido um autêntico Direito Penal do autor (GRECO, 2009).

Enfim, aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas – que, naturalmente, são diferentes (GRECO, 2009).

2.1.10. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, ou da subsidiariedade, estabelece que o Direito Penal “só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.” (PRADO, 2010, p. 148).

Mesmo sem a sua formalização no ordenamento penal-constitucional pátrio, este princípio possui especial aplicabilidade no Direito Penal, uma vez que trata de uma importante garantia constitucional do indivíduo, a liberdade.

Dessa forma, se, para o restabelecimento da ordem jurídica violada, forem suficientes medidas civis ou administrativas, são elas que deverão ser empregadas, e não as penais. Assim, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2011).

É interessante lembrar, como importante manifestação internacional, que se assenta no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias. Ora, essa Declaração limita a ingerência do Estado e compõe a base do Estado democrático de direito.

Vale destacar, por derradeiro, que o princípio da intervenção mínima se presta também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Ora, é com fundamento neste princípio que o legislador poderá retirar do ordenamento jurídico-penal pátrio alguns tipos incriminadores, pois certos bens que, no passado, eram da maior relevância deixam, na mudança da sociedade, de ser importantes (GRECO, 2009).

2.1.11. Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, ou essencialidade – corolário do princípio da intervenção mínima – significa, em síntese, que, de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, somente os bens jurídicos dotados de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa serão tutelados pelo Direito Penal. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do Direito, por meio de indenizações civis ou punições administrativas (GRECO, 2009).

Assim, a tutela do Direito Penal se apresenta de maneira fragmentada, dividida, fracionada, ou seja, com fragmentos de delitos penalmente relevantes. Essa fragmentariedade não significa deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores ou na busca de certos fins. Significa um limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

Desse modo, a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas relativa, visto que todo o ordenamento jurídico dela se ocupa. Este princípio pressupõe que “o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.” (PRADO, 2010, p. 149).

2.1.12. Princípio da insignificância

Ligado aos chamados *crimes de bagatela*, ou delitos de lesão mínima, o princípio da insignificância – cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964 – tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico (GRECO, 2009).

Aliás, é fato que o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio estatal, mas não impede que o Estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador (BITENCOURT, 2011).

Nos casos abarcados pelo princípio da insignificância, a restrição típica não deve operar com total falta de critérios ou derivar de interpretação meramente subjetiva do magistrado, mas, ao contrário, há de ser resultado de uma análise acurada de cada caso concreto de modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

2.1.13. Princípio da adequação social

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, possui dupla função. Uma delas serve de orientação ao legislador no sentido de retirar do ordenamento jurídico a proteção sobre bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade (PRADO, 2010).

A segunda função quer dizer que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não pode constituir delito se for socialmente adequada ou aceita pela sociedade, isto é, se estiver reconhecida como ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, 2010).

É o caso da lesão corporal representada pela incisão cirúrgica quando o médico opera um paciente, bem como a hipótese dos efeitos colaterais produzidos pelo consumo de determinados medicamentos receitados pelo médico para combater certa doença. Também são socialmente adequadas as privações de liberdade decorrentes do uso de meios de transporte coletivo, exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão desportiva, entre outros. Ilustrando bem essa situação, Rogério Greco nos ensina que:

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se a convivência social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas. (GRECO, 2009, p. 57).

Convém destacar ainda que a *adequação social* não se confunde com o *risco permitido*. O traço comum entre ambos está na existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um resultado penalmente típico (desvalor do resultado). No caso da adequação social, esse resultado é excluído por uma interpretação teleológica restritiva do tipo; no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa (PRADO, 2010).

Enfim, as consequências da chamada adequação social não encontraram ainda o seu porto seguro. Discute-se na doutrina se ela pode revogar tipos penais incriminadores, uma vez que o costume, sempre que beneficie o acusado, é fonte do Direito Penal. Greco entende que mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe a alegação de que o fato praticado se encontra adequado socialmente, pois uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (GRECO, 2009).

O certo é que a imprecisão do critério da adequação social, diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência, explica por que muitos autores não a aceitam, nem como excludente de tipicidade, nem como causa de justificação (BITENCOURT, 2011).

2.2. Princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal

Os princípios gerais do ordenamento jurídico aplicáveis à matéria penal pressupõem, em certa medida, o fundamento e o limite do exercício da atividade punitiva estatal. Assim, os princípios gerais que versam sobre a matéria influenciam em certa medida seu caráter sancionador, enquanto condicionam, com prevalência, o conteúdo e a matéria penalmente disciplinada (PRADO, 2010).

2.2.1. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade das penas exige uma responsabilidade social do Estado em relação ao condenado, em uma livre disposição de ajuda e assistência social direcionada à sua recuperação (MIRABETE, 2007).

O Direito Penal deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, garantindo o bem-estar da coletividade, inclusive dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade só porque infringiram a norma penal, nem ser tratados como se não fossem seres humanos, até porque uma das finalidades da pena é a ressocialização do delinquente (NUCCI, 2008).

A propósito, sobre a noção de humanidade, é oportuno, nesse momento, destacar as célebres palavras de Cesare Beccaria em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, cuja primeira edição veio a lume em 1764:

Deixa de existir liberdade sempre que as leis permitam que em determinadas circunstâncias um cidadão deixe de ser ‘um homem’ para vir a ser ‘uma coisa’ que se possa pôr a prêmio. (BEC-CARIA, 1983, p. 67).

Portanto, ainda quando não se espere de outra pessoa nada de bom nem de mau, a natureza exige que ela seja considerada como nosso semelhante ou afim – como ser integrante da espécie humana. Só essa razão já é suficiente, ainda que não existisse outra, para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica (PRADO, 2010).

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. “Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas.” (PRADO, 2010, p. 152). A título de exemplo, cita-se a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 1984), que em seu primeiro artigo destaca como objetivo do cumprimento da pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal.

Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais – o castigo e a reintegração social –, mas observando-se apenas o primeiro, mostra-se ilegal e contra a incolumidade da pessoa como ser social (BITENCOURT, 2011). Sobre este aspecto, discorre Guilherme de Souza Nucci:

Enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, o que é realidade incontestada atualmente, deve-se buscar, ao menos, garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, não significando isso a manutenção, ao condenado, de um padrão de vida superior ao cidadão honesto que está fora do presídio, mas, em verdade, que possa deter seu status de pessoa humana, o que não ocorrerá se o princípio da humanidade ficar apenas na letra fria do papel da lei e da própria Constituição. (NUCCI, 2007, p. 41-42).

Ademais, é o princípio da humanidade que permite o perdão judicial previsto no § 5º do artigo 121 do CPB, de acordo com o qual:

Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (BRASIL, 2010a, p. 525).

É o caso de uma mãe que esquece o bebê dentro do carro, causando-lhe a morte. Ainda que o texto legal estabelecesse que a aplicação de pena para tal crime fosse necessária, se aplicada, ela seria cruel.

2.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, convém destacar que parte da doutrina entende que a dignidade da pessoa humana não é um princípio penal, mas tão somente um fundamento do Estado democrático de direito, conforme previsão do inciso III do artigo 1º da Constituição da República. O renomado autor Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 47) afirma que “a dignidade da pessoa humana é uma meta a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico”.

Lado outro, no presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana foi incluído como princípio geral do ordenamento jurídico, aplicável à matéria penal, por ser a dignidade humana corolário natural da aplicação do princípio da humanidade, que condiciona a sanção penal como forma de garantir a defesa dos direitos humanos.

Assim é que o princípio da dignidade da pessoa humana veda a criação, a aplicação ou a execução de penas cruéis e infamantes, bem como de qualquer outra medida de cunho degradante e desumano, como a tortura e os maus-tratos nos interrogatórios policiais. Dessa forma, a força normativa deste princípio se espalha por toda a ordem jurídica, servindo de alicerce aos demais princípios penais fundamentais.

Embora de difícil tradução, pode-se entender a dignidade da pessoa humana como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o homem mais vil e detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor (GRECO, 2009).

Apresenta-se, ainda, a dignidade humana como

[...] uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. (PRADO, 2010, p. 153).

Não podemos nos esquecer, contudo, de que somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, nos artigos III e V, foi assegurado, no âmbito da legislação penal internacional, que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, bem como que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Na mesma linha e ainda no âmbito internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, delineou em seu artigo 7º que ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Determinou, em particular, que ninguém será submetido, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

O Brasil também foi signatário da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 1985, ratificada pelo Brasil em 1989.

Por essas razões, a Constituição da República de 1988 reproduziu, quase literalmente, as garantias humanitárias já elencadas em documentos internacionais. No inciso XLI do artigo 5º, dispôs expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; no inciso XLVII, que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”; e no inciso XLIX assegurou “[...] aos presos o respeito à integridade física e moral.” (BRASIL, 2010b, p. 20).

Ainda na defesa dos direitos humanitários, como forma de demonstrar sua preocupação e seu interesse em repudiar a tortura, o Brasil editou a Lei n. 9.455, de 1997, para definir o crime de tortura – equiparado a crime hediondo por força da Lei n. 8.072, de 1990 – e estabelecer as correspondentes penas.

Enfim, convém destacar que foi no ano de 1990, quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990), que a tortura foi tipificada como crime quando a vítima fosse criança ou adolescente.

De igual forma, a Lei de Execução Penal já dispunha em seu artigo 3º que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. No parágrafo único

do mesmo artigo, estabelece que “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política.” (BRASIL, 2010d, p. 1401).

2.2.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso, exige um juízo de ponderação entre a gravidade do delito cometido pelo agente e a consequência da sanção penal a ser a ele infligida. Assim, não há cabimento o exagero, tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Desse raciocínio decorre que a proporção se torna uma verdadeira condição da legalidade da pena, que tem de estar entre o necessário – limite mínimo – e o suficiente – limite máximo (PRADO, 2010).

Embora o princípio da proporcionalidade remonte à Antiguidade, foi a partir das obras iluministas do século XVIII que ele passou a ter mais relevância (GRECO, 2009). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente em seu artigo 15 que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do delito praticado e a sanção a ser aplicada.

A proporcionalidade da pena se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal com Beccaria, em sua já mencionada obra. Nela, o autor esclarece que:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos. (BECCARIA, 1983, p. 61).

Por sua vez, Montesquieu encontrava na proporcionalidade entre o delito e a pena uma forma de impedir o excesso, vedando a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira de combate ao crime, isto é, que a pena seja uma violência do homem para com o homem (PRADO, 2010). Portanto, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade.

Com efeito, a Constituição da República consagrou a proporcionalidade de maneira implícita, ao estabelecer no artigo 5º a individualização da pena (inciso XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (inciso XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (incisos XLII, XLIII e XLIV) (BITENCOURT, 2011).

2.2.4. Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade significa que a pena deve ser razoável, ou seja, deve ter aptidão para atingir os objetivos a que se propõe sem, contudo, representar excesso algum. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o acusado (BITENCOURT, 2011).

Convém ressaltar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há de se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo *razoabilidade* para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense (BITENCOURT, 2011).

Pois é justamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo da proporcionalidade, qual seja, a lei de talião, isto é, “olho por olho, dente por dente”. Inegavelmente, essa lei adotava a proporcionalidade, sem, no entanto, qualquer razoabilidade. Esta exerce função controladora na aplicação da proporcionalidade (BITENCOURT, 2011).

2.2.5. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, pressupõe que todos são iguais perante a lei, não podendo uma pessoa ser discriminada em razão de sua cor, sexo, religião, raça, origem social, etnia, entre outros. A igual-

dade perante a lei é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia (NUCCI, 2007).

A regra da igualdade “[...] não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”. (ARISTÓTELES, 2000, p. 111). Ora, a República, reafirmando a filosofia de Aristóteles, calca-se na consagração da igualdade entre os cidadãos, na representatividade, na eletividade e na responsabilidade dos governantes. A igualdade entre os cidadãos se dá pelo tratamento igual a todos aqueles que estão em situação igual, e pelo tratamento desigual, na medida de sua desigualdade, àqueles que se encontram em situação desigual, não podendo o legislador criminalizar de maneira diversa condutas que estejam dentro de uma mesma situação jurídica.

A grande divergência acerca da igualdade no Direito Penal encontra-se no dever do legislador de tratar não apenas da igualdade formal, mas também da igualdade material, a qual se busca pela inserção da coculpabilidade no sistema, assunto este que será tratado no item seguinte.

3. A coculpabilidade e suas implicações

A coculpabilidade é o reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado sobre as infrações praticadas por seus cidadãos que estão em posição de hipossuficientes e abandonados pelo próprio Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente no aspecto econômico-social, quando deixa de tutelar e promover o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana (MOURA, 2006).

O alto índice de criminalidade marginal provém, em boa parte, do descaso do Estado com as instituições prisionais, o que, em contrapartida, gera um baixo índice de recuperação dos reeducandos que

vivem ou viveram em presídios brasileiros. Sobre o assunto, o autor Nilo Batista aduz:

Neste campo, o tema mais atual é a chamada co-culpabilidade. Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essencial da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e assistência que se lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena, em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (BATISTA, 2007, p. 105).

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída ao Estado quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças e calçadas, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, que não conseguem emprego, pois o Estado, arrecadador de tributos, não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade que os produziu (GRECO, 2009).

No entanto, apesar da aplicação do princípio da coculpabilidade decorrer do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tem-se “como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.” (MOURA, 2006, p. 38).

3.1. Discussão terminológica

Buscando uma definição do termo *coculpabilidade* chega-se à conclusão de se tratar de um sinônimo de *culpabilidade pela vulnerabilidade*. Vários autores definem a coculpabilidade através de

sinônimos, tais como: *exigibilidade social, análise das condições socioeconômicas do agente, culpabilidade delinquencial atenuada*, entre outros (MOURA, 2006).

Os autores que definem coculpabilidade pela expressão *culpabilidade pela vulnerabilidade* usam-na ao elaborar um conceito de culpabilidade de acordo com a realidade socioeconômica e denominam a vulnerabilidade através de uma medida do grau de esforço exercido pelo indivíduo para alcançar uma concreta posição diante do poder punitivo. O termo *coculpabilidade*, analisado no presente trabalho, é uma forma de responsabilização indireta do Estado, dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais.

De grande valia são, neste momento, os ensinamentos de Moura sobre a etimologia do termo *coculpabilidade*:

Inicialmente cabe destacar que o prefixo ‘co’ quer dizer estar junto, em comum, que divide algo etc. Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum.

E o complemento ao prefixo, isto é, o termo *culpabilidade* significa que o Estado, em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve proporcionar aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influência na conduta delitiva, menor reprovabilidade. (MOURA, 2006, p. 39).

Assim, o prefixo *co-* expressa a responsabilidade indireta do Estado pelo cometimento de delitos, ficando, também por esse motivo, sujeito a diminuir a criminalidade para que se atinja o bem comum. Já o termo *culpabilidade*, adjunto ao prefixo, expressa o dever do Estado de, na falta de prestações devidas ao indivíduo – especialmente no que tange à inclusão social dos cidadãos –, influenciar na cominação da pena, trabalhando de maneira que ocorra uma menor reprovabilidade, isso se tais inadimplências estiverem ligadas diretamente ao delito.

Fica claro, assim, que a culpabilidade aqui discutida é abordada de forma diversa à dogmática, pois o Estado sofre responsabilização devido à sua omissão no cumprimento dos seus deveres constitucionais, gerando consequências na cominação, aplicação e execução da pena (MOURA, 2006).

Dessa forma, a coculpabilidade claramente se opõe à culpabilidade, que é um juízo de censura que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo. Na realidade, apenas se está reconhecendo a inoperância do Estado em cumprir seus deveres, o que, como foi afirmado, gera uma menor reprovação social ao acusado.

Rechaça-se, portanto, a defesa da ideia de uma responsabilização penal do Estado consubstanciada no princípio da coculpabilidade, pois seria de uma incongruência tremenda considerar que o Estado, como detentor do *jus puniendi*, é capaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Nesse enfoque, é ditosa a doutrina de Grégore Moura:

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disso, seria impossível o Estado concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e a execução da sanção penal, já que seria 'uma autopunição'. (MOURA, 2006, p. 40).

Fato é que o Estado tem a necessidade de demonstrar sua legitimidade e capacidade de exigir do agente imputado à responsabilidade no cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

Ao que parece, todavia, existe uma inegável parcela de culpa do Estado, principalmente quando o crime cometido apresenta, como

elementos de natureza social, fatos desencadeadores da ausência de condições mínimas que possibilitem a concretização da dignidade humana de cada cidadão.

A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições – de um lado, *a natureza individual do delinqüente*, e, de outro, *as relações exteriores, sociais, e especialmente as relações econômicas que o cercam*. (LISZT, 2006, p. 107).

Nesse trilhar, Eugenio Raúl Zaffaroni *et al* (2003, p. 650-657) propõem a adoção de uma “culpabilidade pela vulnerabilidade”, que, em vez de voltar-se para uma responsabilização da sociedade diante da criminalidade dos excluídos, centra-se no sujeito, que se encontra em posição vulnerável, mais propenso aos efeitos da criminalização, por um sistema penal irracional e seletivo. Dessa forma, procuram responder a crítica de que a coculpabilidade se vincula ao falso pressuposto de que a criminalidade é efeito da pobreza.

Muito embora a expressão “culpabilidade pela vulnerabilidade” seja terminologicamente mais adequada, visto que exclui a ideia de que a pobreza é causa do crime, entende-se pela adequação do termo *coculpabilidade*, pelo fato de ser usado pela doutrina dominante.

3.2. Fundamentos da coculpabilidade

O primeiro dos fundamentos do princípio da coculpabilidade centra-se exclusivamente no sujeito, pois aduz que o grau de autodeterminação de toda pessoa é regido por circunstâncias individualizadas, variáveis de acordo com o lugar, nível de escolaridade, moradia e outros fatores que influenciam na formação da personalidade de cada um.

O segundo fundamento do princípio da coculpabilidade é o reconhecimento da desigualdade social entre os homens. Essa desigualdade deve ser considerada na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado – detentor do poder de punir –, também é, ao mesmo tempo, credor deste mesmo Estado – responsável pela criação de condições necessárias para

o bem-estar dos cidadãos. O Estado deve, então, descontar aquilo que não realizou como devedor, por não ter propiciado condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a coculpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado nos delitos cometidos pelos cidadãos credores do Estado.

Com maestria nos ensina os renomados autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, em termos que não permitem melhor exposição:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2010, p. 525).

Nas sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento, as cotas pessoais de liberdade e determinação foram distribuídas de forma desigual, em direta dependência da condição social ostentada pelo agente: “indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação.” (SANTOS, 2002, p. 231).

Dessa forma, restaria comprometida a efetiva liberdade dos indivíduos socialmente excluídos. Ou, poder-se-ia dizer, que são livres dentro de uma fatalidade dada. Nesse contexto e diante de tal imperativo fático, de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas,

[...] é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada, responsável pela *injustiça* nas condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida. (SANTOS, 2002, p. 231).

O Estado, por mais organizado que seja, não é capaz de proporcionar a todos as mesmas oportunidades de vida. Em decorrência disso, certas pessoas, influenciadas pela sua condição social, possuem um menor âmbito de *poder de* escolha do próprio destino. Por isso, não seria razoável que esse indivíduo, que não está totalmente livre para escolher seus caminhos, sofra a pena em igualdade de condições com um criminoso comum.

Em resumo, é fato que todas as escolhas são, em largas medidas, determinadas por um conjunto de restrições impostas pelas condições socioeconômicas de cada indivíduo. Do mesmo modo, estar restrito em suas opções não é o mesmo que não ter opção. Tanto que a grande maioria das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social não são delinquentes. Na realidade, em última análise, sempre prevalece a própria vontade do agente, que sabe discernir entre o certo e errado, pois se assim não fosse seria considerado inimputável, o que não é o caso. Acontece que é a liberdade de escolha desse delinquente que, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar esta liberdade, pois as circunstâncias adversas impostas pelo Estado na vida dessas pessoas não são eventuais, e sim permanentes.

Acentue-se, no entanto, que o princípio da coculpabilidade não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como princípio corretor dessa seletividade, diminuindo sobremaneira seus impactos, dando ensejo ao desenvolvimento de um espírito crítico e responsável que oriente toda a sociedade (MOURA, 2006). Segundo o doutrinador alemão Franz von Liszt, o reconhecimento de que o crime

[...] tem as suas mais profundas raízes no meio social servirá de proteção contra os exageros da idéia finalística. A convicção da 'culpa coletiva da sociedade' refreará a ação repressiva do Estado; prevenir a prática do crime parecerá coisa de maior monta e de maior valia, tanto para o indivíduo como para a sociedade, do que punir o crime cometido. (LISZT, 2006, p. 120).

Ao permitir a existência de tamanhas desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais, o Estado estaria de alguma forma reco-

nhecendo que não dá chances iguais a todos. Isso não significa que todas as pessoas que sofrem com a vida miserável serão necessariamente infratores, mas em relação àqueles indivíduos com grau de autodeterminação reduzido é quase impossível exigir um comportamento adequado à lei e aos interesses gerais advindos do Direito. Não se trata aqui de determinismo, mas sim, nos dizeres de Grégore Moura (2006, p. 1), de uma *mea culpa* que o Estado deve assumir.

A título de ilustração, consideremos a seguinte situação: um mendigo, ao banhar-se em um chafariz no centro de uma cidade, a fim de lavar o seu corpo, expõe suas partes íntimas àqueles que por ali caminham. Sendo punido pela prática do delito previsto no artigo 233 do CPB (ato obsceno), pode-se perguntar: quais eram as escolhas que aquela pessoa tinha? Estava a ele assegurado o seu direito constitucional à moradia? A dignidade humana lhe estava assegurada? É aqui que se discutiria a aplicação ou não do princípio da coculpabilidade.

Ora, toda ação livre é uma ação voluntária, mas nem toda ação voluntária é uma ação livre. A questão fica mais acentuada quando a redução da esfera de atividade do indivíduo dá-se pela ausência de prestações estatais de direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Grosso modo, a aplicação a um caso concreto da coculpabilidade protege os direitos fundamentais do homem, gerando uma ruptura com a doutrina tradicional e sensibilizando juristas e todos aqueles que se preocupam com as injustiças que as ocasionais imperfeições do nosso CPB possa produzir.

3.3. Aplicação da coculpabilidade

Mesmo não estando expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro – como ocorre em outros países latino-americanos, tais como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica –, começam a surgir no nosso ordenamento jurídico manifestações dos tribunais sobre a coculpabilidade¹. Ainda que sejam poucas, essas manifestações demonstram a coragem e

¹ Ver: RIO GRANDE DO SUL, 2000; SANTA CATARINA, 2005.

perspicácia de alguns julgadores, que, atentos às mudanças econômico-sociais que ocorrem na sociedade, mostram a necessidade de uma efetiva aplicação da coculpabilidade no Brasil.

Lado outro, percebeu-se, após intensa pesquisa nos diversos julgados dos tribunais pátrios, que a maioria das decisões judiciais justificaram a não aplicação do princípio da coculpabilidade, com o argumento de que as desigualdades sociais existentes em nossa sociedade não têm o condão de legitimar as práticas ilícitas, como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza.

Ora, é imprescindível que os magistrados verifiquem a compatibilidade entre o estado de miserabilidade do acusado e o crime cometido, para que haja sua aplicação ao caso concreto. Essa circunstância acontecida antes ou depois do fato ilícito e que tenha influenciado no cometimento do crime ou positivamente na conduta do acusado, pós-crime, é sim, a despeito de divergências, relevante para justificar a aplicação da coculpabilidade.

Destarte, a legislação penal apresenta alguns dispositivos que permitem a análise de condições objetivas e subjetivas que eventualmente impeliram o réu à prática delituosa. Entre eles, tem-se o artigo 59 do CPB, aplicado na fase de fixação da pena-base. Esse dispositivo dispõe que o magistrado deve se ater, no momento de julgar, a certas peculiaridades do caso concreto, denominadas circunstâncias judiciais.

Precisa, assim, atentar o magistrado para os motivos do crime, para as suas circunstâncias, para a conduta da vítima e para as consequências do mal causado pelo delito. Por serem circunstâncias que devem ser aferidas em razão *do crime*, formam a chamada *culpabilidade do fato*. Contudo, o referido artigo traz, ainda, outras circunstâncias a serem avaliadas pelo julgador, tais como a personalidade do agente, seus antecedentes e sua conduta social. Tais circunstâncias, de cunho subjetivo, formam a chamada *culpabilidade do autor*.

Também é o artigo 59 que indica o quantitativo da pena que será aplicado, o regime inicial de prisão para o seu cumprimento, bem

como eventual substituição da pena privativa de liberdade. Portanto, é em sua primeira fase, ou seja, no momento da fixação da pena, quando da prolação da sentença, que se torna possível falar em aplicação efetiva do princípio da coculpabilidade.

Nesse sentido, alguns autores brasileiros, entre os quais citamos José Henrique Pierangelli, Nilo Batista, Rogério Greco, Grégore Moura etc., sustentam a positivação da coculpabilidade no CPB, para se criar maior segurança jurídica. É notório que:

[...] a precisão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59. (MOURA, 2006, p. 94).

Sob essa ótica, a coculpabilidade passaria, obrigatoriamente, a ser considerada como circunstância judicial prevista para fixação da pena-base.

Existe hoje no Congresso Nacional o anteprojeto de Lei n. 3.473/2000, que visa à reforma da Parte Geral do CPB, inserindo-se a coculpabilidade no artigo 59. Esse anteprojeto prevê alterações nas diretivas de aplicação da pena e passa a considerar, no juízo de reprovação, o agente integrado, de certa forma, a uma conjuntura social.

No que tange às circunstâncias judiciais, o anteprojeto elimina a referência à *conduta social* e à *personalidade do agente*, mesmo porque tais aspectos raramente são considerados na prática, além de poderem dar lugar a um subjetivismo do julgador, tornando demasiadamente elástica a sua discricionariedade. Acrescenta, todavia, a circunstância relativa às *oportunidades sociais oferecidas ao réu*, conforme transcrito a seguir:

Individualização judicial da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, *bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas*, aos motivos, circunstâncias e

consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34. (BRASIL, 2000, grifo nosso).

O PL n. 3.473/2000 propõe inserir no corpo do artigo 59 a coculpabilidade, sob a justificativa de assegurar a individualização da pena de maneira mais abrangente do que a reforma de 1984, mantendo as três ordens de fatores gerais acerca da individualização da pena: as relativas ao fato, ao agente e à vítima. O artigo 59 teve, assim, suas diretrizes alargadas. Determina o anteprojeto que o magistrado atenda à reincidência e às condições pessoais do acusado, bem como às oportunidades sociais a ele oferecidas.

Lado outro, deve-se reconhecer que a simples menção a tais requisitos, por si só, não basta para a individualização da pena. É necessário que eles sejam analisados à luz do caso concreto, para que o apenado receba a pena mais adequada, pois entre as circunstâncias integrantes do artigo 59 do CPB, a culpabilidade figura como a mais importante, a que ganhou, após a reforma penal de 1984, maiores contornos jurídicos, sendo as demais circunstâncias apenas critérios para aferição desta. Portanto, resta claro que, entre todas as circunstâncias judiciais verificáveis no rol do artigo 59, a culpabilidade constitui verdadeira pedra de toque.

Assim, a primeira das circunstâncias judiciais a ser aferida pelo magistrado é, justamente, a culpabilidade. É este, pois, um momento propício à perquirição, também, da coculpabilidade. Isso porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o *quan-*

tum de censura atribuível ao Estado, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há *divisão* da culpa entre o agente transgressor e o Estado omissor. Já que a culpabilidade é a circunstância judicial que possui maior peso a favor do Estado, caso também esteja presente, a coculpabilidade deve incidir a favor do réu, punhando-se pela manutenção da pena no mínimo legal.

Além do PL n. 3.473/2000, há na legislação pátria alguns escassos exemplos de dispositivos nos quais se pode vislumbrar, nas entrelinhas, a intenção do legislador em atenuar a culpabilidade do agente infrator em virtude de circunstâncias sociais limitadoras de sua autodeterminação, como é o caso do artigo 14, inciso I, da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), *in verbis*: “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente.” (BRASIL, 2010e, p. 1730).

Outro exemplo interessante veio pela reforma advinda da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que previu significativas mudanças em vários artigos do Código de Processo Penal (CPP) no âmbito do interrogatório judicial. Interessam ao presente trabalho, especificamente, as alterações do art. 187, § 1º, *in verbis*:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, *oportunidades sociais*, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e *outros dados familiares e sociais*. (BRASIL, 2010f, p. 599, grifo nosso).

A partir dessa lei, o interrogatório judicial dividiu-se em duas partes: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre o fato a ele imputado. Com isso, quis o legislador que se apurassem de forma separada, mas não estanque, a culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato, para que, posteriormente, caso se decidisse pela condenação, fossem ambas analisadas à luz do artigo 59 do CPB.

Entre o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), há os questionamentos acerca das *oportunidades sociais*. Com isso, certas informações acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignadas no interrogatório, podendo ser utilizadas tanto pela defesa, quanto pela acusação, haja vista o interrogatório ter natureza jurídica mista, isto é, pode ser meio de defesa e meio de prova – não obstante as divergências doutrinárias.

E serão essas informações, colhidas na instrução processual, que nortearão o julgador no momento da fixação da pena, mormente da pena-base. Assim, caso haja, no caso concreto, informações sobre a ausência de oportunidades sociais na vida do autor e sobre as condições em que sua vida foi desenvolvida, esses dados passam a ser de suma importância na avaliação da pena a ser aplicada.

Por outro lado, os dispositivos mencionados (art. 14, inciso I, Lei n. 9.605/1998, e art. 187, § 1º, do CPP), bem como o PL n. 3.473/2000 se traduzem em vias alternativas àquela encampada pelo artigo 66 do CPB para a aplicação do princípio da coculpabilidade no Direito pátrio.

Por se tratar de um princípio, a sua positivação não se faz obrigatória, já que os princípios vinculam até mesmo o legislador e este, por sua vez, concretiza na norma os valores defendidos nos princípios.

Por isso que, neste trabalho, defende-se a aplicação da coculpabilidade como causa atenuante inominada prevista no artigo 66 do CPB, *in verbis*: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 2010a, p. 520). Segundo Grêgore Moura (2006, p. 90) “esse artigo dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo às peculiaridades do caso concreto”.

Nesta linha, tem o magistrado mais uma disposição para atenuar a pena do acusado, criando mais possibilidades na concessão de benefícios legais como o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, reconhecimento da prescrição em tempo

mais curto, entre outros. Comentando o artigo 66 do CPB, tem-se a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer *circunstância relevante*, ocorrida *antes* ou *depois* do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante de *clemência*, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar 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 delinquente que se converta à prática constante da caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. (NUCCI, 2007, p. 257-258).

Enfim, insta salientar que o reconhecimento do princípio da culpabilidade será um importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto, o direito à igualdade e à individualização da pena, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o § 2º do artigo 5º da Constituição da República.

Entretanto, vale ressaltar que, mesmo com a efetivação da culpabilidade, o intérprete deve ter em mente que deve haver compatibilidade entre o estado de miserabilidade do acusado – gerador de um reduzido grau de autodeterminação – e o crime cometido, para que haja sua aplicação no caso concreto.

4. Conclusão

Neste trabalho, percebeu-se que o princípio da culpabilidade é fruto de recentes construções teóricas em âmbito penal, em busca de um Direito mais efetivo, humanista, liberal e defensor do princípio da igualdade e da individualização da pena, que são impres-

cindíveis para proteger e igualar os hipossuficientes. Além disso, a coculpabilidade reflete o anseio por se estabelecerem, nas sociedades periféricas, limites à atuação do Estado, num claro respeito à necessidade de constitucionalização e humanização do Direito Penal.

O escopo primordial foi pautado para uma necessidade de se avaliar o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminoso. Quando o espaço decisório do delinquente se encontrar muito limitado por suas condições socioeconômicas, impõe-se o reconhecimento pelo Estado de certo grau variável de corresponsabilidade pela conduta delituosa, que, em parte, foi impelida por tais condições adversas.

Ficou claro, por meio deste estudo, que é possível reconhecer a coculpabilidade como expressão da menor reprovabilidade da conduta delituosa, em razão da privação socioeconômica experimentada pelo agente transgressor, que, não raro, por condições de vida desfavoráveis, age com menosprezo à sociedade, vista como reduto excludente, bem como do reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, arrecadador de tributos, responsável pelas políticas sociais, mas, contudo, omisso.

Embora tal princípio não esteja isento de críticas, isso obviamente não o desqualifica de plano. Ante o apelo social nele presente, é preciso um esforço teórico no sentido de aprimorar-lhe o conteúdo, o qual resultará na melhor alocação de referido princípio no ordenamento jurídico, independentemente da posição que ocupe agora.

Neste estudo, não se buscou esgotar o assunto; tem-se a clara noção de que o tema ainda se encontra incipiente na doutrina pátria, e sua total aplicação está condicionada às decisões dos órgãos judiciais pátrios, como resultado de uma ampla discussão estabelecida entre as partes aos casos concretos, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

5. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Petro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Projeto de Lei n. 3.473/2000. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120 do CP). 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, tomo 1: arts. 1º ao 10. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Fac-similar, 2006. 1 v. (Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal)

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da Pena*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n. 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, Porto Alegre, 28 de abril de 2000. *DJ*, 30 ago. 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70000792358&-code=6977&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20GRUPO%20CRIMINAL>. Acesso em: 29 maio 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2005.025762-8, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Irineu João da Silva, Florianópolis, 27 de setembro de 2005. *DJ*, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Código Penal (1940). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

BRASIL. Súmula 711 do Supremo Tribunal. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010c.

BRASIL. Lei n. 7.210/1984, Lei de Execução Penal. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010d.

BRASIL. Lei n. 9.605/1988, Lei de Crimes Ambientais. In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010e.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In: *Vade Mecum*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010f.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Artigo recebido em: 07/02/2012.

Artigo aprovado em: 05/11/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130004