

A aplicação da culpabilidade na análise das circunstâncias judiciais do Artigo 59 do Código Penal

The application of culpability in the analysis of the judicial circumstances of Article 59 of the Penal Code

Amanda Cristiane de França ¹, Carla Juliana Tortato, Israel Rutte, Paulo Roberto Incott Junior

RESUMO

Este trabalho traz um breve estudo sobre o princípio da culpabilidade na matéria de direito penal, com enfoque na aplicação da culpabilidade quando da primeira fase de fixação da pena através da análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal. Foi utilizado o método dedutivo para a construção deste artigo a partir de uma pesquisa com abordagem qualitativa de natureza básica com objetivo explicativo, através do procedimento bibliográfico. Sua justificativa se dá na medida em que se questiona a legitimidade das circunstâncias judiciais para aferir a pena-base do acusado em face de um direito penal do fato e não do autor. Tendo como problematização as discrepâncias e discordâncias doutrinária e jurisprudencial acerca da efetividade dos elementos do artigo 59 e a forma de aplicação da culpabilidade no processo penal. Observando o teor subjetivo de cada uma das circunstâncias e se há a possibilidade de uma atualização no conceito de culpabilidade visando dar maior efetividade ao princípio da individualização das penas e da presunção de inocência. Por fim, é apresentada a teoria da co-culpabilidade como uma possível contramedida em face do direito penal expansionista atual.

Palavras-chave: princípio da culpabilidade, direito penal, pena-base, circunstâncias judiciais, artigo 59.

ABSTRACT

This paper brings a brief study on the principle of guilt in criminal law, focusing on the application of guilt in the first phase of fixing the sentence through the analysis of the judicial circumstances listed in Article 59 of the Penal Code. The deductive method was used to construct this article from a qualitative research of a basic nature with an explanatory objective, through the bibliographical procedure. Its justification is given to the extent that it questions the legitimacy of the judicial circumstances to assess the basic sentence of the accused in the face of a criminal law of the fact and not of the author. Having as problematization the discrepancies and disagreements doctrinaire and jurisprudence about the effectiveness of the elements of the article 59 and the way of application of the guilt in the criminal process. Observing the subjective content of each one of the circumstances and if there is the possibility of an update in the concept of guilt aiming to give more effectiveness to the principle of individualization of penalties and

¹ Graduando em Direito do Centro Universitário Santa Cruz, de Curitiba – PR.
E-mail: amanda.cristiane2021@hotmail.com

the presumption of innocence. Finally, the theory of co-culpability is presented as a possible countermeasure against the current expansionist criminal law.

Keywords: principle of guilt, criminal law, base sentence, judicial circumstances, article 59 of the Brazilian Penal Code.

1 INTRODUÇÃO

Acerca da culpabilidade, primeiramente se faz necessário entender que há mais de uma acepção ou abordagem de estudo referente a mesma. Há a culpabilidade como princípio; a culpabilidade como elemento da teoria tripartite de crime; como circunstância judicial, como aspecto subjetivo e normativo dentro do direito.

A partir da construção dogmática e doutrinária dos teóricos do direito penal, é possível perceber que a forma de se enxergar a culpabilidade (sendo esta, de forma simplista entendida como o grau de reprovabilidade dado a um indivíduo por determinada conduta) sofre influências não somente relacionadas ao estado em que o jurista habita, suas formas de governo e o posicionamento de seus tribunais, mas, principalmente do meio social como um todo, incluindo fatores políticos, governamentais, econômicos e educacionais.

Em suma, quando o Estado, representado na pessoa dos juristas ou na pessoa incumbida de aplicar a incidência do poder punitivo estatal em um agente que cometeu aquilo que é social e juridicamente considerado como crime há muito o que deve ser analisado, e como não poderia ser diferente há muitos posicionamentos sobre o tema.

Em que pese a abundância de construções teóricas e pensamentos, este trabalho quer trazer a reflexão da tão discutida culpabilidade pensando nessa sua dupla abordagem: culpabilidade como fato legitimador da incidência do poder punitivo estatal; e a culpabilidade como limitador desse mesmo poder. Essa análise se concentrará especificamente na dosimetria da pena, durante o final do processo, quando da aplicação da pena na sentença, em especial em sua primeira fase, quando são abordadas as circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Desse modo, o que se propõe é que o magistrado, sendo, durante a fase da sentença no processo criminal, a pessoa incumbida de aplicar e sopesar o poder de punir representando o Estado, faça-o sob o prisma da culpabilidade, em especial voltando-se à pessoa do ser humano, falível por natureza, submetido à diversas influências, um sujeito

de direitos, inserto em um meio social repleto de problemas sociais, observando primeiramente a dignidade da pessoa humana e considerando a maneira de como aquele indivíduo que sofre a sanção penal será tratado, dentro e fora do sistema, sem, contudo, dispensar anos e anos de estudos sociais e jurídicos acerca do tema ou a contemporaneidade que permeia o fato.

2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO

Para compreender a culpabilidade como princípio se faz necessário remeter à lembrança da grandiosa mudança ocorrida no âmbito doutrinário na matéria do direito penal, que se refere à transição realizada com a alteração da idade média para a modernidade de um direito penal do autor para um direito penal do fato. (BITENCOURT, 2012 p. 88)

Para muitos juristas o fator basilar que fundamenta a culpabilidade até os dias atuais (independentemente sob qual aspecto é estudada) é afastar a responsabilidade penal objetiva, ou seja, quando antes punia-se o agente apenas pelo resultado observado (quando não muito submetia o agente a uma análise mais pessoal e moral do que necessariamente normativa ou jurídica) hoje busca-se relacionar o fato ao autor não somente pelo nexos causal mas pelo grau de reprovabilidade que a ele se pode imputar levando em consideração sua capacidade de determinar-se conforme o direito e de entender o caráter ilícito do fato (daí se extrai os três pilares que explicam a culpabilidade atualmente: capacidade de culpabilidade; consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta) . (BITENCOURT, 2012, p. 162)

Com o passar dos anos e as mudanças sócio-históricas concretizadas, houveram vários períodos de teorias desenvolvidas quanto ao conceito de culpabilidade, desde uma culpabilidade psicológica (aqui mencionando autores como Claus Roxin e Franz Von Liszt), relacionada a uma visão causalista, até uma teoria psicológica-normativa (cite-se Reinhard Frank e James Goldschmidt), para então chegar-se a uma teoria normativa pura da culpabilidade (Hans Welzel e Hans Heinrich Jeschek) relacionada a uma visão finalista do direito penal. (BOSCHI, 2013, p. 162)

O que se pode extrair de uma construção longínqua desta, quanto elemento comum a estas teorias é que o direito e o Estado não devem olhar para o agente que comete um delito somente como alguém que descumpriu uma norma jurídica, mas se

deve considerar um pouco mais sua esfera subjetiva, desde sua formação psíquica, até sua intenção ao cometer o delito, se fora cometido com dolo ou culpa e se o era exigível agir de modo diferente ao realizado. (BATISTA, 2007, p.102)

Em suma, o princípio da culpabilidade no direito penal veio trazer um aspecto social e psicológico ao que antes poderia considerar apenas uma adequação típica que ensejava em uma responsabilidade penal objetiva.

A culpabilidade como juízo de reprovação ganha formatos, limitações e espécies, como a ausência de culpabilidade nos crimes cometidos pelos inimputáveis, ou a ausência de culpabilidade para pessoas imputáveis que se encontram em erro de proibição, ou ainda, pessoais que apesar de imputáveis e com consciência de ilicitude não devem ser culpáveis por se encontrarem em situações de anormalidades abarcadas pelas situações de exculpação. (SANTOS, 2014. p. 24)

O princípio da culpabilidade guarda certa relação de dependência com o princípio da legalidade, traduzido na máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, vez que, para um agente ser considerado culpável é imprescindível que o mesmo tenha adotado alguma conduta contrária à norma, carregado de um juízo de ilicitude e tipicidade por haver previsão proibitiva expressa acerca do fato, nesse sentido a culpabilidade serve como garantia para os demais princípios fundamentais do direito penal como o princípio da presunção de inocência, o princípio da individualização da pena e o princípio da intervenção mínima.

Para além dos debates da função da pena - considerando apenas sua essencialidade - faz-se mister compreender que o sujeito submetido à persecução criminal é em primeiro lugar um ser humano, e deve ser considerado e analisado como tal, e não apenas como um objeto no qual o Estado cumpre seu poder punitivo a seu bel prazer.

2.1 CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME

Diferentemente de outros países o Código Penal brasileiro não optou por trazer à norma um conceito de crime ou culpabilidade, razão pela qual a doutrina entende o crime como uma conduta humana, típica, antijurídica e culpável, sendo a tipicidade a adequação do fato à previsão normativa; a antijuridicidade o juízo de ilicitude da conduta em contraste com o direito como um todo; e a culpabilidade como sendo o grau de reprovabilidade do agente considerando sua consciência sobre a proibição acerca do ato

criminoso, e a sua opção por agir contrariamente à norma podendo e devendo agir conforme o direito. (BRANDÃO, 2015, p. 112)

Tal elemento tem como principal função afastar a responsabilidade penal objetiva e, dessa maneira verificar se o agente tinha condições de determinar-se conforme o direito e se o mesmo apesar de saber e poder agir da maneira esperada escolheu a conduta criminosa. Para fazer essa análise de modo eficiente passa-se por três critérios: a imputabilidade do agente; a inexigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência de ilicitude. (NUCCI, 2019, p. 209).

Acerca da imputabilidade do agente, esta deve ser entendida à luz do artigo 26 do Código Penal que traz o conceito de inimputável, como sendo a capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato, ou seja, a compreensão exigível àqueles que não detêm nenhuma debilidade de consciência (doentes mentais) de saber que tal atitude é reprovável pelo direito e, tendo essa compreensão escolher agir conforme a norma. (GRECO, 2017, p. 532)

Por esta razão é que se têm as excludentes de culpabilidade, que trazem situações onde o agente é isento de culpa por não poder exigir do mesmo, conduta diversa da efetuada. A inexigibilidade de conduta diversa pode ser entendida nas hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica. São entendidas tais hipóteses como excludentes de culpabilidade, visto que, influenciam diretamente na capacidade do agente de autodeterminação, de forma que se altera significativamente o grau de reprovabilidade que pode ser imputado ao agente. (BITENCOURT, 2018, p. 713)

Dessa forma, apesar da culpabilidade como elemento constitutivo do crime debruçar-se sob uma esfera subjetiva de análise, a mesma não ultrapassa os limites normativos-jurídicos, de modo que, em que pese serem analisadas as circunstâncias psicológicas do agente, tais se limitam na medida em que contribuíram para a atitude reprovável concretizada.

2.2 A CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME *VERSUS* A CULPABILIDADE NA TEORIA DA PENA

Quando estudada a culpabilidade ainda na fase de investigação do delito diz respeito à autoria, impossibilidade de conduta diversa, intenção ou consciência de agir, isto posto que, juntamente com a antijuridicidade e a tipicidade forma o que se entende

como crime, de modo que ausente qualquer um desses elementos é impossível que o ocorrido seja submetido à persecução criminal, pois não haveria crime.

A teoria do crime, visa estabelecer parâmetros de análise para quando o Estado se depara com a ocorrência de um fato aparentemente criminoso, tais parâmetros são utilizados para definir se houve crime, quem o cometeu, quem o sofreu, e se há possibilidade de punição ao agente. Sendo assim, ainda na fase de investigação são analisados a culpabilidade (autoria e consciência da ilicitude), a antijuridicidade (existência da ilicitude) e a tipicidade (crime devidamente previsto na legislação penal atual). (BRANDÃO, 2015, p. 23)

Logo, quando da ocorrência de um fato aparentemente criminoso, é analisado: se houve ofensa a um bem jurídico penalmente relevante e o grau da ofensa ao bem jurídico; se há contradição quanto ao que está exposto na norma e a conduta observada e se a conduta observada está tipicamente qualificada na legislação vigente; o autor do fato e seu grau de consciência da ilicitude quando da realização do ato e a impossibilidade de o autor agir de maneira diversa do ocorrido. (SANTOS, 2014, p. 73)

Quando analisados cada um desses elementos, se observa não somente o ocorrido, mas também, ainda que indiretamente seus elementos causais, ou seja, o que levou ao crime, de que maneira a vítima contribuiu para o fato, em que situação fática se encontravam as partes quando aconteceu o fato. Tudo devidamente analisado para que órgão responsável pela ação penal decida se é caso ou não de oferecer a denúncia e dar início a Ação Penal Judicial, mesmo que tal análise se dê apenas com vestígios do crime e indícios de autoria. (LOPES JR. Aury, 2019, p. 161)

De todo modo, é evidente que antes mesmo de se dar início a Ação Penal as autoridades se dedicam a analisar tais elementos, mas apesar da análise anteriormente feita o magistrado em um momento posterior a fase da investigação, qual seja, a da sentença, analisará tudo novamente para a aplicação da pena, tal situação não é suficiente para configurar o “*ne bis in idem*”?

De acordo com os teóricos da pena não, pois a culpabilidade como princípio, a culpabilidade como elemento do crime e a culpabilidade como pressuposto da pena recebem tratamento distinto por grande parte da doutrina. Ao se atentar para as teorias da pena existentes Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio (2019, p. 506), dizem que as teorias que servem para legitimar o direito penal podem ser

sistematicamente divididas em três grandes grupos: as teorias absolutas ou retributivas; as teorias relativas ou preventivas e as teorias mistas.

Ainda nas palavras dos autores citados acima:

São consideradas absolutas todas aquelas teorias que atribuem à pena uma fundamentação moral e a reconhecem como um fim em si mesma, ou seja, como um castigo, uma retribuição pelo cometimento do crime, [...], sem almejar que com sua aplicação alcance-se qualquer fim prático diverso da 'Justiça'. (p. 506)

O que, conseqüentemente as distingue das relativas ou mistas, pois para além da finalidade retributiva da pena, atribuem-lhe utilidade distinta, podendo ser de caráter moral ou jurídico. Tais teorias utilitaristas são divididas entre aquelas de caráter preventivo pessoal/subjetivo restrito à pessoa do agente criminoso, e à de caráter geral dirigido a todas as demais pessoas. Dessa forma a pena para a teoria mista teria um fim retributivo à pessoa do acusado por ter agido contrário à norma, e preventivo tanto em sua esfera subjetiva para que o mesmo não volte a delinquir; quanto para a sociedade mostrando que os crimes são punidos e impedindo "pretensos infratores". (FABRETTI, SMANIO, 2019, p. 507)

Contudo, o que se tem no cenário atual é que por vezes essa finalidade louvável descrita de forma teórica não surte com todos os efeitos necessários, os níveis de reincidência continuam altos, e aparentemente a criminalidade não diminuiu, logo, em que pese o mérito de toda a construção teórica, a mesma não se justifica de forma efetiva, conforme mencionam os referidos autores (FABRETTI, SMANIO, 2019, p. 507):

Entretanto, até hoje não se pode afirmar, de maneira alguma, que se chegou a um consenso sobre a legitimidade/necessidade da existência da intervenção estatal perante o cidadão. Ou seja, não há qualquer consenso ideológico que forneça legitimidade ao Estado para praticar uma violência contra um de seus membros como consequência de uma violação legal.

Da fala dos autores acima, percebe-se que apesar de toda a construção temática e doutrinária acerca do tema, subsistem questionamentos acerca da legitimidade de o Estado atingir a esfera subjetiva de seus cidadãos de maneira tão violenta como a pena privativa de liberdade que atingem àqueles que são afligidos em seu corpo e alma. Nesse sentido é que a culpabilidade tem sua função como limitador do direito do poder de punir do Estado, pois, seja na visão retributiva ou na visão utilitarista ninguém poderá receber

uma pena que vá além dos limites de sua culpabilidade/reprovabilidade. (FABRETTI, SMANIO, 2019, p. 242)

2.3 CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Inicialmente quando explicado o que se entende por culpabilidade sem levar em conta toda a construção dogmática e doutrinária acerca do tema, sua evolução de uma culpabilidade psicológica, para uma culpabilidade normativa, é normal que a pessoa que entra em contato com o tema pela primeira vez sinta-se incomodado quanto à quantidade de vezes que o magistrado e os outros agentes da persecução criminal se revolvem no assunto.

A culpabilidade é elemento imprescindível para compreender que houve um crime, em momento posterior é imprescindível para mensurar se o sujeito ativo do fato delituoso pode ser penalizado por sua conduta, e então em um terceiro momento é analisado a graduação da “culpa” como consciência de ilicitude e capacidade volitiva de se comportar contrário a norma.

Essa graduação da culpabilidade que é analisada na 1ª fase de fixação da pena deve ser interpretada de acordo com vários aspectos que envolvem o caso concreto, sendo entendido por alguns autores inclusive a possibilidade de sopesar a pena-base com relação à culpabilidade a partir da análise do dolo e da culpa, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1684):

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal — na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação — pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.

No entendimento do ilustre jurista a culpabilidade como circunstância judicial serve como um balizador da pena, um instrumento para quantificar e estabelecer a dosagem de reprovabilidade (traduzida na ideia de censurabilidade) que pode ser imputada ao agente, analisando o caso concreto e as circunstâncias em que se deu o fato típico e antijurídico: O agente culpável era culpável em que medida? Sua intenção pode ser compreendida como maligna? Ou inevitável?

Desta feita, a culpabilidade como circunstância judicial serve uma última vez como limitador do poder punitivo estatal na medida em que quantifica, determinando o

aumento ou não da pena prevista legalmente. Onde antes poder-se-ia compreender a culpabilidade como elemento qualitativo do que se entende como crime, na 1ª fase de aplicação da pena a culpabilidade serve, portanto, como elemento quantitativo da pena. (SANTOS, 2014, p. 523)

Ao considerar a teoria normativa pura da culpabilidade têm-se que esta deve ser entendida como “reprovabilidade ínsita da norma ao agente que decide livremente violá-la, em contraste com o dever de respeitá-la[...]” (BOSCHI, 2013. P. 162), logo, se dá muito crédito a capacidade de autodeterminação do homem, considerando como fator principal o seu livre arbítrio, pois somente quando existe o dever de se comportar conforme a norma (e se tem consciência desse dever) é que deve ser punido o agente que não controlou seus impulsos criminais.

É justamente com relação ao peso que os juristas normativos-puros dão ao livre arbítrio onde se concentra a crítica do ilustre jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, ao afirmar que a depender das condições de vida do agente este encontra-se com sua capacidade de autodeterminação reduzida, e condená-lo apesar de ter esse conhecimento acerca da capacidade de autodeterminação reduzida é equivalente a puni-lo pelas condições sociais às quais fora acometido. (ZAFFARONI, 2008, p. 525).

Considerando o posicionamento do referido autor, resta um questionamento: as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são efetivas com relação a sua tarefa de aferir a culpabilidade do agente e honrar com o princípio constitucional da individualização da pena a partir de uma análise do direito penal do fato e não do autor?

3 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

O Art. 59, “caput” do Código Penal diz:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Sendo assim, o juiz quando analisar a fixação da pena-base utiliza como parâmetro os elementos supracitados, o artigo ainda nos seus incisos seguintes diz que são utilizados os elementos do *caput* para analisar a quantidade de pena, o regime inicial de

cumprimento de pena, assim como, a possibilidade de substituição das penalidades em penas alternativas e a restrição de liberdade do acusado.

Logo, é possível observar que os elementos contidos no *caput* do supracitado artigo, são de extrema relevância quanto ao destino ou as consequências do delito que estão sendo analisadas pelo magistrado, pois irão afetar diretamente a vida do acusado, em seu próprio corpo e liberdade de agir.

Portanto, tais elementos dada sua relevância no trâmite penal, não podem ser analisados superficialmente, mas se deve levar em consideração os demais princípios norteadores do direito em sua análise, a título de exemplo têm-se o princípio da presunção de inocência, da proporcionalidade e da razoabilidade. Quanto à possibilidade de fixação da pena base acima do mínimo legal explica Fernando Capez (2011, p. 478):

Nesta fase, não será possível fixar a pena abaixo do mínimo, ainda que todas as circunstâncias sejam favoráveis ao agente, nem acima do máximo. Do mesmo modo que no caso das agravantes e atenuantes, a lei não diz quanto o juiz deve aumentar ou diminuir em cada circunstância, ficando esse quantum a critério do juiz;

Desse modo, entende-se que a análise desses elementos somente tem relevância quando aumentam a pena acima do mínimo legal, de modo que, se ausentes os elementos que prejudicam o réu o magistrado registra a pena de acordo com o mínimo previsto em lei, não utilizando tais elementos ainda que favoráveis ao réu para diminuir a pena, mas tão somente aumentá-la.

O autor ainda menciona que para aplicar as circunstâncias previstas no artigo 59 não basta ao magistrado apenas mencioná-las, devendo o juiz fundamentar a aplicação trazendo referências específicas aos elementos concretizadores das circunstâncias sob análise (CAPEZ, 2011, p. 478).

Acerca do que fora estudado em tópico anterior, cumpre salientar que a possibilidade de configuração do “*ne bis in idem*”, quanto aos “antecedentes criminais do agente” será objeto de análise em momento posterior, por hora cabe concentrar esforços para analisar calmamente a influência da “dupla análise da culpabilidade” quando da aplicação da pena.

Quando analisadas as circunstâncias judiciais presentes no *caput* do artigo 59 do Código Penal é defeso ao magistrado aumentar ou diminuir a pena tendo como base a margem prevista no tipo penal, logo, um crime que tenha hipoteticamente a previsão de 5 a 10 anos de pena, para cada circunstância judicial valorada negativamente o juiz pode

umentar certa fração da pena tendo como limite o máximo da pena (10 anos) e o mínimo (5 anos), sendo vedada a redução abaixo do mínimo previsto em lei.

Atualmente não há entendimento pacífico nos tribunais acerca do tema, no que diz respeito à qual fração deve ser aplicada nesse aumento realizado na 1ª fase de fixação da pena, enquanto a doutrina entende ser o aumento a partir dos elementos do art. 59 do CP de 1/7, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) por sua vez entende ser o mesmo a partir de 1/6, conforme exposto a seguir no AgRg no HC 713895 / ES:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E DA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. DECOTE DA SEGUNDA VETORIAL. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE NÃO EXTRAPOLA A NECESSÁRIA PARA TIPIFICAR O DELITO. PRECEDENTES. SANÇÕES REDIMENSIONADAS E MANTIDAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. - **A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.** - Dosimetria da pena refeita da seguinte forma: Na primeira fase, mantido o desvalor apenas da circunstância judicial relativa às circunstâncias do delito, exaspero as sanções em 1/6, fixando-as em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes e presente a agravante da reincidência, **aplico a fração de 1/6**, ficando as penas estabelecidas em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa. Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena (a reincidência é óbice legal à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da LAD), as reprimendas do paciente ficam definitivamente estabilizadas em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 500 dias-multa (para não incorrer em reformatio in pejus). - Desse modo, ficam **mantidas as reprimendas do paciente, nos termos da decisão recorrida.** - Agravo regimental não provido. [grifo nosso]

Na mesma linha de posicionamento mostrada anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, questionando a pena do réu em questão e pedindo afastamento da culpabilidade do agente, decide por não valorar negativamente a culpabilidade como circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena com o argumento de que: “uma vez que a conduta do paciente, em verdade, já está inserida nos próprios tipos penais dos delitos pelos quais o mesmo foi condenado, não podendo ser avaliada negativamente”:

HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL — ÓBICE — INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. HABEAS CORPUS – FATOS E PROVA – ADEQUAÇÃO. Em jogo a liberdade de ir e vir, não se

tem como deixar de adentrar a matéria versada no habeas corpus, pouco importando direcionar à análise de fatos e prova. RECURSO – TEMPESTIVIDADE. O juízo de admissibilidade de recurso subscrito por membro da Defensoria Pública deve considerar as prerrogativas de intimação pessoal e contagem do prazo em dobro – artigos 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950 e 44, inciso I, da Lei Complementar nº 80/1994. PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – DOSIMETRIA – ILEGALIDADE. **A valoração de dados inerentes ao tipo não justifica ter acréscimo na primeira fase da dosimetria, encerrando ilegalidade.** (HC 157763, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2021 PUBLIC 24-06-2021) [grifo nosso]

O Ministro relator do caso em questão, no entanto, defendeu pela constitucionalidade do artigo, visto que, na visão do relator, os elementos analisados judicialmente para a aplicação da pena-base estão de acordo com o princípio da individualização da pena, consagrado constitucionalmente em seu art. 5º, inciso XLVI, utilizando-se, portanto, de todos os elementos, assim como a culpabilidade para fins de servir como limitador da discricionariedade judicial estatal.

Sendo assim, apesar de defender a adequação do artigo 59 quanto à aplicação da culpabilidade como circunstância judicial para agravar a pena-base os tribunais em sua grande maioria acabam por não considerá-lo quando aplicada a fração que determina a quantidade de pena a ser aumentada, na maioria das vezes por considerar que a culpabilidade não deve ser majorada como circunstância judicial tendo como fundamentos elementos constitutivos do tipo penal, ficando um pouco inconclusivo o que pode ou deve ser considerado para aferir a culpabilidade nesta fase da dosimetria da pena.

Para servir de reflexão, sem trazer uma resposta exata para a problemática exposta, tem-se a máxima do ilustre jurista Eugenio Raúl Zaffaroni (2017, s/p): “A função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo”. E, para tal, o principal objetivo do princípio da culpabilidade é afastar a possibilidade de responsabilidade penal objetiva. Desse modo, seja valorada negativamente ou não, nesta fase da dosimetria a aplicação da culpabilidade do agente deve sempre ser analisada tendo como objetivo restringir a punibilidade de acordo com os princípios constitucionais de um Estado democrático de Direito, servindo como legitimador e limitador do poder punitivo estatal.

3.1 A PERSONALIDADE DO AGENTE

Para Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 390), a personalidade do agente se extrai a partir de conceitos positivos (paciência, amabilidade, honestidade, coragem etc) e negativos (insensibilidade, covardia, agressividade, irresponsabilidade etc); conceitos estes que devem ser observados pelo juiz a partir da oitiva de testemunhas para obter informações de como o acusado age em sua vida em geral e até mesmo através de documentos ou outras formas, excluindo-se desse âmbito os antecedentes criminais, as ações penais e os inquéritos policiais em andamento.

Outro doutrinador que também entende ser imprescindível ao magistrado analisar a personalidade do agente é Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 1223), onde para ele, ainda que os antecedentes criminais não possam ser valorados negativamente, não se pode ignorar se o réu em questão já teve passagens pela polícia ou problemas de conduta quando era menor, pois o seu histórico de vida serviria como um balizador para aferir aspectos de sua personalidade. Para o autor a personalidade “Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo” (BITENCOURT, 2018, p. 1223).

Diverge desse posicionamento Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 556) ao afirmar veementemente que os profissionais do direito carecem de formação adequada ou conhecimentos necessários para aferir aspectos de tamanho rigor técnico e científico da área da psicologia como a personalidade do agente, em suas palavras:

Em geral, os operadores do sistema de justiça criminal carecem de formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de personalidade e, por essa razão, a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, como conjunto de sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre os polos de emotividade/estabilidade, ou de atitudes/reações individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado.

Da mesma forma institui Rogério Greco (2017, p. 717), ao afirmar que, para além da ausência de capacidade, os profissionais do direito que insistem em criar conceitos que em nada tem a ver com o que a psicologia – que é o ramo especializado para tal – entende como personalidade, acabam por contrariar o sistema vigente, na tentativa de resgatar um direito penal do autor em total contrariedade ao direito penal do fato que vige atualmente.

Dessa forma, percebe-se que atribuir ao magistrado como representante do poder punitivo estatal a possibilidade de aferir aspectos subjetivos do acusado em sua esfera

psíquica e moral como pretende a circunstância judicial denominada personalidade do agente mostra um retrocesso à construção dogmática penal criminalizando o agente por conceitos estranhos ao direito e contrariando a visão do direito penal do fato e a visão garantista que se busca atingir.

3.2 OS ANTECEDENTES DO AGENTE

Entende-se da leitura do art. 59 do Código Penal, que, o juiz juntamente com a culpabilidade exposta anteriormente deve analisar os antecedentes criminais do acusado para quantificar a pena-base, ocorre que além dessa análise inicial dos antecedentes, em fase posterior de quantificação da pena, mais precisamente quando da análise das majorantes e minorantes, o juiz analisa uma vez mais os antecedentes do acusado, para fins de determinar a reincidência.

Há aqueles dentre os doutrinadores que defendem ser essa análise questionável, resguardado a exceção de se analisar os antecedentes uma única vez para tentar determinar características pessoais do acusado, assim como traços de personalidade (agressivo, irreverente, amigável); sendo, portanto, reprovável a ideia de se analisar uma vez mais os antecedentes se for para determinar circunstâncias diferentes das já expostas, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 211):

Existindo vários estágios e fases para fixar a sanção penal, é preciso atenção por parte do julgador, a fim de não considerar o mesmo fato mais de uma vez para provocar o aumento da pena. Ilustrando, se o agente possui um antecedente criminal, ele somente pode ser considerado uma vez: ou como agravante da reincidência ou como circunstância judicial do art. 59 do CP.

O mencionado pelo jurista diz respeito ao limite do que pode ser considerado legal e inerente à análise da fixação da pena-base, e o que pode ser considerado uma ofensa ao princípio do *ne bis in idem* ou princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato.

Contudo, persistiu no judiciário nacional por vários anos uma dúvida: podem os inquéritos policiais em andamento e as ações penais em curso servirem como circunstância judicial relativa aos antecedentes quando da fixação da pena-base? E sim, por muito tempo esse era o entendimento dos tribunais, apesar de claramente confrontar o princípio constitucional de presunção de inocência, e, finalmente no ano de 2018 através do HC 431283 se pacificou o entendimento através da súmula 444 do Superior Tribunal

de Justiça nos seguintes termos: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Dentre os doutrinadores há quem defenda que quando da análise dos antecedentes do agente deve-se analisar de certa forma toda a vida pregressa do mesmo, porém ao considerar aspectos que fogem ao mundo jurídico nesta circunstância haveria uma certa confusão com relação às outras circunstâncias a exemplo da conduta social e a personalidade do agente, também esteve em debate por muito tempo se eventuais atos infracionais praticados pelo acusado quando de sua menoridade poderiam ser aferidos como antecedentes, porém tal entendimento carece de legitimidade, pois, se os menores de 18 anos são tidos como inimputáveis tais condutas não poderiam ser valoradas como se imputáveis fossem. (BITENCOURT, 2012, p. 1688)

Em virtude dessas problemáticas os chamados atos infracionais acabaram restritos à análise da personalidade do agente e não são valorados no bojo desta circunstância, por fim, como antecedentes os magistrados geralmente se atêm a analisar as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado que não podem mais ser valoradas como reincidência em virtude do prazo depurador de 5 (cinco) anos.

Assim como os demais ramos do direito, o Direito Penal é regido por princípios que norteiam a sua aplicação e a maneira como atingem diretamente a vida dos envolvidos, alguns desses princípios basilares estão previstos expressamente na legislação nacional, ou ainda na Constituição da República de 1988 como o princípio da Presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII), outros, entretanto, foram construídos com o passar do tempo a partir da doutrina ou de entendimentos pacificados nos tribunais, a chamada jurisprudência, é neste último meio que se encontra, ou que se estabeleceu como princípio o chamado “*ne bis in idem*”, onde:

A ideia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos [...]. (OSÓRIO, 2021, apud GUEDES, 2006, p.1):

A existência e a devida importância desse princípio para o direito penal são tão evidentes, que o mesmo se encontra também devidamente regulamentado no art. 8º, alínea 4 do Pacto de San José da Costa Rica que diz: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

De maneira simples, significa dizer que ninguém pode ser acusado ou condenado pelo mesmo fato duas vezes, o que de forma indireta também significa dizer não ter validade analisar duas vezes uma mesma situação com a finalidade de aumentar a pena base do acusado, eis o impasse presente no art. 59 do CP no que tange à análise dos antecedentes criminais do acusado.

3.3 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Assim como os elementos analisados anteriormente o comportamento da vítima quanto circunstância judicial tem a finalidade de quantificar, ou, estabelecer a pena-base ou provisória (como mencionam alguns), mas, diferentemente das demais circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 o comportamento da vítima só pode ser analisado quando se mostrar favorável ao réu, não podendo servir em seu desfavor, como ilustrado no julgado abaixo:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. CRIME DE TORTURA. HABEAS CORPUS. PENA-BASE. **COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE.** REDIMENSIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. 3. **Em relação ao comportamento da vítima, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que esta é uma circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Dessa forma, não restando evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, a circunstância deve ser considerada neutra.** 4. Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada, e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (ut, AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1.617.439/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 28/9/2020). Precedentes. 5. Diante disso, a exasperação superior às referidas frações, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. 6. No caso concreto, afastado o desvalor do comportamento da vítima e mantida a negatificação de 3 circunstâncias judiciais (culpabilidade, circunstâncias e consequências do

crime), que se mostram devidamente fundamentadas, mostra-se mais razoável e proporcional a aplicação da fração de 2/3. 7. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para afastar o desvalor do comportamento da vítima da pena-base, redimensionando a pena do acusado MÁRCIO SILVA MAPURUNGA. De ofício, aplica-se o artigo 580 do CPP, para determinar a extensão da presente decisão para o corréu GÉRSO CHAVES ARAGÃO. (AgRg no AREsp n. 2.157.484/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022.) [grifo nosso]

Tal é o mesmo entendimento amplamente divulgado na doutrina, Para Nucci (2017, p. 398), o comportamento da vítima interfere significativamente na conduta delituosa perpetrada pelo agente, de modo que, de acordo com o caso concreto que está sob análise tal circunstância deve ser considerada como favorável ou neutra para quantificar a pena-base do agente. Mais detalhadamente o mesmo ainda menciona exemplos de pessoas que podem contribuir para a prática delitiva de maneira a influenciar no grau de censurabilidade a ser imputado ao réu, como por exemplo, as pessoas “exibicionistas, mundanas e velhacas”.

Ainda nos dizeres do ilustre autor, haveriam espécies de vítimas de acordo com o nível de contribuição das mesmas para a conduta delitiva, como as: completamente inculpáveis; as parcialmente culpáveis; as ignorantes e imprudentes; as com escassa culpabilidade; as com atitude voluntária; as completamente culpáveis; as provocadoras; as que buscam auxiliar o agente e as falsas vítimas. (2017, p. 399).

Concorda Bitencourt (2018, p. 1225) ao mencionar Manzanera acerca dos tipos identificáveis de vítimas que interferem no grau de censurabilidade imputado ao agente como “vítima totalmente inocente, a vítima menos culpada que o criminoso, a vítima tão culpada quanto o criminoso, e a vítima totalmente culpada [...]”. De toda forma, é evidente que a doutrina em sua grande maioria entende haver sim uma certa contribuição da vítima ao ser acometida por uma infração penal, seja nos crimes contra o patrimônio ou até mesmo nos crimes de cunho sexual.

Acredita-se que esse entendimento se pacificou principalmente em razão da exposição de motivos quando da reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 através da Lei 7209, quando então, o comportamento da vítima foi elevado a circunstância judicial, onde:

fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes (BACH, 2022. p. 9)

Um fator preocupante, ou, no mínimo que pode incitar à reflexão, é justamente se o magistrado ao se debruçar para analisar concretamente de que forma a vítima contribuiu para o crime não estaria, de certa maneira, “revitimizando” a mesma, pois, para além de o ofendido prestar-se à comparecer em todos os atos quando da persecução criminal em que se fizer necessário a sua presença, e da coragem para delatar seu agressor (quanto agente criminoso), sua conduta acerca dos fatos estaria sendo avaliada não para, porventura, sopesar às cominações das quais o réu será condenado, mas sim, para eventuais “diminuições de pena”.

A crítica que se leva em consideração é, tendo natureza de circunstância judicial não seria razoável que o comportamento da vítima também servisse como balizador para o fim de aumentar a pena-base imputada ao infrator? E nos casos em que a vítima não somente em nada contribuiu para que o crime fosse cometido, mas, pelo contrário tomou todas as precauções possíveis para evitar que a conduta típica ocorresse, nesse caso não agiria com maior censurabilidade o agressor tendo em vista maior dificuldade em intentar seus desígnios criminosos?

Se levar em consideração o princípio constitucional de individualização da pena, é possível, ao menos, esboçar a ideia de uma aplicação mais efetiva dessa circunstância judicial no dia-a-dia do judiciário brasileiro, pois, se o comportamento da vítima só deve ser valorado quando favorável ao apenado, não estaria muito melhor enquadrado tal elemento no rol das circunstâncias atenuantes do artigo 65?

Para além do já demonstrado, o intuito da valoração da contribuição da vítima quando da realização de um ato criminoso seria uma tentativa de co-culpabilidade? Sem se aprofundar em demasia acerca do tema, pode-se aperceber que, ao menos no plano teórico, o Estado identifica que a vítima pode ter uma parcela de culpa, por que o mesmo não pode compartilhar da mesma opinião com relação a si mesmo?

4 CO-CULPABILIDADE

Interpretando a culpabilidade como juízo de reprovabilidade, ou ainda, como senso de censurabilidade que é imputado ao agente que opta pela conduta criminoso, tem-se que tal juízo de certa forma se dá sobre a pessoa, como que, resquícios do direito penal do autor, porém há aqueles dentre os juristas que acreditam em um juízo denominado de co-culpabilidade que tem a pretensão de “dividir a culpa” pelo ato criminoso do agente

com o Estado, a partir de uma visão contratualista de Estado, vez que os cidadãos dispõem de suas vidas e liberdades individuais com a premissa de obedecer a ordem e o direito. (ZAFFARONI, 2008, p. 235)

A ideia da chamada co-culpabilidade se traduz no sentido de que ninguém age instintivamente ao cometer um delito (exceto é claro em situações exculpantes como a legítima defesa ou o estado de necessidade), principalmente porque os teóricos dessa linha de pensamento acreditam que todo ser humano “age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado” (ZAFFARONI, 2008, p. 525).

Esse âmbito pré-determinado é no sentido de que a sociedade dificilmente dá aos homens as oportunidades de maneira igualitária, logo:

A vontade do agente é livre, porém pode ser contaminada, ficando viciada, muito pelas condições adversas que este agente vivencia em seu meio social. Isso gera um poder de escolha mais restrito, o que demandaria uma menor reprovabilidade do julgador. (PORTO *apud* MOURA, 2019, p. 5)

Tal forma de pensar a culpabilidade está de acordo com o princípio da isonomia retirado diretamente da nossa Carta Magna, traduzindo o princípio da igualdade para um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida da sua desigualdade, dessa forma ao entender a incapacidade de o Estado prover a todos as mesmas condições de vida, poder aquisitivo, dignidade da pessoa humana, ensino, saúde entre outros direitos fundamentais e mínimos é natural se pensar que na incidência de uma conduta de certa forma pré-determinada por tais condições de extrema vulnerabilidade ou até mesmo miserabilidade o ser humano tenha pensamentos negativos com relação ao respeito à norma.

E o juiz de direito quanto representante desse Estado que foi insuficiente para esse ser humano não deve puni-lo tão severamente, porque em última análise seria uma espécie de dupla punição: pela infeliz vida pretérita do acusado e pela retribuição ao demonstrar sua revolta, nesse sentido têm-se a fala do ilustre jurista Eugenio Raúl Zaffaroni ao citar Jean Paul Marat (2008, p. 234):

Através das gerações, a falta de qualquer freio ao aumento das fortunas, foi o que fez com que uns enriquecessem à custa dos outros, e que um pequeno número de famílias acumulasse a riqueza, enquanto uma enorme massa foi caindo na indigência, [...]. Perguntava-se se, em tal situação, os indivíduos que não obtinham da sociedade mais do que desvantagens estavam obrigados a respeitar as leis, e respondia categoricamente: ‘Não, sem dúvida. Se a

sociedade os abandona, retornam ao estado de natureza e recobram pela força, os direitos que somente alienaram para obter vantagens maiores; toda autoridade que se lhes oponha será tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino’.

Nilo Batista por sua vez (2007, p. 105), diz que a co-culpabilidade, trata-se de atribuir ao estado a responsabilidade que lhe é devida, pois, na visão do autor a criminalidade é produto de uma má gestão estatal de política criminal, não se mostrando razoável, portanto, atribuir toda a reprovabilidade do ato ao agente que por si só é hipossuficiente em relação ao poderio do Estado, logo, “a co-culpabilidade faz sentar nos bancos dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.

4.1 SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A partir de uma breve análise acerca o que seria o chamado princípio da co-culpabilidade, tem-se que este se traduz como a culpabilidade do agente em contraste com sua vulnerabilidade social, visto que, para muitos há maior reprovabilidade do agente que comete um fato criminoso quando bem-nascido e detentor de várias oportunidades do que um miserável que cresceu nas favelas e às margens da sociedade. (NUCCI, 2020, p. 630)

Ademais, como já mencionado, a ideia coaduna-se com o conceito de igualdade constitucional e individualização da pena (CF/88, art. 5º, incisos I e XLVI), o que se pretende descobrir então, é de que forma se daria essa aplicação quando da dosimetria da pena do acusado. Para Zaffaroni (2008, p. 525), tal condição pode ser aplicada mediante o emprego do art. 66 do Código Penal que institui acerca das chamadas atenuantes genéricas ou inominadas:

Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

A redação do artigo mencionado pelo jurista dispõe que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, e como as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 de certa forma fazem alusão à elementos subjetivos relacionados ao meio social do agente acredita-se que sim, sua condição social e econômica deve ser considerada para determinar a pena.

Houve, inclusive, projeto de lei realizado anteriormente no sentido de colocar expressamente no caput do artigo 59 a respeito da co-culpabilidade, como se vê no Projeto de Lei nº 3.473/2000:

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 [...] [grifo nosso]

Ao analisar o contexto da legislação atual e a intenção gradativa de tornar o direito penal cada vez mais garantista, percebe-se, inclusive, que há interesse por parte do Estado em se orientar acerca do contexto social do agente a quem se pretende punir, vez que no artigo 187 junto com seu §1º do Código de Processo Penal que dispõe acerca do interrogatório do acusado está previsto ao magistrado perguntar sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade e vida pregressa.

Apesar de vários juristas afirmarem que o princípio da co-culpabilidade deve servir como balizador da pena, por não haver previsão expressa em texto de lei atestando sua aplicabilidade no dia-a-dia do judiciário nacional, não há consenso se tal hipótese deve ser considerada quando da fixação da pena-base ou quando analisadas as atenuantes na hipótese de se encaixar como atenuante genérica do artigo 66.

O que se propõe é que, da mesma forma que a culpabilidade quando analisada como fator para mensurar a pena-base, seja analisada conjuntamente com a co-culpabilidade, dessa forma a denominada culpabilidade do agente como circunstância judicial não seria analisada somente no aspecto do grau de reprovabilidade da conduta de acordo com a exigibilidade de conduta diversa (BITENCOURT, 2018, P. 1221), mas também como o grau de reprovabilidade do agente em contraste com a possível culpabilidade do Estado quanto responsável por ele. (BATISTA, 2007, p. 105)

Ocorre, porém, que apesar de todos esses fundamentos a fim de viabilizar a aplicação do princípio da co-culpabilidade na dosimetria da pena a jurisprudência têm mostrado certa resistência em aplicar tal princípio em seus julgados como se percebe a seguir:

APELAÇÃO CRIME - CONDENAÇÃO POR ROUBO TENTADO - DOSIMETRIA DA PENA - INVOCADA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE (E DO PRINCÍPIO DA

COCULPABILIDADE) TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA SEGUNDA ETAPAS DA APLICAÇÃO DA PENA - ALEGAÇÃO DE QUE TAL FATOR DEVERIA SER VALORADO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E, AINDA, COMO ATENUANTE INOMINADA (DE ACORDO COM OS ARTS. 59 E 66 DO CP) - **PEDIDO DE MINORAÇÃO DA PENA-BASE PARA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL - NÃO ACOLHIMENTO - COCULPABILIDADE DO ESTADO E VULNERABILIDADE DO APELANTE NÃO EVIDENCIADAS NOS AUTOS - CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS INCOMPATÍVEIS COM O SISTEMA JURÍDICO-PENAL PÁTRIO** - PRECEDENTES - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE APENAS IMPEDEM A MAJORAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA, NÃO SERVINDO PARA REDUZÍ-LA PARA ABAIXO DO MENOR PATAMAR LEGAL - NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE INOMINADA PRESCRITA NO ART. 66 DO CP - CARÊNCIA DE ASSISTÊNCIA ESTATAL AO AGENTE NÃO EVIDENCIADA NA ESPÉCIE - INAPLICABILIDADE DA TESE DEFENSIVA DE MARGINALIZAÇÃO SOCIAL DO RÉU - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO(TJPR - 5ª C.Criminal - 0001675-05.2022.8.16.0196 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO NAVES BARCELLOS - J. 22.10.2022) [grifo nosso]

Logo, o entendimento predominante atual é contrário a aplicação da coculpabilidade por entender que o Estado não deve ser responsabilizado pelas condutas criminosas dos agentes. E como fundamento em sua grande maioria, os magistrados apontam que não restou demonstrado de maneira eficiente a falha do Estado para com o agente em fornecer educação, saúde e outros princípios básicos, não reconhecendo a vulnerabilidade do acusado; em outros apenas afirmam que é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela não aplicabilidade do instituto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se aferir que as questões sociais e políticas influenciam diretamente na maneira que o Estado trata os infratores da norma, Estados que precisam reafirmar seu poder perante a sociedade, Estados com maior desigualdade social e racial tendem a não ter resultados efetivos em suas políticas de segurança pública e ressocialização dos criminosos.

Uma população faminta, ou simplesmente insatisfeita fica cada vez mais sedenta por sangue e vingança, uma população de trabalhadores de baixa renda com uma carga de impostos altíssimos não se conforma ao ser assaltada ou atingida em sua esfera pessoal, logo, os “desajustados, indesejáveis, marginalizados” servem como um opróbrio e também um meio de “aliviar as tensões populares”; espetáculos midiáticos

sensacionalistas e a ideia do “bandido bom é bandido morto” têm ganhado espaço na boca dos populares e nos palanques de discursos de parlamentares.

Tudo isso, em última análise, acaba por desprezar anos e anos de estudos de juristas, sociólogos, filósofos, estudiosos das mais diversas áreas que dedicaram suas vidas ao tentar trazer uma solução à problemática do crime e o que fazer com os criminosos, a fim de tentar legitimar o direito penal, dar a ele uma razão de ser e existir, por anos a construção dogmática criminalista se deu com vozes e olhares muito atrelados à política e às circunstâncias sociais.

Mas, movimentos legislativos como a Constituição de 1988 e as reformas no atual Código Penal tem o condão de mostrar que o mundo jurídico atualmente está buscando uma visão mais humanitária do direito penal, trazendo para o centro da questão não a problemática Estado *versus* Criminalidade, mas sim o Estado e o sujeito à qual será submetido o poder punitivo estatal, e, é em virtude dessa mudança de paradigma que o direito penal passa a se adequar trazendo para seus aspectos materiais e processuais essa visão garantista e sensível, deixando para trás ideias antiquadas e retrógradas de um direito penal do autor, mas sim, um direito penal do fato com tentativas de enxergar o agente criminoso como um ser humano, um cidadão de direitos e não apenas um objeto de estudo.

E, nesse sentido, poder instruir a persecução criminal voltando-se para a culpabilidade, colocando o sujeito em análise aprofundada, e, não somente o agente ativo, mas os passivos também, os ofendidos, as vítimas, trazendo uma visão mais humana do direito possibilitará aferir a culpabilidade com maior amplitude sem desconsiderar a construção histórica do instituto, mas atrelando a ideais modernos de um mundo globalizado que busca respeitar os direitos humanos em sua integralidade. Não é nesse sentido que vige o princípio da presunção de inocência e individualização da pena?

Tudo para que não seja possível esquecer que hoje e sempre a função do direito penal é servir como um limitador do poder punitivo estatal, e para além disso, servir como uma espécie de “termômetro” para aferir as tensões políticas e sociais às quais uma nação está acometida. E quem sabe não ser a atitude de reconsiderar a aplicação de uma co-culpabilidade uma das possíveis soluções ou, ao menos, uma medida a ser aplicada a fim de revestir de legitimidade o direito penal atual, atribuindo ao Estado a responsabilidade que lhe é devida, e talvez, reconsiderar uma a uma as circunstâncias judiciais do artigo 59 no sentido de pensar sempre o agente como um indivíduo detentor de direitos e

garantias fundamentais respeitando a ordem jurídica vigente, não sejam medidas passíveis de serem adotadas a fim transformar a atuação do direito penal, trazendo o direito penal formado no passado para as necessidades do presente.

Trazer a culpabilidade para o centro, utilizando-a como um filtro na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal quando na fase da dosimetria da pena determinada na sentença, pode ser uma forma de restaurar a visão do direito penal garantista que prioriza a individualização da pena e limita a atuação punitiva estatal somente nos aspectos que lhe são passíveis de avaliação, reconsiderar a valoração negativa de um instituto como a personalidade do agente ou seus antecedentes pode significar um avanço nesse sentido.

Da mesma forma ampliar a possibilidade de valoração do comportamento da vítima, permitindo não apenas a minoração da pena, mas também sua valoração nos casos em que restar evidente que a vítima tomou todas as precauções possíveis pode ser uma oportunidade de analisar o fato criminoso com mais profundidade e abrangência em respeito ao princípio da individualização da pena. Na hipótese de mantê-la como fator passível apenas de beneficiar o acusado removê-la para o rol das circunstâncias atenuantes traria mais consistência e harmonia ao texto legal.

De toda forma, o presente trabalho suscita várias questões acerca do tema, na tentativa de instigar a reflexão acerca da complexa culpabilidade e também, uma possível reforma nas circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, buscando sempre, a evolução científica, doutrinária e humanitária da ciência jurídica que é o direito penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.473, de 18 de agosto de 2000**. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 2021/0404272-9**. Dosimetria. Primeira fase. Pena-base exasperada em razão das circunstâncias do delito e da quantidade e natureza do entorpecente apreendido. Decote da segunda vetorial. Quantidade de entorpecente que não extrapola a necessária para tipificar o delito. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, 17 de maio de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 de maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2022/0199325-9**. Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ausência de Impugnação dos Fundamentos da Decisão Agravada. Incidência da Súmula N. 182/STJ. Crime de Tortura. Habeas Corpus. Pena-Base. Comportamento Da Vítima. Valoração Negativa. Impossibilidade. Redimensionamento. Agravo Regimental Não Conhecido. Habeas Corpus Concedido De Ofício. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 13 de setembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 17 out. 2022

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5^a Câmara Criminal). **Apelação Crime**. Dosimetria da pena. Teoria da culpabilidade por vulnerabilidade (e do princípio da coculpabilidade). Atenuante inominada. Coculpabilidade do Estado e vulnerabilidade do apelante não evidenciadas nos autos. Não incidência da atenuante inominada prescrita no art. 66 do cp. Carência de assistência estatal ao agente não evidenciada na espécie. Inaplicabilidade da tese defensiva de marginalização social do réu. Sentença mantida. Recurso não provido. Relator: Desembargador Renato Naves Barcellos, 22 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022150451/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001675-05.2022.8.16.0196#>. Acesso em 08 nov. 2022.

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

CARDOSO, Lucas Andre Netto et al. **O comportamento da vítima na aplicação da pena entre o Direito Penal e os Direitos Humanos**. 2017. Disponível em: sapiencia.pucsp.br. Acesso em 17 out. 2022.

CONCEPÇÃO, Sua. **A Teoria Da Co-Culpabilidade E A Sua Aplicabilidade No Direito Penal Brasileiro**. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2004.

DEMETERCO, Isabella; BACH, Marion. **A análise do comportamento da vítima enquanto circunstância judicial e seus reflexos na individualização da pena**. Disponível em: marionbach.com.br. Acesso em 17 out. 2022

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

ITO, Marina. **Entrevistas Históricas**. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-juristaargentino-funcao-do-direito-penal-e-limi>. Acesso em: 13 out. 2021

JÚNIOR, Amaral Ronald. **Culpabilidade como princípio**. 2013. Disponível em: http://www.muraro.adv.br/fw_didatico/Culpabilidade%20como%20Principio.pdf. Acesso em 01 nov. 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo; **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

KINDHAUSER, Urs. **Culpabilidade jurídico-penal no Estado Democrático de Direito**. Conselho Editorial, 2016. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 14 out. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATTE, Natalia Allet. **O Princípio da Co-culpabilidade e sua (in) aplicabilidade no Direito Penal brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008.

NILSON, Kerison. **“Non Bis in Idem” – Contradição do Legislador e a Afronta do Princípio pelo Estado**. 2019. Disponível em: <https://kerisonnilson.jusbrasil.com.br/artigos/813837173/non-bis-in-idem-contradicao-do-legislador-e-a-afronta-do-principio-pelo-estado>. Acesso em: 13 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ODÍSIO, Samia Chaves. **Dosimetria penal: circunstâncias judiciais de fixação da pena-base (art. 59 do CPB)**. 2006. Disponível em: repositorio.ufc.br. Acesso em: 14 out. 2022.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; SODA, Robson Leandro. **Do Princípio Da Culpabilidade E Sua Aplicação No Direito Penal Brasileiro**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, v. 29, n. 2, 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Circunstâncias Judiciais e Pena Mínima**. 2021. Disponível em:
<https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/1227878500/circunstanciasjudiciais-e-pena-minima>. Acesso em: 13 out. 2021.

ROSSO, Raquel. **As circunstâncias judiciais do Artigo 59 do Código Penal e as controvérsias em sua aplicação**. 2015. Disponível em: repositorio.unesc.net. Acesso em: 27 out. 2022

SAMPAIO, Julia Lemos. **A Circunstância da Culpabilidade e a Constitucionalidade ou não do art. 59 do Código Penal**. 2020. Disponível em:
<https://julialsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/940091688/a-circunstancia-daculpabilidade-e-a-constitucionalidade-ou-nao-do-art-59-do-codigo-penal>. Acesso em: 13 out. 2021.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Paraná: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARTORI, Gaia Luisa Tornquist, et al. **Análise Crítica do Critério da Personalidade do agente do artigo 59 do Código Penal Brasileiro**. 2015. Disponível em: repositorio.ufsc.br. Acesso em: 14 out. 2022.

SILVA, Myrian Rosa da. **Aplicação da pena: análise das circunstâncias judiciais pessoais do artigo 59 do Código Penal**. 2016. Disponível em: core.ac.uk. Acesso em: 27 out. 2022

SOARES, Helena Frade. **Culpabilidade E Teoria Da Pena: Evolução, Conceitos E Interrelação.** Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro, n. 12, 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo e SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal: parte geral.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

XAVIER, Mariley Barbosa. **A consideração dos antecedentes criminais na fixação da pena.** 2016. Disponível em: repositorio.uniceub.br. Acesso em: 27 out. 2022

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.** 7. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.