



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PEDRO PAULO CASTELO TRISTÃO

**O CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO PERANTE A
RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIMINOSO: o Estado também é culpado?**

Juiz de Fora

2018

PEDRO PAULO CASTELO TRISTÃO

**O CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO PERANTE A
RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIMINOSO: o Estado também é culpado?**

Artigo apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel.
Na área de concentração
Direito sob orientação do Prof.
Dr. Luiz Antônio Barroso
Rodrigues.

Juiz de Fora

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

PEDRO PAULO CASTELO TRISTÃO

O CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO PERANTE A RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIMINOSO: o Estado também é culpado?

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Alvares Valladares do Lago

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 19 de junho de 2018

RESUMO

A abordagem deste artigo é o princípio da co-culpabilidade. Referido princípio não está expressamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, o trabalho insere possíveis justificativas para a sua aplicação em determinados casos concretos. Primeiramente, o estudo contextualizou a origem e o conceito do princípio. Nesse sentido, demonstra-se a dificuldade em reconhecê-lo e as injustiças que a sua não aplicação acarreta sobre aquele indivíduo abandonado e marginalizado pelo Estado e sociedade em que vive. Trata-se de número significativo da sociedade que não tem oportunidades, encontrando no crime o caminho para a sobrevivência. E o inverso? Como lidar com aqueles que se aproveitam da influência e do poder econômico para o cometimento de crimes? É a denominada co-culpabilidade às avessas analisada a partir do texto. Portanto, a co-culpabilidade tenta minimizar, no âmbito penal, a desigualdade, proporcionando atenuação da pena através da transferência de parcela da culpa ao Estado e a sociedade por não terem cumprido com os objetivos e fundamentos inseridos na Constituição Federal de 1988. Por fim, a pesquisa observa a alternativa de aplicação do princípio como causa de diminuição de pena ou como circunstância judicial.

Palavras-chave: Co-culpabilidade. Abandono social e estatal. Autodeterminação. Aplicação do princípio.

ABSTRACT

The approach to this article is the principle of co-guilt. This principle is not expressly included in the Brazilian legal system. However, the work inserts possible justifications for its application in certain concrete cases. First, the study contextualized the origin and concept of the principle. In this sense, it is demonstrated the difficulty in recognizing it and the injustices that its non-application entails on that individual abandoned and marginalized by the State and society in which he lives. It is a significant number of society that does not have opportunities, finding in crime the road to survival. And the reverse? How to deal with those who take advantage of the influence and economic power to commit crimes? It is the so-called reverse co-culpability analyzed from the text. Co-guilty therefore seeks to minimize inequality in the criminal sphere by providing for mitigation of punishment by transferring a portion of the blame to the State and society for failing to comply with the objectives and grounds set forth in the 1988 Federal Constitution, the research observes the alternative of applying the principle as a cause of reduction of sentence and as a judicial circumstance.

Keywords: Co-guilty. Social and state abandonment. Self-determination. Application of the principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 ORIGEM E CONCEITO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.....	7
3 A CO-CULPABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	10
4 CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS	16
5 VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
6 O PRINCÍPIO DO CO-CULPABILIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	19
7 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO.....	21
7.1 Co-culpabilidade como atenuante	22
7.2 Co-culpabilidade como causa de diminuição de pena.....	26
7.3 Co-culpabilidade como circunstância judicial.....	27
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a possível aplicação do princípio da co-culpabilidade no direito penal brasileiro, tendo como parâmetro a ocorrência de infrações penais diante da omissão do Estado. O objetivo é delinear as causas que levaram a criação do princípio e os seus desdobramentos, baseado no tratamento diferenciado aos desiguais para que seja estabelecida a igualdade.

Existe na sociedade brasileira a descrença em relação à eficácia das penas. Apresenta-se notória a diferença entre os valores sociais e o modo como os criminosos são tratados. O marcante desequilíbrio provocou o estudo sobre o tema, tentando conciliar a responsabilidade do Estado frente a situação socialmente inserida daquele que praticou o crime. A partir disso, foi desenvolvida por Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli a definição fundamental do princípio da co-culpabilidade, defendendo argumentos para a sua aplicação como atenuante genérica no cálculo da pena.

O Estado não fornece de forma igualitária condições e oportunidades a determinadas camadas sociais que se fazem maioria na população brasileira, refletindo em questões de interesse social como, segurança, educação, ressocialização e qualidade de vida. Portanto, indaga-se se as desigualdades sociais podem influenciar na diminuição da pena imposta aqueles menos favorecidos, devendo ser a culpa compartilhada entre o Estado e o autor do crime. Por outro lado, a pena deveria ser agravada se o indivíduo que comete o crime estiver inserido em um ambiente que proporcione os elementos necessários para a sua manutenção e desenvolvimento, aplicando a denominada co-culpabilidade às avessas?

São essas as situações que abrangem o princípio da co-culpabilidade. Resta evidente que o Estado não propicia a todos os cidadãos as mesmas oportunidades. Desta maneira, entende-se que o juízo de reprovação deve se adequar a cada pessoas envolvida. Não pode o indivíduo arcar com as consequências de maneira integral por eventual ilícito, como se fosse absolutamente livre para tomar suas decisões.

Sustento que o conceito de co-culpabilidade tem ainda mais relevância em países que apresentam elevados índices de desigualdade social, como o Brasil, pois no contexto em que segmentos populacionais significativos são expostos a condições extremamente miseráveis de vida, muitas vezes o autor age compelido pelas circunstâncias que o envolvem.

2 ORIGEM E CONCEITO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

A teoria da co-culpabilidade surge da ideia de que o descumprimento das leis, seja por parte do cidadão, seja pelo Estado, caracteriza violação do pacto social. A prática de um delito, assim como a omissão do Estado em efetivar políticas públicas satisfatoriamente são condutas que rompem com a definição do contrato social.

Durante o movimento iluminista, Jean Jacques Rousseau elaborou a Teoria do Contrato Social, segundo o qual os indivíduos renunciam aos seus instintos primitivos e, em busca da liberdade individual e segurança da vida em sociedade, permitem ser governados por um ente público que os represente. Como agente garantidor de segurança, educação e saúde, o Estado possui a obrigação, imposta constitucionalmente, de fornecer meios para que seus cidadãos disponham das garantias previstas. Quando não o faz, o Estado age com culpa no sentido lato.

Todavia, a assunção de culpa por parte do Estado não exime o criminoso de sua responsabilidade. A ausência do Estado não pode servir como argumento para a prática de crimes. Assim, o Estado compartilha com o cidadão parcela de sua culpa no cometimento do crime, assumindo de forma indireta não conseguir promover políticas públicas adequadas e suficientes para todos.

Leciona Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 119):

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

Ademais, segundo o autor espanhol Juan Bustos Ramires (1984):

Para determinar o conteúdo da culpabilidade não se pode partir do indivíduo sem que se conceba o indivíduo na sociedade. É sempre necessário levar em consideração as condições do autor e sua dimensão social.

Percebe-se que os autores acima consideram que as normas contidas no Código Penal devem ser aplicadas a partir da observação das condições sociais e individuais, tendo em vista o contexto de desigualdade existente. Não é correto cobrar com o mesmo rigor o

cumprimento da lei daqueles que possuem menos oportunidades e condições de vida em relação à parte da população. Como afirma Zaffaroni (1997):

(...) reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido.

Ainda nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 613):

(...) há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'co-culpabilidade', com a qual a sociedade deve arcar.

Juarez Cirino dos Santos (2004, p.265-266) concorda com a aplicação do princípio:

Hoje, como valorização compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Desta maneira, seria incoerente que o Estado não admitisse a sua interferência e parcela de responsabilidade diante da situação causada pelo agente na prática de crime. Como percebe Nilo Batista (2007): "(...) trata-se de considerar no juízo de reprovabilidade a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada."

Portanto, ao realizar o juízo de censura, deve ser considerado o contexto social no qual está inserido o acusado pela prática de determinada infração penal. A individualização da pena pressupõe a consideração do condenado em todas as suas dimensões, principalmente no que diz respeito as carências sociais.

Para Marat (2008, p. 74-90), apenas depois de cumpridas todas as obrigações com seus cidadãos é que seria o Estado capaz de punir os que infringem suas leis. Afirma ainda que (MARAT, 2008, p. 84): "Não basta que as leis sejam justas, claras e precisas; é necessário propiciar os melhores meios para que sejam respeitadas."

Marat (2008, p. 88-90) continua:

Tenho dito que ao mesmo delito deve infligir-se igual castigo a todo delinquente. Contudo esta lei não seria justa a não ser num Estado fundado sobre a igualdade e cujos membros gozassem mais ou menos das mesmas vantagens. A natureza estabeleceu grandes diferenças entre os homens e a fortuna estabeleceu muito mais. Quem não vê que a justiça deve levar sempre em consideração as circunstâncias em que o culpado se encontra, circunstâncias que podem agravar ou atenuar o crime? (...) se alguma vez a lei deve ceder, há de ser em favor dos desgraçados, porque neles a virtude germina com dificuldade e não encontra apoio para se sustentar. Assim, levando-se em consideração o sexo, a idade, a naturalidade, o estado, a fortuna dos delinquentes e todas as possíveis demais circunstâncias do delito é que se pode julgar em sã consciência e arbitrar adequadamente a pena merecida. (...) afinal, as variações que a fortuna estabelece entre os dois homens acusados de um mesmo crime são muito difíceis de serem determinadas, além de incertas, o que impede o legislador de deter-se, neste aspecto, com a distribuição das penas.

Desta maneira, percebe-se que a igualdade de punições atribuídas a todos aqueles que cometem crimes, mesmo que se trate de infrações semelhantes, não se mostra adequada, tendo em vista a impossibilidade de atingir a igualdade de condições dos indivíduos que vivem em uma sociedade.

Assim, de acordo com Grégore Moura (2006, p. 36-37):

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal [...] portanto, a co-culpabilidade é uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandono pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico social.

Deve haver cautela, pois não é a intenção do princípio a inversão de papéis, como dito anteriormente, passando o criminoso a ser considerado vítima do Estado. A omissão estatal perante as garantias constitucionais deve possibilitar que apenas aqueles indivíduos que se encontrem em situações compatíveis as de abandono e desamparo possam ser abrangidos pelo alcance da co-culpabilidade.

Portanto, como foi possível constatar até então, o Estado é constantemente violador de seus deveres, sendo, com isso, grande responsável pelas desigualdades sociais. Em razão do contrato social, cobra por meio de leis, determinadas condutas de todos os cidadãos, sem, porém, proporcionar um mínimo de dignidade e condições de subsistência que igualem a todos os integrantes da sociedade que pertencem as mais variadas classes sociais possíveis.

Essa desigualdade entre os membros da sociedade acaba culminando em respostas diferentes aos comandos legais. A partir da utilização do Direito Penal, seria justa a isenção de parte ou da totalidade da responsabilidade do indivíduo que se encontra em situação de isolamento social, a depender do caso concreto. A co-culpabilidade é necessária para reequilibrar o sistema.

Nos dizeres de Bustos Ramírez (2004, p. 128-129):

Todas as respostas dadas em grupos culturais coexistentes devem ser consideradas compatíveis, caso contrário estaríamos na presença de um sistema de pensamento único, intolerante, discriminatório e, em última instância, autoritário. [...] por outro lado, se eles são povos originais que não receberam as condições para internalizar os valores do sistema, eles só podem ser sancionados de acordo com seus próprios padrões.

3 A CO-CULPABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito. Embora não esteja previsto de forma expressa pelo texto constitucional é reconhecido e acolhido pela Constituição Federal de 1988. É observado a partir de uma interpretação mais apurada, tendo em vista a dignidade da pessoa humana e a realidade social brasileira.

A co-culpabilidade pode ser tida como a valoração da influência que as condições da sociedade que cercam o indivíduo têm na sua capacidade de autodeterminação, na formação da personalidade do autor do delito e de como isso pode se exteriorizar por meio dos atos praticados pela agente. Assim, mesmo sendo livre a vontade do agente, existe a possibilidade de contaminação pelas condições sociais adversas, restringindo seu poder de escolha. Por isso, mereceria menor responsabilidade jurídica.

Dessa forma, necessária se faz a análise do contexto social ao realizar o juízo de culpabilidade do indivíduo. É fundamental estabelecer uma conexão do princípio da co-culpabilidade com a Constituição Federal de 1988. Como ensina Grégore Moura (2006, p. 16), a Constituição Federal: “traz várias disposições limitadoras do poder punitivo estatal, por intermédio dos princípios constitucionais penais.”

Dentre os princípios, encontra-se o da individualização da pena. Individualização se traduz como o processo em que um indivíduo se torna diferente de todos os outros. Na esfera jurídica, a individualização da pena institui a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina.

Prosseguindo o entendimento, Grégoire Moura (2006, p. 64) leciona ainda que:

A co-culpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. Isso que resultará na maior efetividade no que tange às funções por ela – sanção penal – propostas.

Cabe ressaltar que não se trata de impunidade ou a não aplicação do Direito Penal. O que o trabalho defende é a importância e a necessidade do julgador ao individualizar a pena, considerar que a omissão do Estado em disponibilizar alternativas legais de sobrevivência podem conduzir o agente ao crime.

A co-culpabilidade também decorre do princípio da igualdade, no sentido de que os iguais merecem tratamento isonômico, enquanto os desiguais, tratamento desigual. Portanto, reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam funções diferentes dentro da sociedade constitui afronta ao princípio da igualdade. Isso significa dizer que, para se atingir juízos isonômicos de reprovabilidade individual, é necessário levar em consideração a estrutura social, que limita as opções de decisão disponíveis à pessoa.

Nesse cenário, evidencia a relação com o princípio da co-culpabilidade (ZAFFARONI, p. 167-168):

(...) ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte da culpabilidade com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas.

A co-culpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Isso advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem de sua exclusão social e da desigualdade. Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade -, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na

medida de sua desigualdade, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado. (MOURA, 2006, p. 60)

Outro princípio constitucional que a co-culpabilidade busca concretizar é o princípio da dignidade da pessoa humana. Previsto no artigo. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, daí advém as seguintes consequências: ser livre em seus atos; ter igualdade de condições materiais de vida e moradia; ter possibilidades e oportunidades iguais, tais como formação cultural, meio ambiente saudável, educação, alimentação e emprego, dentre outras. O ser humano, para ser digno, deve estar incluído socialmente. Não basta, aqui, a mera inclusão formal. A inclusão deve ser substancial e efetiva, hábil a concretizar seu desenvolvimento pleno e irrenunciável.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. Desse modo, assumiu diversas funções até então relegadas à iniciativa privada, com a finalidade de promover o bem comum e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, mediante a concretização de seus deveres constitucionais como: segurança pública, moradia, educação e oportunidades iguais. Ocorre que o Estado não cumpre esses deveres constitucionais, por vários motivos, quais sejam: ineficiência dos governantes, inchaço da máquina administrativa, má administração, falta de recursos, corrupção e interesses políticos.

Grégore Moura (2006, p. 63) relaciona o princípio da dignidade da pessoa humana com a co-culpabilidade:

A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. Portanto, o marginalizado deixa de ser objeto de meras pesquisas e estatísticas criminais, para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado.

Assim, pode-se dizer que a co-culpabilidade, surgiu principalmente em decorrência do princípio da igualdade, uma vez que, sendo o ser humano desigual por natureza, deveria o Direito buscar formas para que fosse possível uma minoração de tais discrepâncias, possibilitando a existência de uma sociedade mais justa, harmônica e igualitária. Porém, as leis continuam tendo caráter discriminante e o Legislador, tendendo a proteger seus interesses, muitas vezes negligencia a situação de milhares de pessoas humildes para assegurar a manutenção dos privilégios da classe mais abastada (MOURA, 2006, p. 59).

Nesse sentido, alerta Zaffaroni (1997, p. 529) que:

Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam papéis diferenciados na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica, constitui grave violação ao Princípio da Igualdade.

Ocorre que a igualdade assegurada pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal é meramente formal, pois iguala a todos de maneira genérica, sendo baseada no reconhecimento da natureza imparcial e universal dos juízos morais. Ou seja, uma mera ficção. Aos poucos, operadores do Direito foram observando que a igualdade formal não é suficiente, sendo necessária a implantação de uma igualdade material, visto que ela leva em conta aspectos sociais, culturais e econômicos do agente, por meio da qual se poderia assegurar a plenitude dos direitos da liberdade, educação, moradia, saúde e dignidade para todos. Porém, a igualdade material é consideravelmente difícil de ser atingida, sendo um objetivo utópico.

Desta forma, buscam-se soluções para que a realidade se aproxime ao máximo de uma realidade ideal, tornando-se ainda mais relevante em países em desenvolvimento como o Brasil. São nações caracterizadas pelo elevado índice de desigualdade social, com grande parte da população exposta a condições de extrema miserabilidade, compelidos a agir pela necessidade.

Uma solução para tal impasse, de acordo com Juarez (1985, p. 214) seria o reconhecimento da existência e importância do princípio da co-culpabilidade, que surge no sentido de tentar minimizar as desigualdades - penalmente falando- que assolam nosso país. A intenção é voltar a atenção do julgador àqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado, diminuindo a reprovação do cidadão que se encontra em condições socioeconômicas adversas.

Por isso, não pode o agente, nessas condições, arcar com as consequências de eventual infração penal, como se fosse absolutamente livre para tomar suas decisões. A capacidade de autodeterminação do indivíduo que age em tais circunstâncias é corrompida, já que por suas condições econômicas e sociais, o agente acaba por não se comportar de acordo com a norma a ele imposta.

De acordo com os ensinamentos de Grégore Moura (2006, p. 62-63):

Todavia, conceituaremos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, que vincula – ou deveria vincular – os aplicadores do Direito e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e que

se consubstancia na conceituação do homem como 'ser humano'. Daí advém as seguintes consequências: ser livre em seus atos; ter igualdade de condições materiais de vida e moradia; ter possibilidades e oportunidades iguais, tais como formação cultural, meio ambiente saudável, educação, alimentação e emprego; ter direito ao próprio corpo; ter identidade genérica; dentre outras. Em suma, o ser humano, para ser digno, deve estar incluído socialmente. Não basta, aqui, a mera inclusão social formal. Ao contrário, tal inclusão deve ser substancial e efetiva, hábil a concretizar seu desenvolvimento pleno e irrenunciável.

Porém, o Estado deixa a desejar no que tange ao cumprimento de tais deveres para com os cidadãos.

A co-culpabilidade, desta forma, se tomada como princípio constitucional implícito, poderia ter o condão de representar um manto de proteção ao cidadão marginalizado diante da ação do poder penal.

Ainda, um terceiro princípio constitucional que contribui com a existência implícita da co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico é o princípio da individualização da pena.

A aplicação da pena não deve apenas se ater ao preenchimento dos critérios objetivos do tipo penal, mas também deve se voltar às características pessoais do condenado, como a situação de miserabilidade em que se encontra, sua baixa escolaridade, a cultura na qual está inserido. A co-culpabilidade, portanto, concretiza tal princípio gerando maior efetividade nas sanções penais impostas, pois permite que o julgador considere no exercício da aplicação da pena essas condições, desde que tenham influência na prática do crime.

Observa-se, assim, que a individualização da pena pressupõe a consideração do condenado em todas as esferas que poderiam leva-lo ao cometimento do delito, principalmente no que tange às suas carências. Em um cenário tão marcado pela desigualdade social como o do Brasil, alguns tipos de crimes, especialmente aqueles relativos ao patrimônio, passam a ser uma forma de subsistência em determinadas culturas sociais.

Isto posto, constata-se que o princípio da co-culpabilidade está em consonância com os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, devendo ser reconhecida a sua importância no ordenamento jurídico pátrio.

A política criminal é um importante fator de transformação da legislação penal e do comportamento de todos aqueles que a aplicam e interpretam, e, nesse sentido, a co-culpabilidade entra como critério corretor da seletividade no direito penal, e como busca de um direito penal mínimo. (MOURA, 2006, p. 64).

Desta forma, o sistema penal deve ser visto como um meio de controle social, capaz de condicionar e ser condicionado pela vida em sociedade, não podendo só refletir a ideologia das classes privilegiadas, mas de todas aquelas atingidas por tal política criminalizante e ser interpretado de acordo com cada momento histórico e suas respectivas necessidades.

Porém, na atualidade, seu sistema de valores é ainda determinado pela classe dominante, fazendo do direito penal um produto ideológico de classe. Para Zaffaroni (1997, p. 248): “(...) o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas.”

A situação de vulnerabilidade do indivíduo, na visão de Zaffaroni (2001, p. 270-271):

Pode ser causada por dois fatores: posição ou estado de vulnerabilidade (como uma coisa natural, que já é própria do indivíduo, como sua posição social); e o esforço pessoal para a vulnerabilidade (quando o indivíduo possui condição de não ser vulnerável, mas mesmo assim se comporta de forma ao cometimento de ilícitos). A condição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social, e é o grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., como pode ser também um estereótipo, devido as características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoas se coloca em razão de um comportamento particular. A prática do injusto foi decidida pela pessoa com autonomia. Dentre estas duas ordens de vulnerabilidade, o “estado da vulnerabilidade” é incobrável. O judiciário somente poderá cobrar aquilo referente ao “esforço pessoal para a vulnerabilidade”, já que é a essência da contribuição dada pelas pessoas para sustentar o exercício do poder que a seleciona e criminaliza. Reconhece-se o elevado grau de autonomia decisória voltada ao cometimento do injusto, já que quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade.

Cria-se assim um estereótipo do criminoso padrão através das características de vulnerabilidade do indivíduo. O sistema penal, seleciona-o e utiliza-o como instrumento de exercício do poder. Assim, pode-se concluir que é o grau de vulnerabilidade que faz com que o sistema penal selecione o criminoso perante a política criminal, e não o cometimento de injustos. Vale lembrar que em muitos casos, dependendo da pessoa envolvida, o sistema penal se revela indiferente.

Nas palavras de Zaffaroni (1997, p.281):

O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem poder de etiquetar (teoria do etiquetamento) e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização.

Deve-se repudiar, desta forma, a seletividade e a conseqüente exclusão social do ordenamento jurídico, especialmente do sistema penal brasileiro. A aplicação da co-culpabilidade, deste modo, surge de forma a contemporizar a parcela de culpa da sociedade na seleção dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal e daquelas pessoas a quem, por consequência dos bens jurídicos selecionados à prestação da tutela jurisdicional, se interessa punir. A co-culpabilidade não elimina a seletividade no sistema penal, mas atua como corretor dessa seletividade, aproximando o Direito Penal da igualdade material. (MOURA, 2006, p.164)

Logo, quanto mais limitada estiver uma pessoa pelo juízo de vulnerabilidade imposto pela política criminalizante, ou seja, pela atribuição de papéis que correspondam ao estereótipo em que se enclausura, mais estará seu destino delimitado por sua condição socioeconômica, educacional e cultural, a que foi submetida pela sociedade e pelo Estado.

4 CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS

Na seqüência da teoria da co-culpabilidade, surgiu a co-culpabilidade às avessas, desenvolvida em duas perspectivas.

Em primeiro lugar, esta linha de pensamento diz respeito à identificação crítica da seletividade do sistema penal e à incriminação da própria vulnerabilidade. Em outros termos, o Direito Penal direciona seu arsenal punitivo contra os indivíduos mais frágeis, normalmente excluídos da vida em sociedade e das atividades do Estado. Por essa razão, estas pessoas se tornam as protagonistas da aplicação da lei penal.

Por outro lado, a co-culpabilidade às avessas também envolve a reprovação penal mais severa no tocante aos crimes praticados por pessoas com elevado poder econômico, e que abusam desta vantagem para a execução de delitos, prevalecendo-se das facilidades proporcionadas pelo livre trânsito nas redes de controle político e econômico.

A corresponsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela

(corresponsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a corresponsabilidade do estado; logo maior a reprovação social. (MOURA, 2006, p. 46)

Cuida-se da face inversa da co-culpabilidade. Contudo, é importante destacar que, se de um lado a co-culpabilidade poderia, ao menos em tese, ser admitida como atenuante genérica inominada, com fundamento no artigo 66 do Código Penal, a co-culpabilidade às avessas não pode ser compreendida como agravante genérica, por duas razões: a) falta de previsão legal; e b) em se tratando de matéria prejudicial ao acusado, não há espaço para a analogia *in malam partem*.

Destarte, a punição mais rígida deverá ser alicerçada unicamente na pena base, levando-se em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis, com fulcro no artigo 59, *caput*, do Código Penal. Porém, não parece razoável agravar a pena daquele que cometeu um crime por ele está inserido no meio social privilegiado, uma vez que o ordenamento jurídico já prevê sanções para esses casos.

Como há desigualdades sociais, a personalidade do agente é moldada em consonância com as oportunidades oferecidas a cada indivíduo para orientar-se ou não em sintonia com o ordenamento jurídico, entrando em cena a co-culpabilidade.

Essa carga de valores sociais negativos deve ser considerada em prol do réu, uma atenuante inominada, na forma do artigo 66 do Código Penal.

Com efeito, a teoria da co-culpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural. O artigo 66 do Código Penal brasileiro dá ao juiz uma ferramenta para atenuar a resposta penal à desigualdade social de oportunidades.

A co-culpabilidade às avessas pode ser vista como uma releitura do Princípio da co-culpabilidade, que não só teria o condão de diminuir a pena do agente, baseando-se em sua condição de vida, cultura e educação, mas também, sob esses mesmos aspectos, teria o condão de aumentar o grau de responsabilização social e penal do indivíduo.

De acordo com Grégore Moura (2006, p. 57), ela pode se manifestar de três formas: “a) tipificando condutas dirigidas às pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos crimes de colarinho branco; c) como fator de diminuição e de aumento da reprovação penal”.

Se uma pessoa fosse inserida em um ambiente social estruturado, recebendo educação adequada, devido acesso à cultura, moradia digna, emprego lícito e capaz de suprir as necessidades básicas do indivíduo e de sua família, devida assistência à saúde, viesse hipoteticamente a cometer algum delito, tal pessoa teria a reprovabilidade de sua conduta majorada uma vez que não lhe faltou nada em vida, sendo sua conduta transgressora advinda de mero capricho pessoal ou ganância.

Grégore Moura assim explica a co-culpabilidade às avessas:

A corresponsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (corresponsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a corresponsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social. (MOURA, 2006, p. 62)

Desta forma, a co-culpabilidade surge como uma tentativa de eliminar do sistema penal brasileiro as discriminações, principalmente as sociais, assim como a co-culpabilidade às avessas, que por sua vez, tenta minimizar os privilégios quanto à punição penal daqueles que possuem condições financeiras para tal.

5 VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após tudo o que foi visto até o momento, pode-se concluir pela possibilidade de aplicação da co-culpabilidade como um princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina vem reconhecendo a sua existência, e aplicando o princípio da co-culpabilidade com base no artigo 66 do Código Penal. Este artigo se refere às atenuantes inominadas que traz ao juiz a liberdade de aplicar a pena mediante as peculiaridades do caso concreto. Para Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 613):

(...) 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 artigo 66.

Ainda, há uma forte pretensão no sentido da positivação do referido princípio, como se depreende do próprio anteprojeto de reforma do Código Penal, apresentado pela

comissão de juristas por Miguel Reale Júnior, que faz uma alteração no artigo 59 do atual CP, neste sentido:

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 semiaberto 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.

Assim, conclui-se por uma imprescindibilidade no que tange à positivação do referido princípio, uma vez que se trata da afirmação de uma garantia ao cidadão marginalizado e não apenas algo que fica à cargo da discricionariedade do magistrado, reconhecendo-se a precariedade da efetivação na prestação das obrigações elencadas pela Constituição Federal e a evidente situação de marginalização do indivíduo, com a consequente criação de estereótipos de criminosos.

Em outras palavras, não basta que o princípio da co-culpabilidade esteja apenas implicitamente assegurado em nosso ordenamento. É necessário que seja normatizado para que produza a eficácia almejada, traga maior segurança jurídica e seja garantida sua aplicação, tornando-se um direito daqueles que vivem em condições sociais e econômicas desfavoráveis e vem a cometer algum delito.

6 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Nesse passo, ganha importância as decisões judiciais.

O Superior Tribunal de Justiça, conforme HC 172.505/MG, não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade:

A teoria da co-culpabilidade, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos.

Observa-se que o fundamento do princípio da co-culpabilidade não é aceito em nosso território pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, motivo este que, mais uma vez, corrobora a importância de sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de uma análise dos motivos elencados pelo Superior Tribunal de Justiça para a negativa da aplicação do princípio, vê-se uma linearidade de ideologia. Consta-se a presença de uma visão classicista acerca do problema, com um distanciamento dos tribunais da realidade da maioria da população brasileira, assim como na jurisprudência abaixo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“EMENTA: FURTO. ABSOLVIÇÃO COM BASE NO ART. 386, VII, DO CPP. RECURSO MINISTERIAL REQUERENDO A CONDENAÇÃO DA CORRÉ. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO DUVIDOSO E INSUBSISTENTE. MEROS INDÍCIOS. INSUFICIÊNCIA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. FRAGILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO.
- Não se pode condenar ninguém com base em meras suposições. A gravidade do crime exige prova cabal e perfeita, de modo que, inexistindo esta nos autos, impõe-se a absolvição.
- A simples probabilidade de autoria, tratando-se de mera etapa da verdade, não constitui certeza por si só.
- Recurso ministerial não provido.

RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO EM TELA. AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO DA RES FURTIVA. IRRELEVÂNCIA. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE.
- O princípio da insignificância não foi agasalhado com clareza por nosso ordenamento jurídico. Somente em casos excepcionais o referido princípio terá curso, devendo-se levar em conta não somente o baixo valor da res furtiva, mas também o desvalor da conduta do agente.
- Sendo o réu portador de maus antecedentes e reincidente em crime contra o patrimônio, inviável se mostra o acolhimento do princípio da insignificância.
- O Estado e a Sociedade não podem ser responsabilizados pela criminalidade sob o fundamento da ausência de oportunidades aos indivíduos menos favorecidos, uma vez que o problema da delinquência atinge todas as camadas sociais, e o acolhimento de tal tese implicaria em caos social, impunidade e descrédito da Justiça.
- A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão, pois, tratando-se de circunstâncias de natureza subjetiva, não há falar em preponderância de uma sobre a outra.
- Sendo o acusado reincidente o regime prisional mais brando possível é o

semiaberto. Inteligência da Súmula 269/STJ. - Recurso defensivo provido em parte. (TJMG - Apelação Criminal 1.0521.16.003125-3/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/04/2017, publicação da súmula em 04/05/2017).

De acordo com as decisões destacadas acima, é possível depreender que a tendência deveria ser a de aplicar o referido princípio da co-culpabilidade no sentido de incluir a redução da pena do agente fundada na co-culpabilidade na fixação da pena base do artigo 59 do Código Penal, isto é, na primeira fase da dosimetria, ou inserindo-o no artigo 66 do referido código, correspondente as atenuantes inominadas.

Logo, verifica-se que não há ainda posicionamento no sentido de que o Estado não tenha cumprido sua parte no contrato social estabelecido na Constituição Federal de 1988, devendo de certa forma, arcar com parte das consequências que a falta de amparo estatal traz ao cidadão negligenciado. É preciso inovar e se destacar em termos de proteção ao indivíduo hipossuficiente perante o agir estatal.

Desta forma, podemos perceber que culpar tais indivíduos inteiramente por suas condutas é algo diferente do que fazer justiça. Assim, devemos buscar meios de dividir essa responsabilidade.

7 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

No ordenamento jurídico penal brasileiro a co-culpabilidade não está prevista expressamente e nem vem sendo aceita sua aplicação.

Porém, parte da doutrina defende que tal princípio pode ser aplicado por meio do artigo 66 do Código Penal que se refere às atenuantes genéricas. Para Grégore Moura (2006, p. 90), esse artigo dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo às peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, para melhor compreender o assunto, se faz necessário abordar sobre a aplicação da pena, para, posteriormente, analisar as circunstâncias atenuantes.

7.1 Co-culpabilidade como atenuante

Primeiramente, cumpre ressaltar a noção de circunstância: consiste no fator que não integra o tipo penal e não é considerada como um pressuposto para a existência da figura típica. Demonstra somente um grau menor de culpabilidade sobre a conduta do agente. Para Rogério Greco (2009, p.131):

Circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado. Por permanecerem ao lado da definição típica, as circunstâncias em nada interferem na definição jurídica da infração penal.

Nesse sentido, as circunstâncias atenuantes são aquelas que atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e conseqüentemente a culpabilidade pelo crime praticado.

Para corroborar esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2000, p. 124) leciona que as atenuantes são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade e atenuar a pena, sem qualquer ligação com a tipicidade.

Portanto (GRECO, 2011, p. 559): “(...) a ausência ou a presença de uma circunstância não interfere na definição do tipo penal”.

Em outras palavras, as atenuantes de pena previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal são elementos que orientam a redução da pena quando se reconhece o cometimento do crime pelo sujeito. As atenuantes presentes no caso concreto devem ser aplicadas na segunda fase do cálculo de pena.

O Código Penal, porém, não estabelece o *quantum* de pena a ser reduzido no que diz respeito às atenuantes de pena, ficando à cargo do magistrado mediante decisão fundamentada, consoante artigo 93, IX da Constituição Federal.

Diante da ausência de critérios para fixar o *quantum*, Rogério Greco (2011, p. 560) afirma que é necessário aplicar o princípio da razoabilidade. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que razoável seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do quantum fixado, fazendo-se uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

Grégore Moura (2006, p. 139) indica que essa forma de introdução do princípio da co-culpabilidade seja feita ao Código Penal por meio da previsão de mais uma alínea no inciso III do artigo 65. Contudo, apesar de ocorrer a devida positivação da ideologia e a respectiva imposição do reconhecimento ao magistrado, sua aplicação ainda seria inócua, visto que o juiz não poderia diminuir a pena aquém do mínimo legal, com base na Súmula 231, Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, o rol do artigo 65 do Código Penal é exemplificado, uma vez que o artigo 66 permite ao juiz reduzir a pena do réu por outras circunstâncias que não as enumeradas no artigo anterior. Neste ponto, podemos perceber outra forma de inserção do princípio da co-culpabilidade no sistema penal brasileiro. O artigo diz que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

O artigo 66 do Código Penal acaba proporcionando margem para que o magistrado possa considerar que o acusado foi levado ao cometimento de determinado crime pelo modo de vida em que tenha sido criado, ou pelas oportunidades que lhe restavam. Porém, há discricionariedade atribuída ao magistrado.

Porém, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 525), precursores da proposta de aplicação do princípio da co-culpabilidade através do artigo 66 do Código Penal:

Creemos 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.

Rogério Greco (2011, p. 413), na mesma linha de entendimento, aduz o seguinte:

Mas, na prática, como podemos levar a efeito essa divisão de responsabilidade entre a sociedade e aquele, que, em virtude de sua situação de exclusão social, praticou determinada infração penal? Não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada. Assim, teremos, na verdade, duas opções: a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre a pessoa que, em tese, praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal.

Exemplifica, ainda, a situação acima mencionada nos seguintes termos (GRECO, 2011, p. 413):

Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com as suas próprias mãos aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidade entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida.

Dessa forma, aplicando a co-culpabilidade como atenuante genérica estaria dividindo a responsabilidade pela prática do injusto penal entre o Estado e o agente.

Assim, na colocação de Nilo Batista (2007, p. 105) em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

Embora, serem raras as manifestações dos Tribunais no concernente ao assunto, há decisões que negaram aplicação ao princípio da co-culpabilidade, ao argumento de que seria inviável a atenuação da reprimenda imposta ao condenado em razão da sua exclusão social e por não ter comprovado tal situação, como é o caso do acórdão proferido no Habeas Corpus nº 116792 pelo Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça no HC 116972/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi da Quinta Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010:

Ou seja, a Teoria da Co-culpabilidade, a qual se pretende ver reconhecida na hipótese dos autos, seria uma espécie de corresponsabilidade social (do Estado) quanto à criminalidade, na medida em que, estabelecidos determinados direitos e garantias pela Constituição Federal, deveriam estes ser concretizados na vida de todos os cidadãos. Não concretizando tais direitos, deve a reprovabilidade da conduta criminosa dos cidadãos aos quais não foram oferecidas condições plenas de desenvolvimento pessoal ser mitigada, pois a culpa pela formação desses agentes criminosos seria em parte do Estado, aplicando-se a atenuante genérica do art. 66 do CP. E, no caso sub examine, verifica-se que não há como se eximir o acusado parcialmente das consequências do ilícito praticado, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou porque teria menor âmbito de autodeterminação em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis, eis que inviável conceber que a prática de homicídio qualificado, cujo móvel foi o emprego de apelidos por parte da vítima aos réus, e executado com o emprego de barra de ferro pontiaguda, seria decorrente de ocasional inadimplência estatal no cumprimento da sua obrigação de reconhecer, concretamente, determinado direito fundamental do agente, sobretudo em se considerando a futilidade e a crueldade dos meios pelos quais foi cometido o ilícito. Ademais, não se preocupou a impetrante em comprovar eventual situação de extrema penúria em que viveria o paciente, o que reforça a impossibilidade de ver reconhecida, na espécie, a atenuante genérica prevista no art. 66 do CP.

Como se depreende da leitura acima, a co-culpabilidade não foi aplicada ao caso por ser inviável entender que o motivo do crime de homicídio qualificado – emprego de apelidos por parte da vítima aos réus – seria decorrente da inércia do Estado em não propiciar as mínimas condições de sobrevivência aos seus cidadãos. Além disso, seria necessária a comprovação de que o condenado realmente vivia em uma situação de extrema penúria.

Infelizmente a referida circunstância atenuante de pena com base na co-culpabilidade não vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios, como já demonstrado em capítulo anterior, a fim de reduzir a pena aplicada ao sujeito que comete o crime mediante determinadas condições sócias adversas. Na sociedade brasileira ainda vigora o medo do sentimento de impunidade que afasta uma maior reflexão acerca do tema, devido à concepção arcaica do direito penal como instrumento de vingança social e não como um instrumento de reeducação e ressocialização daquele que agiu sob determinadas circunstâncias.

Entretanto, dependendo do caso concreto, do delito praticado e da efetiva comprovação da situação de miséria do autor da infração, a aplicação da co-culpabilidade do Estado como atenuante genérica é possível, como pode-se aferir da decisão do Desembargador Geraldo Mascarenhas Prado:

Ocorre, todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] no caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do ECA, restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] creio que nas circunstâncias o juízo de reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinquente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal.

Com isso, uma vez demonstrada a exclusão social do autor do crime, deve sua pena ser atenuada. Nesses termos, assevera Charles Francisco Rozário (2010):

Pelo exposto, cumpre asseverar que, uma vez demonstrada na persecução penal circunstâncias suficientes para convencer o julgador de que aquele réu - tendo em vista as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo brasileiro (Lei n. 2.848/41) - sofreu constante exclusão, tanto pelo Estado como também pela sociedade, dos direitos e serviços públicos essenciais garantidos a todas as pessoas (arts. 5º e 6º da Lei Maior de 88) e, não obstante ser sua conduta típica, ilícita e culpável, deve ter assegurado o direito à atenuação de sua reprimenda com base no art. 66 do Código Penal

adotando-se, para tanto, por intermédio da Hermenêutica Criminológica, a teoria da co-culpabilidade na fundamentação judicial do caso concreto.

Assim, a co-culpabilidade deve ser reconhecida em consonância com o Estado Democrático de Direito, o qual vincula todas as ações do Poder Público, bem como da própria sociedade que, de certa forma, também contribui para a marginalização do condenado e o coloca em situação de exclusão social, afetando, assim, a sua capacidade de autodeterminação.

7.2 Co-culpabilidade como causa de diminuição de pena

O artigo 29 do Código Penal institui que quem concorre para o crime deve incidir nas penas a ele cominada na medida de sua culpabilidade e traz em seus parágrafos seguintes o *quantum* a ser majorado ou minorado para cada caso concreto. Trata-se, portanto, de causas de aumento ou de diminuição que são consideradas na terceira fase de aplicação da pena. Com isso, podem extrapolar os limites legais de pena prevista, tanto aquém do mínimo quanto além do máximo.

Grégore Moura (2006, p. 139) traz, ainda, a ideia de inserção do princípio da co-culpabilidade no ordenamento penal brasileiro através da elaboração de um parágrafo no artigo 29 do Código Penal, devendo conter o seguinte:

§3º - se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de 1/3 a 2/3, desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido.

Contudo, para que haja a aplicação desse novo parágrafo, as condições acima elencadas devem ter influenciado na prática do delito e devem ser compatíveis com o crime cometido. Cumpre salientar que não existem ainda projetos de lei nesse sentido.

A positivação do princípio da co-culpabilidade desta forma permitiria maior individualização da pena aplicada, uma vez que seria levado em conta, ao delimitar-se a conduta do agente, as condições de vida daquele que atuou de forma a violar o sistema penal ao cometer determinados tipos de delito.

Portanto, a pena poderia ser reduzida aquém do mínimo legal, por se encontrar na terceira fase do cálculo, possibilitando melhores oportunidades de redução de pena ao sujeito, ao contrário do que ocorreria se o princípio da co-culpabilidade fosse positivado na forma do artigo 65 ou mesmo no artigo 66, ambos do Código Penal, onde, por mais que o

magistrado fosse benevolente e concedesse alto grau de atenuação de pena, ele não poderia ultrapassar os limites legais do tipo penal.

Cumprido destacar que se torna necessário que tais circunstâncias sociais e econômicas tenham relação e influência direta com o delito praticado, a fim de se vislumbrar tal atuação do princípio da co-culpabilidade no caso concreto.

Desta maneira, diante de tudo o que foi exposto, entendo que esta seria a melhor forma de positivação do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, visto que neste caso o sujeito ativo do crime teria um melhor aproveitamento do princípio da co-culpabilidade.

7.3 Co-culpabilidade como circunstância judicial

As circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, segundo Bittencourt (2010, p. 662):

(...) elas traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente”. A lei, ainda, não as define, deixando a cargo do julgador a função de identifica-las.

Na 1ª fase do cálculo de pena, o artigo 59 do Código Penal possui fundamental importância, pois sua análise influencia não apenas no *quantum* de pena a ser aplicado, mas pode interferir também no regime inicial de cumprimento da pena de prisão, bem como em eventual substituição da pena privativa de liberdade.

Assim, nesta fase do cálculo de pena, o magistrado deve atentar para os motivos do crime, suas circunstâncias, para a conduta da vítima e para as consequências do delito. Por serem circunstâncias que devem ser aferidas em razão do crime, formam a chamada culpabilidade do fato, já que o que importa é analisar o maior ou menor dano decorrente da ação delituosa praticada, ou o maior ou menor escândalo social provocado. (BITTENCOURT, 2010, p. 666)

Contudo, o referido artigo enumera ainda outras circunstâncias, de cunho subjetivo, tais como: a personalidade do agente, seus antecedentes e sua conduta social. Em suma, a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, assim como seu comportamento no meio sócio em que vive (BITTENCOURT, 2010, p. 665). Tais circunstâncias formam a chamada culpabilidade do autor.

Aqui, podemos ver mais uma hipótese de inserção da co-culpabilidade no ordenamento penal pátrio. Isto porque é ao grau de responsabilidade do agente por sua conduta

que se contrapõe o *quantum* de pena atribuível pelo Estado (ZAFFARONI, 2001, p. 263-265), possibilitando-se a diminuição da exigibilidade de conduta, na medida em que se divide a culpa entre o agente transgressor e o Estado omissor.

Desta forma, a culpabilidade consagrada pelo artigo 59 deveria ser pautada pelo grau de responsabilidade do agente por seu agir, que, por sua vez, deve ser determinado por fatores como o nível de estudo, sua condição de vida e possibilidades de trabalho digno a ele oferecidas.

Fato é que, a despeito de divergências quanto à alocação do princípio da co-culpabilidade no sistema penal pátrio, salutar é a compreensão e discussão do tema, ensejando em uma melhor inserção do referido princípio no ordenamento jurídico vigente.

Esta é a proposta do anteprojeto de reforma do Código Penal apresentado pela comissão de juristas e presidida por Miguel Reale Júnior, que faz uma alteração no artigo 59 para inserir o princípio da co-culpabilidade. Contudo, referida mudança não se mostra de todo satisfatória, uma vez que o magistrado não pode trazer a pena aquém do mínimo legal. Logo, não beneficia tanto ao sujeito que agiu sob determinadas circunstâncias de abandono e omissão estatal. (MOURA, 2006, p. 89)

Tendo o Estado negligenciado de tal forma a prestação dos deveres constitucionais, além de não ser eficaz em seu papel de buscar reinserir socialmente o indivíduo marginalizado, nada mais justo que sobre o agente não se pudesse incidir qualquer reprovação penal, já que seu comportamento, além de ser esperado devido à falta de condição em encontrar outros meios de subsistência, é consequência da inadimplência do próprio Estado. Desta forma, trata-se da inexigibilidade de conduta diversa, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade que deve ser aplicada e ponderada pelo julgador.

A exigibilidade da conduta é um elemento essencial à configuração da responsabilidade penal, uma vez que, se assim não o fosse, o poder do Estado se converteria em arbitrariedade e autoritarismo, anulando-se a autonomia da pessoa, e desconsiderando sua realidade (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2001, p. 131)

Isso ocorre, pois para que o agente seja culpável pela prática de um fato típico e ilícito e possa responder penalmente por ele, faz-se necessário que o sujeito ativo possua capacidade de compreensão da realidade e de autodeterminar-se de acordo com essa realidade.

Ainda, para que o agente seja considerado culpável, exige-se que ele tenha agido de forma diversa no caso concreto. Desta maneira, se do agir do sujeito depreender-se que, nas condições em que ele se encontrava, não se podia esperar comportamento diverso, ele não

poderá ser considerado culpado. Assim, não há configuração do crime. O próprio Código Penal prevê expressamente algumas causas legais que excluem a culpabilidade.

Esta forma de inserção do princípio da co-culpabilidade se adequaria aos moldes do artigo 29 do Código Penal (MOURA, 2006, p. 139), de acordo com o qual o agente deve incidir nas penas cominadas ao tipo penal, na medida de sua culpabilidade, não podendo ser a maior ou menor capacidade do Estado exigir a observância das proibições a mesma para todos. Deve variar de acordo com cada pessoa e suas circunstâncias pessoais (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2001, p.126).

Isso ocorre porque se trata de pessoas que não compartilham da mesma origem (aqui busca-se dizer: mesmo nível de estudo, mesmas condições de vida), não havendo recebido as mesmas condições para se internalizar os valores do sistema. Da mesma forma, se uma pessoa internalizou valores diferentes, não poderia o Estado exigir-lhes outra consciência. Caso contrário, seria considerado um Estado autoritário, discriminador, intolerante e que cultiva um sistema de pensamento único (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2004, p. 128-129).

Assim, se o aplicador da Lei verificar que o agente cometeu o delito porque estava passando por situações sociais de miséria, fome e esquecimento, poderá concluir no sentido de que uma mera redução de pena não seria suficiente para ver concretizada a justiça. Deveria o Juiz, portanto, em tais casos, afastar a responsabilidade da conduta do réu, deixando-lhe de aplicar a pena pela ausência do próprio crime.

O momento oportuno para a aplicação da exclusão da culpabilidade seria na sentença de mérito, ocorrendo antes mesmo do cálculo de pena, após a resposta escrita à acusação oferecida pelo réu (artigo 396-A), na qual deve ficar devidamente comprovada a incapacidade do sujeito de agir livremente conforme o Direito, por não ser capaz de autodeterminar-se, excluindo a exigibilidade de conduta conforme a norma. Implica, portanto, em absolvição sumária, de acordo com o artigo 397, II, Código de Processo Penal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da ineficiência do Estado em proporcionar aos seus cidadãos as condições mínimas de sobrevivência através de moradia, alimentação, oportunidades de emprego e saúde, além da notável desigualdade social presente no país, nasce a ideia da co-culpabilidade, isto é,

a pena imposta àquele cidadão excluído socialmente que praticou determinado crime seria dividida com o Estado, em razão da sua omissão.

Assim, para aquele cidadão que sofre, de maneira negativa, influência dos fatores externos e internos da sociedade, tendo seu grau de autodeterminação diminuído e, conseqüentemente, o juízo de reprovação também reduzido, poderá ser aplicado tal princípio. Sua característica é a observância da corresponsabilidade do Estado na prática do delito, por não garantir efetivamente os direitos previstos na própria Constituição Federal.

Desse modo, conclui-se, que tal princípio está implícito na Constituição Federal, e está ligado aos princípios da igualdade, individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Alguns doutrinadores defendem a sua aplicação.

Pode-se reparar que a origem do princípio da co-culpabilidade remonta aos ideais iluministas, sendo reconhecida a quebra do contrato social tanto por parte do cidadão, por ter agido de forma antissocial, quanto por parte do Estado, por não propiciar aos seus cidadãos as mínimas condições de sobrevivência.

Em contrapartida à tese da atenuação da pena em razão da co-culpabilidade do Estado, surge a ideia da co-culpabilidade às avessas, que consiste na aplicação desse princípio como circunstância agravante, o que não seria razoável, pois estaria desvirtuando a finalidade para qual tal princípio foi criado.

Sendo a circunstância atenuante considerada um fator que não integra a figura típica, demonstrando apenas um grau menor de culpabilidade, uma das formas de posituação do princípio da co-culpabilidade é a atenuação da pena, nos termos do artigo 66 do Código Penal. Assim, se aquele cidadão que vive à margem da sociedade praticar um crime, poderá ter sua pena atenuada, em decorrência do Estado ter negado as oportunidades com as quais brindou a outras pessoas.

Apesar da possível aplicação do princípio, a jurisprudência não vem discutindo de forma aprofundada o assunto, havendo alguns julgados que negam a sua aplicação, por não restar demonstrada a efetiva situação de miséria do acusado. Contudo, há decisões que o aplicam, dependendo do caso concreto.

Portanto, o objetivo do presente trabalho foi alcançado, uma vez que ficou demonstrada a importância do princípio da co-culpabilidade para efetivar as garantias e os direitos previstos na Constituição Federal e para concretizar os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, bem como a possibilidade da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica.

A presente pesquisa monográfica se limita à compreensão do princípio da co-culpabilidade como um meio de adequar o Direito Penal à realidade social, reconhecendo a parcela de responsabilidade do Estado na prática de determinados delitos, em face da ausência de prestações materiais, culturais e sociais, bem como a possibilidade de sua positivação no ordenamento jurídico penal como atenuante genérica.

Mesmo gerando discussões que envolvem doutrinadores, legisladores e operadores do Direito, a co-culpabilidade ainda é um tema pouco estudado, salvo algumas pesquisas e legislações estrangeiras. Sendo assim, o presente trabalho contribui de alguma forma para o avanço do conhecimento acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español – Parte General**. Barcelona: Ariel Editorial, 1984.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: **Nuevo sistema de Derecho Penal, Madrid**, Trotta, 2004

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

_____. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

MARAT, Jean Paul. **Plano de Legislação Criminal**. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790].

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Niterói: Ed. Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. Revista dos Tribunais, 2000.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006;

ROZÁRIO, Charles Francisco. **A teoria da co-culpabilidade como causa de atenuação genérica da pena. Uma análise do art. 66 do Código Penal brasileiro à luz da Hermenêutica Criminológica e do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2618, 1 set. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3.Ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 265-266.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.