

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

THIAGO VIEIRA MARINHO

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

JOÃO PESSOA
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

THIAGO VIEIRA MARINHO

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção de título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal da Paraíba
ÁREA: PENAL

Orientador: Antonio Carlos Iranlei
Toscano

JOÃO PESSOA
2014

Marinho, Thiago Vieira.

M335p O princípio da Co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro / Thiago Vieira Marinho – João Pessoa, 2014.

52f.

*Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Centro de Ciências Jurídicas, 2014.*

Orientador: Prof. Ms. Antonio Carlos Iranlei Toscano.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

THIAGO VIEIRA MARINHO

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção de título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal da Paraíba
ÁREA: PENAL

Orientador: Antonio Carlos Iranlei
Toscano

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Examinador 1

Examinador 2

Examinador 3

Dedico esta monografia a minha família pela
fé e confiança demonstrada
Aos meus amigos pelo apoio
Aos professores pelo simples fato de estarem
dispostos a ensinar
A minha noiva Juliana pela compreensão e paciência
Enfim a todos que de alguma forma
tornaram este caminho mais fácil de ser
percorrido

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de estar realizando este trabalho

A minha família, pelo incentivo e colaboração, principalmente nos momentos de dificuldade.

A minha noiva pelas palavras de incentivo e por sempre me apoiar

Agradeço aos meus colegas pelas palavras amigas nas horas difíceis, pelo auxílio nos trabalhos e dificuldades e principalmente por estarem comigo nesta caminhada tornando-a mais fácil e agradável.

"A Verdadeira paz somente não é a ausência de tensão, é a presença de
justiça."

Martin Luther King.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem como objetivo discutir o princípio da co-culpabilidade, o qual não se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, contudo diante das mudanças sociais que ocorrem diariamente na sociedade e da crescente desigualdade social presente no país, deveria ser adotado. A dificuldade de seu reconhecimento, em razão de ser um princípio implícito, causa bastante injustiça, pois pessoas miseráveis que se encontram em situações fáticas diferentes são repreendidas de forma mais rigorosa do que a minoria abastarda da sociedade.

Palavras-chaves: Penal. Sociedade. Igualdade. Seletividade. Co-culpabilidade. Autodeterminação. Vulnerabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	13
1.1 PRINCÍPIO REPUBLICANO	13
1.2 PRINCÍPIO FEDERATIVO	14
1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	15
1.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE	15
1.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	16
1.6 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	17
1.7 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	18
2. DA CULPABILIDADE	20
2.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	22
2.1.1 Da Imputabilidade	22
2.1.2 Potencial Consciência da Ilícitude	23
2.1.3 Exigibilidade de Conduta Diversa	24
3. DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE	26
3.1 ORIGEM	26
3.1 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE	28
3.2 DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE	30
4. O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	33
4.1 CÁLCULO DA PENA	33
4.2 POSSIBILIDADES DE INSERÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL	38
4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO	40
4.3.1 Direito Argentino	40
4.3.2 Direito Penal Boliviano	41
4.3.3 Direito Penal Peruano	42
4.3.4 Direito Penal Equatoriano	43
4.3.5 Direito Penal Mexicano	43

4.3.6	Direito Penal Colombiano _____	43
4.4	A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPAILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA _____	44
	CONSIDERAÇÕES FINAIS _____	48

INTRODUÇÃO

O princípio da co-culpabilidade do Estado, sendo esse um princípio implícito na atual Constituição Federal de 1988, tem como fim buscar a “meia culpa” do Estado (sociedade) em não oferecer oportunidades socioeconômicas iguais para todos os cidadãos.

Parte-se da ideia de que se o indivíduo tem seu âmbito de autodeterminação diminuído e levando em consideração que a culpabilidade é baseada no poder de autodeterminação desses, sendo esse poder menor em razão das condições econômico-sociais, deve-se levar em conta tais condições na aplicação e execução da pena.

A co-culpabilidade visa reconhecer que a sociedade não oferece a todos as mesmas condições e oportunidades, ou seja, enquanto uns são privilegiados com uma boa educação e adequado desenvolvimento social, outros são privados pela sociedade de iguais oportunidades em razão de sua classe social, aparência ou por pertencer a uma classe pobre e socialmente inferiorizada.

Ou seja, a co-culpabilidade conceitua-se partindo da ideia de que, se a sociedade não oferece a todos os cidadãos as mesmas oportunidades, então a própria sociedade deverá arcar com sua parcela de culpa juntamente com o indivíduo rotulado pela sua condição inferior, formando uma co-responsabilidade do Estado ao omitir-se no desenvolvimento daquele cidadão.

Igualmente, através do princípio da co-culpabilidade, se busca, também, diminuir a “seletividade” do Direito Penal a fim de se instituir um Direito Penal Mínimo mais efetivo. Nessa busca da diminuição da “seletividade”, o princípio da co-culpabilidade vai trazer uma diminuição da pena, na esteira de se reconhecer essas necessidades econômico-sociais (vulnerabilidade), e não apenas selecionar aqueles que estão excluídos socialmente, evitando, assim, a judicialização da exclusão social.

O assunto ora proposto é atualmente muito pertinente, especialmente pela profunda desigualdade econômico-social pela qual se passa. A visível vulnerabilidade de parcela da população, que se desenvolveram a margem das garantias mínimas instituídas pelo Estado, faz refletir acerca da necessidade da alteração na legislação penal a fim de gerar uma mudança de comportamento do aplicador e executor do Direito Penal, através, notadamente, do reconhecimento do

princípio da co-culpabilidade no âmbito do Direito Penal.

Considerando a omissão do papel do estado em se garantir direitos tidos como básicos na Constituição de 1988, e que essa inação termina por induzir, de forma indireta, parcela dos indivíduos ao cometimento de ilícitos, merece respaldo o presente estudo a ser desenvolvido, em razão da necessidade de se reconhecer o princípio da co-culpabilidade como forma de se buscar um Direito Penal mais justo.

O presente estudo é dotado de natureza jurídica, tendo em vista que se baseia primordialmente na doutrina, na legislação e na jurisprudência acerca do assunto.

Tem-se, então, como objetivo geral, investigar a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade no cometimento de alguns crimes, questionando a responsabilidade do Estado no induzimento, ainda que de forma indireta, sobre esses crimes. Quanto aos objetivos específicos são os seguintes: analisar os princípios constitucionais que se relacionam com o tema; realizar uma análise da origem do princípio da co-culpabilidade; compreender seus conceitos e quais são os seus efeitos concretos na aplicação da pena; Estudar o conceito de vulnerabilidade; identificar os fundamentos que a doutrina utiliza para reconhecer a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade; demonstrar a possibilidade de inserção do princípio da co-culpabilidade na dosimetria da pena; analisar a jurisprudência sobre o princípio da co-culpabilidade.

Para atingi-los será realizada uma pesquisa teórica e dogmática instrumental, pois para resolver o problema serão utilizados dados e material bibliográfico, não sendo factível a comprovação empírica, colhidas do ordenamento penal brasileiro.

Utilizar-se-á o método dedutivo como método de abordagem, tendo em vista que o ponto de partida será uma questão geral, o direito penal, a partir da qual se chegará a uma questão particular, a necessidade de reconhecimento do princípio da co-culpabilidade.

No que diz respeito ao método de procedimento, serão cotejados os entendimentos da doutrina e da jurisprudência quanto à necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade na aplicação da pena.

A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, tendo em vista que se desenvolverá com base em referenciais teóricos publicados em livros e na rede mundial de computadores (internet).

Assim, na primeira parte do estudo discorrer-se-á a respeito dos princípios

constitucionais que se relacionam com o tema, dando foco naqueles que servem de base para sua confirmação no âmbito do Direito Penal.

Em seguida, na segunda parte, tratar-se-á da culpabilidade, sendo apresentado seu conceito no Direito Penal, e seus elementos formadores.

Na terceira parte, será apresentada a origem do princípio da co-culpabilidade, seu conceito e a relação com a vulnerabilidade.

A quarta parte vai relacionar o princípio da co-culpabilidade e sua aplicabilidade no Direito Penal brasileiro, analisando as formas de enquadramento no cálculo da pena, as possibilidades de inserção no Direito Penal brasileiro, a aplicação no Direito Penal comparado e a sua aplicação na jurisprudência brasileira.

Por fim, será realizada uma síntese das ideias principais apresentadas no estudo, com foco no objetivo principal do trabalho, que é a busca pelo reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal, sugerindo-se a positivação de tal princípio do nosso ordenamento jurídico a fim de dar maior aplicabilidade.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O sistema jurídico brasileiro é ordenado pela Constituição Federal de 1988, derivando dela todos os demais ramos do Direito, inclusive o Direito Penal. Assim, do Direito Constitucional, que garante a defesa e aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais, se derivam as demais disciplinas jurídicas.

A ligação entre o Direito Penal e o Constitucional não se dá apenas no âmbito do processo penal, mas também através da inserção de garantias jurídico-penais na constituição, a exemplo dos incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV dentre outros presentes no art. 5º da CF.

Por ser notória a intimidade entre esses dois ramos do Direito, e afim de que haja um maior entendimento sobre o princípio da co-culpabilidade, o seu estudo fica submetido à ótica da Constituição e a um anterior exame dos princípios constitucionais associados ao Direito Penal.

A relação entre esses dois ramos do direito (Direito Constitucional e Penal) tem sido cada vez maior devido à postura do Estado na atualidade, uma vez que este passa a ser não apenas um garantidor de direitos individuais, mas sim ativo e preocupado com os interesses sociais dos cidadãos. Isto pode ser visto na atual Constituição, a qual traz, por meio dos princípios constitucionais penais, inúmeras disposições limitadoras do poder punitivo estatal e estabelece as regras ao legislador infraconstitucional para exercer sua função de criminalizar condutas e cominar penas.

1.1 PRINCÍPIO REPUBLICANO

A Constituição Federal em seu art. 1º, *caput*, determina a República como forma de governo adotada, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos”.

São bases da República a consagração da igualdade formal entre os cidadãos, a representatividade, a eletividade e a responsabilidade dos governantes. A igualdade entre os cidadãos se dá pelo tratamento, de todos aqueles que estão em situação igual, de maneira idêntica e os desiguais tratados de maneira desigual na medida de sua desigualdade, não podendo o legislador

criminalizar de maneira diversa condutas que estejam dentro de uma mesma situação jurídica.

Na doutrina de Juarez Cirino dos Santos, reafirmando a filosofia de Aristóteles, de que: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam” (ARISTÓTELES, 2000), ele afirma que:

Reduzir a criminalização de sujeitos penalizados permanentemente pelas condições de vida é realizar de fato uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais: que o direito realmente iguale os que considere desigualmente indivíduos concretamente desiguais. (SANTOS, 1985)

A grande divergência acerca da igualdade se encontra no dever do legislador de buscar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade substancial, a qual é buscada através da inserção da co-culpabilidade no sistema.

Em resumo, o princípio republicano possui ligação com o Direito Penal, mesmo que não seja direta. Para que exista crime e seja cominada pena é necessária lei anterior (princípio da legalidade), e essa lei precisa ser editada por órgão que obedeça aos critérios do princípio republicano.

1.2 PRINCÍPIO FEDERATIVO

A descentralização do poder é considerada uma das bases do Estado federativo, e visa evitar a concentração de poder e arbítrio excessivo por parte dos governantes, ou demais autoridades.

Conforme o enunciado do art. 22, inciso I, da Constituição, somente a União pode legislar sobre o Direito Penal e Direito Processual Penal. Contudo, tais matérias são de interesse de todos os entes federados por se tratar de assuntos relativos à segurança pública, como por exemplo, a divisão das polícias (art. 144) e a competência para julgamento de matéria criminal dos juízes federais (art.109).

Em se tratando da seara criminal o princípio federativo decorre do chamado Federalismo Integrativo e Cooperativo adotado pela Magna Carta de 1988, que

demonstra a necessidade dos Estados não só buscarem a segurança pública como também o respeito às garantias penais e processuais do cidadão.

1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal brasileiro, é realçado através da adoção do princípio da estrita reserva legal e do princípio da anterioridade da lei para que seja criado o crime e conseqüentemente cominada a pena.

Não obstante a tipificação do ato em lei formal, ou seja, editada conforme o devido processo legal, também é necessário que tal lei seja prévia, escrita e certa, caracterizando, dessa forma, uma legalidade substancial.

De acordo com esse conceito é possível entender claramente que para a criação de um crime e cominação de pena é necessário a existência de lei penal anterior ao fato delituoso, assegurando a irretroatividade da lei penal; é vedada a punição para os chamados crimes análogos; não é aceitável dentro do Direito Penal a aplicação de normas consuetudinárias não escritas para a criação ou revogação de crimes; e por fim, a legislação tem de ser direta, sem palavras dúbias, incertas e indeterminadas.

1.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

A lei penal brasileira tem como um de seus princípios básicos a sua irretroatividade, fundamentada pelo inciso XL do art. 5º da Magna Carta. Assim, para que a lei possa produzir efeitos sobre determinado fato ela tem de estar em vigor no momento de sua execução, de acordo com a fórmula latina “*tempus regit actum*” (a lei vige para o futuro).

É inconstitucional a aplicação de lei nova a atos consumados ou mesmo pendentes, salvo os crimes permanentes e os continuados, sobre os quais o STF já se manifestou na súmula 711, a qual assegura a aplicação da lei penal mais grave em vigor até a cessação da continuidade ou permanência. Contudo, é permitida a retroatividade na hipótese do benefício do réu, de onde se extrai outros dois princípios: o da irretroatividade da lei penal mais grave e o da

retroatividade da lei penal mais branda, observando o art. 4º do Código Penal, que versa sobre o tempo do crime.

1.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Somente os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade é que devem ser protegidos pelo direito Penal. Consoante os ensinamentos de Muñoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito. (MUÑOZ CONDE, 1975).

Desta maneira, entende-se que o princípio da intervenção mínima visa a fazer com que o direito penal intervenha o mínimo possível na vida em sociedade, somente entrando em ação quando, comprovadamente, os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância.

Tal princípio encontra-se no sistema constitucional de maneira implícita, sendo decorrente de um conjunto de disposições e da interpretação de suas sistemáticas. Tem por base a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a qual em seu art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. Mesmo sem a sua formalização no nosso ordenamento compõe a base do Estado Democrático de Direito, por limitar a ingerência do Estado, e possui especial aplicabilidade no Direito Penal, que trata de uma importante garantia constitucional do indivíduo, a liberdade.

O princípio da intervenção mínima no direito penal trás duas características, a subsidiariedade e a fragmentariedade, definindo-se essa ao afirmar que o Direito Penal tem que ser fragmentário, pois apenas deve tipificar, criminalizar, um pequeno número de condutas humanas, isto é, dentre um sem-número de condutas existentes na realidade fática apenas uma diminuta parcela é escolhida pelo Direito Penal e tornada crime; descreve aquela ao fundamento de que só cabe a utilização

do Direito penal em último caso, ou seja, quando os demais ramos do Direito não conseguiram assegurar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

A aplicação da sanção penal observa o princípio da proporcionalidade, não devendo o Estado exceder na punição. Desse raciocínio decorre o princípio da suficiência e da necessidade, o qual defende que a intervenção tem de estar entre o necessário (limite mínimo) e o suficiente (limite máximo).

1.6 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

A dignidade da pessoa humana, presente no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, constitui um dos fundamentos do Estado democrático de Direito e possui uma influência muito grande no seu patamar de atuação, tendo assim uma conotação reguladora dos demais princípios do Direito.

Destarte, tem-se a dignidade um caráter universal, comportando-se como valor indispensável e irrenunciável do ser humano, possuindo assim um teor de princípio matriz do Direito.

Segundo Fernando Capez:

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático. (CAPEZ, 2003)

Analisando esta perspectiva principiológica, que deve ser observada no que tange ao Direito Penal, Carvalho entende que,

o Direito Penal só será bem interpretado se amoldado às novas necessidades do Estado contemporâneo, com seus objetivos substanciais a serem alcançados. É a chamada interpretação teleológica-constitucional do Direito Penal. (CARVALHO, 1992)

Assim sendo, o Direito Penal deve ser visto sistematicamente e em consonância com os ditames constitucionais capazes de guiar o Direito para se construir uma sociedade mais “justa, livre e solidária” como prevê o inciso I, do artigo 3º da Constituição de 1988. Estes ditames são originários dos ideais iluministas, defendido pelo Marquês de Beccaria em seu livro “Dos delitos e das penas”, que tem por escopo garantir a dignidade do acusado, tratando-o como verdadeiro ser humano.

A nível constitucional, diversos são os dispositivos que refletem o ideal do princípio da humanidade presente no Direito Penal, merecendo destaque, o inciso XLIX do artigo 5º, que discorre o seguinte, “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”. Além disso, é pelo prisma do princípio da humanidade que podemos entender o fato de o constitucionalismo pátrio não permitir segundo o artigo 5º, inciso XLVII, penas de morte (salvo nos casos de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX), de rigor perpétuo, penas de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis. Todas estas disposições refletem a preocupação com o ser humano e sua dignidade. Esse viés da humanidade acaba por limitar estas modalidades de punibilidade.

Assim, nota-se que o Direito Penal e o Constitucional se comunicam e entendem-se na perspectiva de respeitar a ordem hierárquica das normas e consolidar os valores e princípios que protegem a pessoa humana de atrocidades e desvarios punitivos. Temos então base para vislumbrar o Direito Penal pela via humanitária.

1.7 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena caminha junto com o princípio da personalidade, estando previstos no art. 5º nos incisos XLV e XLVI, da Constituição de 1988.

Tal princípio, na doutrina de Alexandre de Moraes, consiste na exigência entre uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção. Desse modo, a imposição da pena dependeria do juízo individualizado da culpabilidade do agente, censurabilidade de sua conduta (MORAES, 2002).

O Supremo Tribunal Federal também coloca a culpabilidade do agente como medida da aplicação da pena e destaca que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (Supremo Tribunal Federal, 1996).

Consoante manifestação do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Para José Eduardo Goulart, o princípio da individualização da pena é consequência direta do postulado da personalidade. Esse postulado reza que a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade. (GOURLART, 1994)

Assim, o princípio da individualização da pena pode ser conceituado como o direito público subjetivo de todo condenado a ser submetido a uma pena compatível com seu grau de culpabilidade, atendido os limites e parâmetros estabelecidos pela lei, não podendo a cominação da pena e sua execução passarem da pessoa do condenado, vindo a atingir outras pessoas que não cometeram o delito.

2. DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, antes da reforma penal de 1984, figurava como um dos elementos do delito, esse entendido como fato típico, antijurídico e culpável. Assim, se o agente não fosse considerado culpável, não haveria crime.

Contudo, a partir da reforma de 1984 a culpabilidade passou a ser considerada como pressuposto para aplicação da pena. Isso porque, ao se adotar a teoria finalista da ação, passou-se a se entender que o dolo e culpa (que antes integravam o conceito de culpabilidade) migraram para a conduta típica.

Desta forma, surgiram duas teorias a fim de se conceituar a existência do delito e por consequência influenciando no que se refere a co-culpabilidade.

Para os que aderem à teoria tripartite do conceito de delito, considerado como fato típico, antijurídico e culpável, a análise da co-culpabilidade influirá na própria existência do crime. De outro lado, para os que se filiam à teoria bipartida o crime, sendo esse fato típico e antijurídico, o delito resta configurado independentemente da culpabilidade do autor, embora a necessidade da pena e o seu *quantum* devam ser aferidos de acordo com a culpabilidade do autor.

Conquanto, a culpabilidade terá uma função dupla. Servirá, em relação à teoria bipartida, para dizer se o agente é culpável; em relação à teoria tripartite, para dizer se o crime existiu. Porém, em ambos os casos, num segundo momento, servirá de medida da pena.

Pela ideia de culpabilidade, se atribui ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável, e por consequência punível. É dizer que a culpabilidade é um dos elementos centrais na definição de relevância penal a determinados atos ou fatos produzidos pela ação humana. Ou seja, é a culpabilidade juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade que fundamenta a imposição de uma pena em nossa cultura jurídica. Contudo, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro de referência para a individualização da sanção (SPOSATO, 2008).

No ordenamento jurídico brasileiro, a exigência de se analisar a culpabilidade para definir o montante da pena vem expressa no artigo 59 do Código Penal.

Destarte, é possível entender a culpabilidade como "um juízo de reprovação sobre determinada pessoa pela prática de determinada conduta" (MOUGENOT;

CAPEZ, 2004). Trata-se do grau de culpa atribuída a alguém pela prática de uma infração penal.

Ao avaliar essa culpa, verifica-se se o agente deve receber uma pena do Estado. Em caso afirmativo, a culpabilidade será novamente analisada para se buscar o *quantum* dessa sanção.

Tratando-se especificamente da culpabilidade que serve de “medida da pena”, pode-se observar a existência de uma subdivisão. Desse modo, fala-se em *culpabilidade do fato* e em *culpabilidade do autor*.

Na culpabilidade do fato, preceitua que o juízo de reprovação deve recair sobre o fato praticado, ou seja, sobre a conduta do agente. A reprovação deve recair sobre a gravidade do crime praticado. Desta forma, são levados em consideração os meios empregados pelo agente, as circunstâncias do fato, a gravidade da ação, etc.

Em relação a culpabilidade do autor, se observa as circunstâncias pessoais do autor e não somente ao fato por ele praticado. Assim, a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social, e dos motivos que o levaram à infração penal (MOUGENOT; CAPEZ, 2004).

No ordenamento jurídico brasileiro é possível aduzir, até pela redação do artigo 59 do Código Penal, que se adota uma culpabilidade mista, formada sobre o fato concreto e pelas condições pessoais do autor.

Destarte, ao lado de avaliações objetivas do fenômeno criminal, pautadas no fato concreto e dirigidas ao passado, visando à retribuição ao delito, subsiste um direito penal calcado no *ser*, voltado à pessoa do agente, com vistas ao futuro e à prevenção do crime.

Isso porque a culpabilidade, segundo Sposato (SPOSATO, 2008) não é só um problema do indivíduo imputado e sim do próprio Estado no tocante à sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade detona para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

Necessário se faz, assim, avançar no conceito de culpabilidade através da "introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a

necessidade da imposição de uma sanção penal tendo em vista as condições pessoais e socioeconômicas do sujeito" (SPOSATO, 2008).

2.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Com a adoção da teoria finalista da ação, houve o deslocamento do dolo e culpa da culpabilidade para o próprio fato típico, mais precisamente para conduta. Assim, ficaram como elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

2.1.1 Da Imputabilidade

Imputabilidade penal é a condição ou qualidade que possui o agente de sofrer a aplicação de pena. E, por sua vez, só sofrerá pena aquele que tinha ao tempo da ação ou da omissão capacidade de compreensão e de autodeterminação frente o fato.

Para Bitencourt, ao analisar os pensamentos de Welzel, ele afirma que a culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual, e o que se reprova é "a resolução de vontade antijurídica em relação ao fato individual". (BITENCOURT, 2007). Contudo, reconhecido pelo próprio Welzel, não se pode converter em objeto aquilo que não é suscetível de objetivação, como é o caso da subjetividade do indivíduo, ou seja, a livre autodeterminação. Bitencourt apresenta o argumento de Welzel dizendo que:

A culpabilidade individual não é mais que a concretização da capacidade de culpabilidade em relação ao ato concreto, de tal forma que a reprovabilidade encontra sua base [...] nos mesmos elementos concretos cuja concorrência em caráter geral constituem a capacidade de culpabilidade. Isto é, o autor tem de conhecer o injusto, ou pelo tem de poder conhecê-lo e tem de poder decidir-se por uma conduta conforme ao direito em virtude deste conhecimento (real ou possível). A culpabilidade concreta (reprovabilidade) esta, pois, constituída (paralelamente à capacidade geral de culpabilidade) por elementos intelectuais voluntários (BITENCOURT, 2007).

Anibal Bruno define a imputabilidade como "o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível" (BRUNO, 1984). O mesmo doutrinador afirma que o conceito de

imputabilidade é fornecido no Código Penal Brasileiro, indiretamente e a contrario sensu, pelo de inimputabilidade, previsto no seu artigo 26:

Art. 26 É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para Damásio de Jesus, é considera como imputável o “sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (JESUS, 2007).

Igualmente, segundo Fernando Capez, “o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. (...) Além dessa capacidade, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade” (CAPEZ, 2005). Assim, temos que a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual e outro volitivo, sendo o primeiro como a capacidade de entendimento, e no último como a faculdade de controlar a própria vontade.

No que se refere a entender o caráter criminoso do fato, Aníbal Bruno explica que é prescindível que o agente saiba que seu ato é definido como crime. Devendo, apenas, compreender que – não de forma técnica – que seu comportamento é reprovado pela ordem jurídica em sentido amplo, nos limites da compreensão de um leigo.

Quanto à vontade, Aníbal Bruno afirma que está é a “capacidade normal de querer, de sofrer, em face da consciência do caráter ilícito do fato, a influência dos motivos normalmente inibidores.” (BRUNO, 1984)

Assim, imputabilidade, se utilizando da doutrina abalizada de Heleno Fragoso, “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”. (FRAGOSO, 1995)

2.1.2 Potencial Consciência da Ilícitude

Além de imputável, para que haja a reprovação de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico, será necessário que o indivíduo conheça ou possa conhecer o caráter ilícito do fato praticado.

Para Luiz Regis Prado “esse conhecimento potencial não se refere às leis penais, basta que o agente saiba ou tenha podido saber que o seu comportamento é contrária ao ordenamento jurídico”. (PRADO, 2007). Nesta mesma linha o artigo 21 do Código Penal dispõe que “O desconhecimento da lei, é inescusável”. O legislador refere-se apenas ao “desconhecimento da lei” e não sobre a “errada compreensão da lei” (PRADO, 2007).

Mirabete aduz que o erro é o conhecimento falso a respeito dessa realidade, considerando que a palavra desconhecer confunde-se com o falso conhecimento, e que assim pondera que “o desconhecimento da lei, nos termos do artigo 21, versa sobre a ignorância a respeito da própria lei penal. O agente supõe ser lícito seu comportamento, porque desconhece a existência da lei penal que o proíba” (MIRABETE, 2007)

Outrossim, Ney Moura Teles afirma que

[...] quem age sem a possibilidade de saber que fere o direito, atua na certeza de que sua conduta é de acordo com a ordem jurídica, e, assim sendo, não pode merecer qualquer censura, que só é possível quando se pudesse exigir do homem conhecer que seu gesto é proibido. Se ele tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude, e, mesmo assim, realizou a conduta contrária ao direito, deve, por isso, ser censurado, já que, tendo a possibilidade de atingir a consciência da ilicitude, mesmo assim não a alcançou, quando devia, e por isso vai ser reprovado. (TELES, 1996)

Igualmente, segundo Fernando Capez, “o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. (...) Além dessa capacidade, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade” (CAPEZ, 2005). Assim, temos que a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual e outro volitivo, sendo o primeiro como a capacidade de entendimento, e o último como a faculdade de controlar a própria vontade.

2.1.3 Exigibilidade de Conduta Diversa

A exigibilidade de conduta diversa nas palavras de Damásio E. de Jesus, é a possibilidade que o sujeito tem de realizar outra conduta, de acordo com ordenamento jurídico. Luiz Regis Prado assim esclarece sobre esse elemento:

Trata-se de elemento volitivo da reprovabilidade, consistente na exigibilidade da obediência é norma. Para que a ação do agente seja reprovável, é indispensável que se lhe possa exigir

comportamento diverso do que teve. Isso significa que o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita. (PRADO, 2007).

Além disso, Ney Moura Teles pondera que só merece receber a censura penal quem podia ter realizado outro comportamento, sendo este outro juízo de valor que se faz sobre a conduta do agente.

As situações de inexigibilidade de conduta diversa são previstas pela legislação, ou seja, encontram-se autonomia legal perante o Código Penal e supralegais, e, não é reconhecida, principalmente por Zaffaroni e Pierangelli a causa de inculpabilidade. São estas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: o estado de necessidade exculpante; a coação moral irresistível; a obediência hierárquica, a impossibilidade de dirigir as ações conforme a compreensão da antijuridicidade e outras causas supralegais.

3. DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

O princípio da co-culpabilidade consiste na ideia de corresponsabilidade entre o criminoso, excluído socialmente, e o Estado pelo cometimento do delito, em razão da omissão deste em promover as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos.

Desse modo, a co-culpabilidade surge como importante instrumento de justiça social no momento em que se reconhece que fatores socioeconômicos influenciam na prática do delito, em razão de haver indivíduos inseridos de forma vulnerável, marginalizado e desumano no meio social ao longo de suas vidas.

3.1 ORIGEM

O princípio da co-culpabilidade está diretamente ligado à Revolução Francesa de 1789, qual seja movimento revolucionário da classe burguesa que tinha no iluminismo sua bandeira ideológica. Tal revolução apresentou-se caracterizada pela queda do Estado absolutista, ou seja, alicerçado no poder absoluto dos reis, e pelo surgimento do Estado Liberal.

A Revolução Francesa pregou três princípios, quais sejam o da liberdade, o da igualdade e o da fraternidade, que acabaram por se manifestar na evolução dos direitos fundamentais em três gerações sucessivas.

Desse modo, os direitos de primeira geração, que traduzem o valor de liberdade, são os civis e os políticos. Tais direitos têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, ou seja, trata-se de limites impostos à atuação do Estado, resguardando os direitos individuais. Tratam-se, portanto, de um não fazer do Estado ou uma prestação negativa, em prol do cidadão. Este, por sua vez, passa a ser detentor de direitos amparados pelo Estado, deixando de ser um simples súdito. De fato, esses direitos surgiram em decorrência da Revolução Francesa de 1789.

Por outro lado, os de segunda geração correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos. O momento histórico que os impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Esses direitos visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Assim, requerem um fazer do Estado, uma prestação positiva em prol dos menos favorecidos pela ordem socioeconômica. Destarte, a co-culpabilidade se apresenta como direito de segunda geração, diante

do seu reconhecimento de que cabe ao Estado uma prestação positiva a fim de proporcionar a todos os cidadãos condições de uma vida digna.

Enfim, a terceira geração diz respeito aos direitos de fraternidade. Além dos direitos de primeira e segunda gerações, o Estado passou a proteger outras modalidades de direitos, visto que em razão das mudanças na comunidade internacional, como o crescente desenvolvimento tecnológico e científico, novas preocupações mundiais surgem. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2001) apresenta cinco direitos dessa geração, quais sejam, “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. Pode-se citar também os direitos relativos à proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso etc.

Através das ideias iluministas do século XVIII, isto é, ideologias que propuseram uma nova sociedade baseada na igualdade dos direitos dos cidadãos e na consolidação do liberalismo político, proporcionaram ao Direito Penal uma fase de novas perspectivas no âmbito da organização social e política. Assim sendo, essas correntes iluministas constituem a origem histórica do princípio da corresponsabilidade estatal.

Com o advento do Estado Liberal, surge a ideia do Contrato Social de Rousseau. Tratava-se de um contrato entre governados e governante, em que este, por meio do consentimento da maioria, recebia a autoridade e o dever de garantir os direitos das pessoas. Em consequência da ideia do contratualismo, surge a co-culpabilidade no momento em que o crime aparece como rompimento do contrato social. Cezar Roberto Bitencourt (BITTENCOURT, 2002) concorda com a assertiva ao dizer que “sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceitado, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade”. E, por outro lado, o Estado também rompe o pacto social, conforme esclarece Grégore Moura (MOURA, 2006), “em contrapartida, o Estado também quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana”.

Assim, a co-culpabilidade seria o reconhecimento de que o Estado rompeu o contrato social no instante em que não cumpriu com seus deveres de prover o mínimo de subsistência para a sociedade, não tendo, assim, legitimidade para

punir o delinquente por ser esse mesmo Estado o principal violador dos direitos e garantias fundamentais.

3.1 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

O princípio da co-culpabilidade revela-se como o reconhecimento do Estado da sua parcela de responsabilidade na conduta delitiva praticada por certas pessoas atingidas pela exclusão social, em razão da omissão estatal no tocante aos deveres constitucionais, como a saúde e a educação. Como o Estado não proporcionou uma inclusão socioeconômica de determinados cidadãos, deverá arcar indiretamente com a sua responsabilidade do delito em conjunto com o delinquente.

Juarez Cirino dos Santos, um dos primeiros a fomentar a ideia de co-culpabilidade, chamando-a de "co-culpabilidade da sociedade organizada", a entende como uma valoração compensatória da carga de responsabilidade atribuída a certos membros da sociedade que se encontram, em razão de condições sociais a eles desfavoráveis, acuados socialmente. Asseverando com o conceito apresentado, Grégore Moura esclarece o que entende por princípio da co-culpabilidade:

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. (MOURA, 2006)

Frise-se, que não se pode entender desacertadamente que recai sobre o Estado uma infração penal, em virtude deste assumir parcialmente sua responsabilidade no cometimento do delito. A final de contas, tal raciocínio não faria sentido diante da função jus puniendi do Estado, no momento em que o detentor do dever de punir não poderia aplicar pena para si próprio. Ademais, o Estado não pode configurar-se na qualidade de sujeito ativo de um crime, não sendo capaz de praticar uma conduta criminosa, seja a título de dolo ou de culpa, ou seja, deve-se ter a cautela para “não transformar o criminoso em vítima e o

Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos” (MOURA, 2006).

A co-culpabilidade, assim, vem atenuar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito, uma vez que este, especialmente nos casos de delito patrimonial, é compelido, na maioria das vezes, por condições de vida desfavoráveis, pela descrença nas instituições do Estado, bem como pelo menosprezo à própria sociedade, enquanto abrigo excludente.

É num contexto de diferenças sociais visíveis, de descrença na figura do Estado e de um direito punitivo seletivo, que a omissão estatal potencializa o sentimento de exclusão e revolta naqueles menos favorecidos. E é nesse meio que dá causa ao surgimento de teorias plausíveis como a da co-responsabilidade do Estado, tentativas, na verdade, de minimizar os danos inerentes ao sistema.

Em fim, o princípio da co-culpabilidade visa reconhecer uma responsabilidade compartilhada entre o autor do delito e o Estado, havendo uma atenuação da pena e juízo de reprovação do delinquente, ou seja, no momento da aplicação da pena, o juiz, ao se deparar com a hipossuficiência do autor da prática delitiva, aplicará uma pena reduzida. Se há a necessidade de aplicação da pena, que ela seja aplicada de maneira justa, na medida em que será mitigada, haja vista a condição pessoal de vulnerabilidade do criminoso.

Evidencie-se que o princípio da co-culpabilidade não significa impunidade. Afinal, o agente que é oriundo de um meio em que o Estado não se fez presente e, por fatores socioeconômicos, comete um delito, sofrerá sim uma pena, mas esta será ajustada conforme sua culpabilidade na medida de sua reprovação social e pessoal pelo crime praticado.

Entende-se também que há uma corresponsabilidade da sociedade, e não somente do Estado, na conduta delitiva do agente vítima da exclusão social. A final de contas, todos os membros da sociedade estão inseridos na realidade brasileira repleta de dissonâncias entre classes sociais e, assim, têm responsabilidades enquanto cidadãos para com as gerações presentes e futuras. Ao assevera com o entendimento, Rogério Greco declara:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se,

morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade apenas por mera questão de senso de justiça, mas por imperativo principiológico constitucional expresso em dois princípios constitucionais de escol: o da igualdade (art. 5º, caput) e o da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI). (GRECO, 2002)

Conseqüentemente, a co-culpabilidade consiste na divisão da culpabilidade – juízo de reprovação entre o agente e o Estado/sociedade, reconhecendo a responsabilidade indireta deste em face da ocorrência do delito. Obviamente, esta deve se dar mediante o preenchimento de certos requisitos, só podendo se falar em co-culpabilidade se o agente for oriundo de um meio social onde o Estado não se faz presente e, ainda, se o delito cometido tiver como razão fatores socioeconômicos.

Acentue-se que o referido princípio não atinge a todos indiferenciadamente, mas apenas aqueles que estão num situação de hipossuficiência, quais sejam, aqueles que tiveram sua autodeterminação mitigada em virtude das condições de vida muito precárias a que foram submetidos. Dessa maneira, para esses determinados indivíduos, haverá uma atenuação do juízo de reprovabilidade do autor da conduta delitiva em razão de fatores sociais e econômicos que interferem na sua atuação e acabam por justificar uma maior complacência do Estado juiz para com tal indivíduo marginalizado socialmente.

3.2 DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

A vulnerabilidade, utilizando os conceitos de Zaffaroni, como fator de contenção do poder punitivo estatal demonstra a seletividade do sistema penal e de suas agências oficiais, criando uma barreira de contenção para amenizar ou reduzir os danos e efeitos nefastos causados pelo sistema penal à pessoa humana num chamado “funcionalismo redutor”, o que ineludivelmente deve orientar o sistema jurídico-penal brasileiro.

Zaffaroni, assim, critica profundamente os ordenamentos penais por reprovarem, com a mesma intensidade, pessoas que ocupam papéis diferenciados

na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica. Argumenta o autor, que tratar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza, é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos com igualdade, mas tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente.

Igualmente, Salo de Carvalho entende que:

[...] somente poderíamos estabelecer juízos paritários (isonômicos) de reprovabilidade individual pelo ato delitivo, se constatássemos que existiu por parte do Estado, a satisfação mínima de seus direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais). Do contrário estaria estampada uma desigualdade material, visto o tratamento 'igualitário de desiguais', ou seja, apesar de gerar uma situação 'igualdade formal', estaria descaracterizado o princípio da isonomia. (CARVALHO, 2002).

Deste modo, o princípio da culpabilidade não pode ser absolutizado em torno da premissa do livre-arbítrio. O fundamento da autodeterminação do sujeito não poder ser negado, nem ser considerado opcional, na avaliação da reprovabilidade do fato, visto que constitui um mito do direito penal moderno que funda a responsabilidade penal subjetiva. Finaliza Zaffaroni ao dizer:

[...] não basta afirmar que o homem é responsável porque é capaz de autodeterminar-se conforme um sentido, para concluir a responsabilidade penal, porque se concebemos essa capacidade de determinação de forma absoluta esquecemos do homem real e em seu lugar apareceria uma estranha e inexplicável caricatura de anjo. Evidentemente, se o homem tivesse uma capacidade de autodeterminação absoluta e ilimitada, a mesma abarcaria também a possibilidade de transformar-se totalmente no decurso do tempo, o que faria desaparecer o princípio da identidade e, por conseguinte, não poderia garantir que a pessoa condenada fosse a mesma que violou a norma...Esta é a imagem do homem consternado a eleger dentre inúmeras situações limitadoras: à o homem no mundo. Esta é a ideia central da antropologia penal contemporânea do direito penal garantista, expressa ou tacitamente admitida" (ZAFFARONI , 1981)

Além disto, a teoria da co-culpabilidade partia de pressupostos errôneos, qual era a permanência extremamente vinculada à ideia de que a criminalidade é efeito da pobreza e "subestimava ou relevava a seletividade criminalizante, o que pressuporia aceitar o funcionamento igualitário e até natural do sistema penal". (CARVALHO, 2002)

Levando em consideração as falhas dos pressupostos elencados, e partindo desse contexto de co-culpabilidade, Zaffaroni desenvolveu a ideia de “culpabilidade pela vulnerabilidade”, que deve ser considerada paralelamente à da culpabilidade pelo injusto.

Assim, afirma que não cabe “[...] duvidar que a resposta criminalizante da instância judicial deva respeitar os limites que lhe impõe a culpabilidade pelo injusto”, mas dela não pode tomar como base, “devido à sua falta de racionalidade como decorrência de sua desqualificação ética” (ZAFFARONI, 2009).

4. O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O princípio da co-culpabilidade não está previsto expressamente no Direito Penal brasileiro, assim é necessário se buscar a forma de sua inserção na legislação penal. Isto é, mister se faz apresentar as hipóteses de posituação ou introdução deste princípio no Código Penal. É necessário também dar ao princípio da co-culpabilidade execução prática e efetividade.

O fato é que não basta apenas dar um discurso do que vem a ser co-culpabilidade. Se faz necessário que ela seja positivada para ser eficaz, trazer mais segurança jurídica e atingir o seu objetivo, qual seja, o de levar em consideração as condições socioeconômicas do agente no momento da aplicação da pena.

Frise-se que há um reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no Direito Processual Penal, segundo defende Grégore Moura (MOURA, 2006), quando no art. 187, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP) prevê que a primeira parte do interrogatório sobre a pessoa do acusado incluirá perguntas sobre oportunidades sociais e meios de vida do interrogando. Esse parágrafo retrata exatamente o que defende a co-culpabilidade, no momento em que destaca a relevância dos fatores sociais que contribuem para o cometimento do delito. Dessa forma, o CPP permite ao julgador, caso haja uma futura aplicação de sanção, uma análise com mais cuidado e embasamento à reprovação do autor da conduta delitiva.

Contudo, não basta o reconhecimento deste princípio no âmbito do Direito Processual Penal, sendo necessário, também, no tocante ao Direito Penal. É inegável, assim, a necessidade de sua posituação, a fim de promover a concretização de um princípio constitucional implícito.

4.1 CÁLCULO DA PENA

Inicialmente, antes de se adentrar na aplicação da pena em face do princípio da co-culpabilidade, é necessário apresentar as regras que compõem a dosimetria da pena, isto é, o critério trifásico de fixação da pena previsto no art. 68 do Código Penal em vigor, que assim dispõe: “art. 68 A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Assim, existem três etapas que deverão ser analisadas pelo juiz para a dosimetria da pena.

A primeira fase do cálculo da pena diz respeito à fixação da pena-base pelo julgador. Neste ponto, o art. 59 do Código Penal é de fundamental importância, pois sua análise indica o quantitativo das penas a serem aplicadas, o regime inicial de cumprimento da pena de prisão, bem como eventual substituição da pena privativa de liberdade.

Dispõe referido dispositivo que o juiz deve se ater, no momento de julgar, a certas peculiaridades do caso concreto, denominadas circunstâncias judiciais. Precisa, assim, atentar para os motivos do crime; para as suas circunstâncias; para a conduta da vítima; e para as consequências do mal causado pelo delito. Por serem circunstâncias que devem ser aferidas em razão do crime, formam a chamada culpabilidade do fato. Entretanto, o referido artigo traz, ainda, outras circunstâncias a serem avaliadas pelo juiz, v.g., a personalidade do agente; seus antecedentes e sua conduta social. Tais circunstâncias, de cunho subjetivo, formam a chamada culpabilidade do autor.

É de se reconhecer, todavia, que a simples menção a tais requisitos, por si só, não basta à individualização da pena. Necessário que sejam analisados à luz do caso concreto, para que o apenado receba a pena mais adequada. Tal entendimento encontra respaldo não apenas doutrinário, mas também jurisprudencial. Assim:

Não responde à exigência de fundamentação de individualização de pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 do CP, quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991).

Com o advento da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 (reforma penal), dentre as circunstâncias integrantes do rol do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade figura como a mais importante, a que ganhou maiores contornos jurídicos, sendo as demais apenas critérios para aferição desta. Esse é o entendimento de grande parte da doutrina. Afirma Mirabete: "menciona-se no art. 59, em primeiro lugar, a culpabilidade do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal" (MIRABETE, 2007).

Deste modo, resta claro que, dentre todas as circunstâncias judiciais verificáveis no rol do art. 59, a culpabilidade constitui a mais significativa. O momento de análise das circunstâncias judiciais subjetivas parece ser um momento propício à perquirição, também, da co-culpabilidade. Isto porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o quantum de censura atribuível ao Estado, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há "divisão" das culpas entre o agente transgressor e o Estado omissor. E, uma vez que a culpabilidade é a circunstância judicial preponderante, ou seja, a que possui maior "peso", caso esteja presente também a co-culpabilidade, esta deve incidir em favor do réu, pugnano pela manutenção da pena no mínimo cominado abstratamente pelo tipo penal. Em outras palavras, ainda que haja, no caso concreto, outras circunstâncias do artigo 59 que sejam prejudiciais ao réu, havendo espaço para a co-culpabilidade, esta deve incidir no caso concreto, determinando-se a pena base através de uma análise ponderada em conjunto com a culpabilidade.

Por isso, a análise das referidas circunstâncias são essenciais para uma apropriada aplicação de pena pelo juiz. Ressalte-se que não basta a simples menção genérica pelo magistrado aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sendo necessária a análise individualizada de cada um deles. Nesse sentido, Rogério Greco expõe:

Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade (GRECO, 2008).

Em seguida, na segunda fase, após a fixação da pena-base, serão levadas em consideração as circunstâncias legais agravantes e atenuantes. Estas estão previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 da parte geral do Código Penal.

São exemplos de circunstâncias agravantes, previstas no arts. 61 e 62 do Código Penal, a reincidência; ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; ou ainda com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio cruel. Acentue-se que estas situações somente vão agravar a pena "quando não constituem ou qualificam o crime", segundo art. 61 do

Código Penal.

Por outro lado, entre as circunstâncias atenuantes, previstas no art. 65 do Código Penal, que podem reduzir a pena, cite-se a idade do agente, ou seja, ser este menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta na data da sentença; ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; ou ainda ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, dentre outras.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, é através do art. 66 do Código Penal que se pode aplicar o princípio da co-culpabilidade, aduzindo que “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

O referido artigo prevê a minoração da pena, pois se trata de uma atenuante inominada, tendo aplicação na segunda fase da dosimetria da pena. Trata-se, portanto, de uma situação inominada e de conteúdo variável. Assim, cabe ao magistrado vislumbrar situações que não estão previstas expressamente, mas que poderão reduzir a pena. Isto significa que o juiz poderá analisar aspectos do delito que estão além do rol trazido pelo Código Penal, em seu art. 65. Dessa forma, tal dispositivo da circunstância inominada permite a análise das peculiaridades do caso em questão, possibilitando uma melhor individualização da pena. Para Damásio de Jesus, “São circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a pena” (JESUS, 2007).

Alberto da Silva Franco explica que “Não se trata, como se refere o texto legal, de uma circunstância fática qualquer, mas, em verdade, de uma circunstância qualificada como relevante, isto é, que se revele importante, valiosa, indispensável no processo de individualização da pena aplicável ao agente”. (FRANCO, 1995) E completa: Sob o abrigo do art. 66 do Código Penal, foi criada a fórmula das chamadas atenuantes inominadas que transformaram as hipóteses do art. 65 do Código Penal em meras exemplificações de circunstâncias atenuantes.

São exemplos de situações inominadas: o arrependimento do autor da conduta delitativa; a extrema miséria do agente, em se tratando de crime contra o patrimônio; a recuperação do autor depois de cometido o crime e a facilitação para com o trabalho da Justiça.

Acentue-se que as circunstâncias atenuantes, segundo o entendimento majoritário da doutrina, não possibilitam a redução da pena-base, se esta estiver

sido fixada no limite mínimo. É como se posiciona Julio Fabrine Mirabete e Renato N. Fabbrini (MIRABETE, 2009), ao declarar que “ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei”. Postura esta defendida também pelo STJ, através da Súmula de nº 231 no momento em que afirma não ser possível reduzir a pena aquém do mínimo legal diante da existência de uma atenuante.

Relativo a esta terceira etapa de aplicação da pena, a doutrina vislumbra a possibilidade de sua redução abaixo do mínimo legal ou seu aumento para acima do máximo. Ademais, existindo mais de uma causa de aumento ou de diminuição de pena previstas na parte especial do Código Penal, é facultado ao magistrado limitar-se a um só aumento ou diminuição, desde que escolha a causa que mais aumente ou diminua.

Tal entendimento é previsto no art. 68 § único do Código Penal. Observe-se que tal dispositivo atinge apenas as causas previstas na parte especial do Código Penal, ou seja, em se tratando de concorrências de causas estabelecidas na parte geral, sempre acarretarão as devidas agravações ou diminuições das penas, conforme os limites legais.

Outrossim, outro artigo que merece ser analisado é o artigo 187 do Código de Processo Penal, conjuntamente com seu §1º, ambos com redação dada pela Lei nº 10.792/03, que trata do interrogatório do acusado. Assim dispõem:

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

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

Por meio deste artigo se permite ao magistrado reunir dados acerca do contexto social em se encontra o acusado, permitindo, na hipótese de uma futura aplicação da sanção, analisar com mais cuidado e embasamento a reprovação do agente.

Isto é, trata-se de um meio de mesurar, por dados concretos, a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Tocante é o entendimento de Vladimir Stasiak:

[...] Inclusão interessante, que merece destaque, é a necessidade de se perguntar sobre as oportunidades sócias, as quais podem ser entendidas, quando inadequadas e insatisfatórias, como atenuantes inominadas (art. 66 do Código Penal) em eventual condenação. (STASIAK, 2008)

Pelo exposto, se vê que no Brasil existe a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade, em que pese ser ainda de forma muito restrita.

4.2 POSSIBILIDADES DE INSERÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

O princípio da co-culpabilidade possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro através de dispositivos do Código Penal. Ou seja, existem hipóteses em que o legislador poderia alterar o Código Penal em vigor a fim de positivizar a co-culpabilidade.

Conforme explicita Grégore Moura, Vislumbram-se quatro opções, quais sejam: “como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal” (MOURA, 2006). Cabe, portanto, a análise de cada uma delas.

A primeira possibilidade de positivação da co-culpabilidade constitui na sua colocação no art. 59 do Código Penal. Tal dispositivo trata das circunstâncias judiciais, que são consideradas para a fixação da pena-base, fazendo parte, assim, da primeira fase da dosimetria da pena. Dessa forma, a co-culpabilidade poderia vir expressa no mencionado artigo como circunstância judicial. Ou seja, o art. 59 poderia ser acrescentado do seguinte modo: o juiz atendendo também as oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito estabelecerá as penas.

Contudo, essa opção não se mostra viável, pois se a pena-base for fixada no seu limite mínimo, não poderá a co-culpabilidade reduzir a pena. A final de contas, em se tratando de primeira fase do cálculo da pena, não se vislumbra a possibilidade de redução desta para abaixo do mínimo estabelecido em lei. Assim, o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade dessa maneira não é pertinente para sua concretização.

Por outro lado, a segunda forma em que o princípio objeto de estudo tem cabimento no Código Penal é por meio do art. 65. Poderia, então, ser previsto expressamente como uma circunstância atenuante. Ou seja, haveria um acréscimo no rol das atenuantes genéricas do mencionado dispositivo. É aduz Grégore Moura, expondo este que haveria uma “previsão de mais uma alínea no inciso III do citado art. 65 do Código Penal” (MOURA, 2006). Tal previsão tornaria mais forte e sólida a necessidade de aplicação do co-culpabilidade. Entretanto, também esta hipótese não seria eficiente, pois, segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, as atenuantes genéricas não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal. Quer dizer, mesmo sendo aplicada a atenuante genérica da co-culpabilidade, não seria possível reduzir a pena abaixo do limite mínimo.

A terceira possibilidade de inserção o acréscimo de um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, declarando que, conforme Grégore Moura (MOURA, 2006) “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3)” (MOURA, 2006).

Frise-se que se torna necessário que tais circunstâncias sociais e econômicas tenham relação e influência com o delito praticado, a fim de se vislumbrar a co-culpabilidade. Essa positivação para o referido doutrinador consitui a melhor opção. Afinal, torna possível uma maior individualização da pena e uma redução da pena abaixo do mínimo legal.

Por fim, a última proposta apresentada por Gregório Moura diz respeito à inclusão da co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, afinal o comportamento do agente é visto como de culpa exclusiva da inadimplência do Estado. Isto é, a co-culpabilidade aparecia como mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. Contudo, tal hipótese é apresentada somente a título de citação, visto se tratar de proposta em que não se concorda, afinal ela mostra-se contrária à própria ideia defendida pela co-culpabilidade, que é a de culpa compartilhada entre autor da conduta criminosa e o Estado. Ambos, portanto, têm sua parcela de culpa no cometimento do delito, não se tratando, assim, de uma responsabilidade exclusiva do Estado.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, art. 66 do Código

Penal traz em seu bojo a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade. Tal dispositivo refere-se à atenuante inominada, ou seja, torna possível que uma situação, mesmo não prevista expressamente no rol do art. 65 do Código Penal, atenua a pena, desde que relevante, anterior ou posterior ao delito.

Abre-se a oportunidade para uma circunstância não especificada pelo legislador interferir na fixação da pena pelo juiz. Sobre o art 66, Paulo José da Costa Junior (COSTA JUNIOR, 2007) expõe:

[...] Em cada conduta humana faz-se sentir o imponderável, enquanto a miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir. Nenhuma lei será, pois, capaz de prever, de catalogar, definir e sistematizar os fatos que irão desencadear-se na realidade fenomênica futura. [...] Poderá o magistrado, ao considerar ângulos não previstos, reduzir a sanção de molde a adequá-la à culpabilidade do agente. Não se dispensa, todavia, o juiz de motivar suficientemente a decisão. (COSTA JUNIOR, 2007)

A partir do referido artigo, se observa que o princípio da co-culpabilidade, mesmo não previsto expressamente, constitui causa relevante anterior ao crime, que acaba por exercer influência no seu cometimento.

Desta forma, através deste dispositivo, o magistrado ao analisar o caso concreto poderá fundamentar sua decisão de diminuição da pena.

4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO

É de se ressaltar que o princípio da co-culpabilidade está positivado em vários países, até mesmo na América Latina, como exemplo Argentina, Equador, Paraguai, Bolívia, México e Peru, verifica-se que pela semelhança histórica estes países sofrem como o Brasil de uma grande desigualdade social o potencializa a prática de crimes contra o patrimônio, demonstrando a falha estatal no oferecimento dos seus cidadãos que continuam a margem da lei.

4.3.1 Direito Argentino

O ordenamento jurídico argentino, considerado como a fonte originária da teoria da co-culpabilidade, possuindo também Zaffaroni como um de seus maiores doutrinadores, traz em seu Código Penal os seguintes dispositivos:

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

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

1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Observado os referidos artigos, se deduz que a co-culpabilidade pode ser usada tanto para atenuar, como para agravar a pena, tendo em vista que lá a pessoa que teve as melhores oportunidades de vida, instrução, cultura, etc para seguir os ditames da lei e a viola, tem sua pena agravada em razão desta circunstância, pois deste cidadão se exige um conduta irreprochável perante o direito, já com relação aquele cidadão que se encontra a margem da sociedade, o Estado afere sua responsabilidade e impõe uma reprimenda mais branda em razão de reconhecer a sua falha com o cidadão.

4.3.2 Direito Penal Boliviano

Os artigos 38 e 40 do Código Penal Boliviano trazem as circunstancias atenuantes da pena. Vejamos:

Art. 38 – CIRCUNSTANCIAS

Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

La edad, la educación, los costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica e social

Art. 40 – ATENUANTES GENERALES

Podrá también atenuarse la pena:
 Cuando el autor há obrado por motivo honorable, o impulsado por
 la miseria. [...]

Tal disposição legal é um reconhecimento estatal de suas próprias falhas ao não promover a inclusão social de seus cidadãos, demonstrando o Código Penal boliviano, a importância do reconhecimento do princípio da co-culpabilidade na fixação da pena. Percebe-se que ao mencionar a situação de miserabilidade do sujeito, o artigo 38 quis trazer maior segurança para o cidadão dando a certeza de sua relevância na aplicação da pena.

Desse modo, o princípio da coculpabilidade é utilizado como uma circunstância judicial para aferir a personalidade do agente. Assim, quando ficar configurado que o cidadão cometeu o crime pela sua condição de miserabilidade será aplicada um atenuante genérica.

4.3.3 Direito Penal Peruano

O Código Penal peruano traz a previsão da co-culpabilidade em seu ordenamento jurídico por meio do artigo 45:

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.
 El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:
 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
 2. Su cultura y sus costumbres; y,
 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Manuel Espinoza entende que neste artigo a legislação penal peruana consagra o princípio da co-culpabilidade, nesses termos: El art. 45° del C.P. consagra el principio “JUS POENALI” de la “COCULPABILIDAD” de la sociedad y del Estado en la comisión del delito, como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; (ESPINOZA, 2008)

O princípio da coculpabilidade, assim, é um pressuposto para fundamentar e determinar a pena, levando em consideração principalmente a carência social do agente, como forma de aplicação de uma pena justa.

4.3.4 Direito Penal Equatoriano

No Equador, o princípio da coculpabilidade somente tem aplicação nos crimes contra a propriedade, sendo utilizada também como atenuante da pena, na forma do artigo 29, inciso 11 do Código Penal do Equador

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de La infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto AL acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en La sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

11o.- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción;

4.3.5 Direito Penal Mexicano

O princípio da coculpabilidade no México é aplicado como circunstância judicial, sendo analisada na primeira fase da aplicação da pena, quando fixará a pena base do agente, levando em consideração fatores como educação, idade, costumes e condições sociais e econômicas do criminalizado, na forma do artigo 52, inciso V do Código Penal Mexicano. A distinção da aplicação do princípio neste país é a aplicação também nas medidas de segurança, fato peculiar desta nação, tendo em vista que geralmente nas medidas de segurança não se analisam as causas agravantes e atenuantes, mas sim a necessidade da medida, em razão da falta de discernimento do indivíduo, aplicando o critério psicológico.

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo em cuenta: V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.

4.3.6 Direito Penal Colombiano

No direito colombiano princípio da coculpabilidade tem grande significado, pois além de permitir que a pena seja atenuada nos casos que envolve cidadão à margem da lei, em determinadas situação excepcionalíssimas permite, inclusive, a exclusão da responsabilidade do cidadão quando a prática do crime contra o patrimônio seja inferir a sexta parte do salário mínimo Colombiano, conforme dispõe o artigo 56 do Código Penal Colombiano:

ARTÍCULO 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Em se analisando as demais legislações, parece ser o artigo que mais se adéqua à aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade, em razão da sua própria redação, no qual a diminuição da pena é considerável.

4.4A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Grande parte dos julgados dos Tribunais de Justiça repudia a ideia de aplicação do principio da co-culpabilidade pelos mais diversos motivos, mas em especial pela falta de interpretação e positavação deste principio. Tem-se como exemplo os seguintes julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. ARTIGO 112 DA LEP COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. ANÁLISE DOS EXAMES PSICOSSOCIAIS CONSTANTES DOS AUTOS PARA AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE, DIANTE DO PRINCÍPIO DOLIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. SÚMULA N.º 439 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N.º 26. A nova redação do artigo 112 da LEP não elenca literalmente o exame psicossocial como requisito para a concessão da progressão de regime, nem para livramento condicional, mas também não o suprime objetivamente, portanto, numa interpretação sistemática do ordenamento processual vigente, pode o juiz se valer das provas contidas nos autos e determinar a realização do referido laudo para averiguar as condições pessoais e o mérito do apenado para a progressão do regime carcerário ou livramento condicional, formando sua convicção, na forma dos artigos 155 e

182 do Código de Processo Penal. Na espécie, as condições subjetivas do agravante são por demais desfavoráveis à progressão de regime, é o que se denota das avaliações constantes dos autos nas fls. 19/20 e 21/22, não podendo o juiz se furtar de analisá-las, apenas por entender que, pela nova legislação, basta o atestado de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. O princípio da co-culpabilidade não é aplicado para fins de progressão de regime, por falta de previsão legal e porque não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois presente o crime em todas as camadas sociais. AGRAVO DESPROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Nesse julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não se aplicou o princípio da co-culpabilidade sob o argumento de que este não teria previsão legal.

PENAL. LESÕES CORPORAIS. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. LAUDO PERICIAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL VIAS DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. 129§ 9º CÓDIGO PENAL. NÃO MERECE ACOLHIMENTO A TESE DA AUSÊNCIA DE PROVAS, QUANDO O CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NOS AUTOS DEMONSTRA DE MODO INEQUÍVOCO A PRÁTICA DO CRIME. 2. NÃO PODE SER ACOLHIDA A ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO LAUDO PERICIAL QUANDO NÃO DEMONSTRADA NO QUE CONSISTIRIA TAL VÍCIO E A CONDENAÇÃO HOUVER SIDO DECRETADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA PRODUZIDOS NO PROCESSO. 3. CONFIGURADA A PRÁTICA DE CRIME DE LESÕES CORPORAIS, NÃO PODE A CONDUTA SER DESCLASSIFICADA PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. 4. CONFORME REMANSOSA JURISPRUDÊNCIAS, A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NÃO É ACEITA PELA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA, UMA VEZ QUE A FALTA DE OPORTUNIDADE NÃO AUTORIZA O CIDADÃO A COMETER CRIMES NEM OS JUSTIFICA. 5. CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME. (segunda turma recursal dos juizados especiais civis e criminais do D.F., 2008)

Outrossim, no julgado apresentado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal não se aplicou o princípio da co-culpabilidade ao argumento de falta de consenso na doutrina penal, que na visão do magistrado, é razão suficiente para desconsiderar a real situação do caso concreto.

De outro lado, temos também casos onde a jurisprudência brasileira, tem acolhido o princípio da co-culpabilidade em seus julgados. Vejamos.

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2000).

A co-culpabilidade, neste caso, foi aplicada mediante circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, inserida, assim, na primeira fase de dosimetria da pena. No julgado, foi levado em consideração a vulnerabilidade social do agente, razão pela qual foi aceita a co-culpabilidade.

Furto em residência. Concurso de agentes. Materialidade e autoria comprovadas. Fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. [...] Juízo condenatório mantido. Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP. Réu semialfabetizado. Instituto da co-culpabilidade. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Já aqui, a co-culpabilidade foi acolhida por intermédio da atenuante genérica inominada do art. 66 do Código Penal, inserida na segunda fase de aplicação da pena. De fato, o julgador, mediante as peculiaridades do caso, reconheceu a co-culpabilidade como fato relevante anterior ao crime, merecendo o condenado, portanto, a atenuação da pena.

Segue outro julgado em que o princípio da co-culpabilidade foi acolhido, havendo o reconhecimento de que o fracasso ao acesso a direitos tidos como fundamentais como à educação, saúde, moradia do acusado é também de responsabilidade do Estado.

Ementa: Roubo – Concurso – Corrupção de menores – Co-culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de bis in idem – Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei nº 2.252/ 54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática do delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – Réu. Recurso improvido, com louvor à juíza sentenciante. (16 fls.). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2001)

Pelo exposto, analisado os princípios constitucionais penais que se relacionam com o tema do presente trabalho, bem como o conceito do princípio da co-culpabilidade e sua relação com a vulnerabilidade, com o estudo sobre sua aplicabilidade no ordenamento estrangeiro e pátrio, assim como trazendo entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, finaliza-se, assim, o presente trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratando-se de divisão de responsabilidade pelo delito entre o agente da prática criminosa e o Estado em virtude da omissão deste em implementar as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos, o princípio da co-culpabilidade reflete a necessidade de constitucionalização e humanização do Direito Penal.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da co-culpabilidade esta inserido de forma implícita, contudo deveria ser tratado da mesma forma, e partindo dos mesmos pressupostos quando da aplicação dos demais princípios existentes nos ordenamento jurídico, já que, como o direito penal visa proteger o cidadão, nada mais justo utilizar este princípio para proteger aquele que foi tratado de forma desigual, não tendo condições de se igualar socialmente com o modelo de “homem médio” inserido na sociedade e previsto no dispositivo legal pelo artigo 5º e inciso I da Constituição Federal.

Uma das facetas da inserção do princípio da co-culpabilidade seria justamente o fato de concretizar o Direito Penal como garantidor de princípios constitucionais, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Afinal, o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade concretiza a almejada igualdade material, no momento em que se vislumbra um tratamento diferenciado, porém justificável, na dosimetria da pena para autores de práticas criminosas vulneráveis que têm sua autodeterminação limitada.

Assim, não se podem tratar os cidadãos como se iguais fossem, pois o Estado em alguns casos, e para algumas classes específicas é omissor, tratando um grupo determinado de pessoas de forma igual apenas em tratamento punitivo, esquecendo sua capacidade de autodeterminação.

Fato, as circunstâncias sociais influenciam diretamente o âmbito de determinação do indivíduo, de modo que tal aspecto deve ser considerado quando da aplicação de uma sanção a este pelo cometimento de um delito.

Nesse caso, a grande desigualdade que domina no nosso país é indiscutível. As oportunidades oferecidas a algumas pessoas não são oferecidas a outras, não cumprindo o Estado suas funções, deixando à margem da sociedade um número elevado de cidadãos.

Percebe-se que o sistema penal, embora se declare igualitário, age de forma seletiva, desde a criação de tipos legais, passando pela agência policial e, por fim, na agência judicial. Pela incapacidade operacional do sistema penal, tão somente alguns tipos de delitos e alguns indivíduos são alcançados pela ação destas agências.

Nesta conjuntura, origina-se o princípio da co-culpabilidade, isto é, de repartição de responsabilidade pela sociedade (Estado) pelo ato criminoso, tendo em vista que aquela tenha negado as oportunidades com as quais ofereceu a outras pessoas.

Assim, surgiu a culpabilidade pela vulnerabilidade do indivíduo, a fim de se dar efetividade ao perseguido tratamento isonômico pelo Estado, à medida que considera a reprovação pelo cometimento do delito por um perspectiva mais concreta da realidade.

Ressalte-se, que a aplicação do princípio da co-culpabilidade apresenta-se plenamente possível, tanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como no Direito Penal brasileiro. Neste, há dispositivos no Código Penal mediante os quais se torna possível a aplicação do princípio objeto de estudo. Destaca-se a inserção deste como circunstância inominada do art. 66 do Código Penal, em que se vislumbra a possibilidade de uma circunstância, mesmo não especificada pelo legislador, que possa atenuar a pena. Ainda constitui-se como outra hipótese de aplicação a introdução do referido princípio no art. 59 do Código Penal, apresentando-se expressamente no mencionado artigo como circunstância judicial, estabelecendo, assim, o juiz a pena com atenção às oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito.

Ao final, como se vislumbra na jurisprudência pátria, a co-culpabilidade tem sido abordada e conhecida de forma muito escassa, sendo ainda um tema pouco debatido e conhecido. E da pouca abordagem que se tem visto sobre o tema, na maioria das vezes tem sido refutada, porém com fundamentação e aprofundamento muito tímidos, mostrando, desse modo, o pouco conhecimento dos julgadores a respeito da questão em análise.

Destarte, a inserção da co-culpabilidade é um importante instrumento para privilegiar os princípios constitucionais fundamentais, confirmando a inadimplência do Estado e da sociedade no cumprimento de suas obrigações de promover o bem comum e reduzir as desigualdades sociais, sendo um verdadeiro direito subjetivo

público do acusado, constituindo mais um direito fundamental do cidadão, possibilitando maior efetividade ao sistema penal.

Isto posto, pela grande relevância do conteúdo de justiça social que o presente tema se apresenta, contudo com pouca referência bibliográfica, é necessário o aprofundamento dos debates e estudos sobre o tema, para que o campo de atuação se torne cada vez mais acessível.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONFIM, Edílson Mougénot & CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Código (1941). **Código de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Código (1941). **Código Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Bruno, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo 2: fato punível. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

_____, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

COSTA JR., Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 9. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007.

Fragoso, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
FRANCO, Alberto da Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOURLART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002

_____. **Curso de direito penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
 Jesus, Damásio E. de. **Direito Penal:** parte geral. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
 MIRABETE, Julio Fabrine; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** 25. ed.
 São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Julio Fabrinini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** parte
 geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. – São
 Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Impetus, 2006.
 Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 7. ed. São Paulo:
 Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** a nova parte geral. Rio de Janeiro:
 Forense, 1985

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Barcelona: Bosch,
 1975.

SPOSATO, Karyna Batista. **Culpa & castigo: modernas teorias da culpabilidade e
 limites ao poder de punir.** In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI, 2008,
 Salvador. **Anais do CONPEDI,** 2008.

Teles, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral I.** ed. São Paulo: Editora de Direito,
 1996.

TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E CRIMINAIS DO D.F., nº
 20061010083532, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 15/07/2008,
 segunda turma recursal dos juizados especiais civis e criminais do D.F.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Agravo Nº 70047398979,
 Relator: Isabel de Borba Lucas, Oitava Câmara Criminal, Julgado em 21/03/2012.

_____, Embargos infringentes nº
 70000792358, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000.

_____, Apelação criminal nº
 70013886742, Relator: Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 20/4/2006.

_____, Apelação Crime nº
 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado
 em 21/03/2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana.** Buenos Aires:
 Hamurabi, 1981.

_____, Eugenio Raúl; Volume 1: parte geral/, Eugenio Raúl Zaffaroni. Jose Henrique Pierangeli – 8° ed. Ver. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.