



**UNIVERSIDADE
FEDERAL de JUIZ de FORA
FACULDADE DE DIREITO
LUIZA PEREIRA BELLEI GOMES**

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO

PENAL: uma abordagem crítica do panorama social brasileiro

Juiz de Fora

2016

LUIZA PEREIRA BELLEI GOMES

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO
PENAL: uma abordagem crítica do panorama social brasileiro**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Dra. Ellen Rodrigues.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUIZA PEREIRA BELLEI GOMES

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO

PENAL: uma abordagem crítica do panorama social brasileiro

Monografia apresentada 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:

Orientadora: Prof^ª. Dra. Ellen Rodrigues.
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Tatiana Paula Cruz
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à todos aqueles que contribuíram para sua realização, principalmente aos meus pais e aos meus amigos, que me incentivaram e permaneceram ao meu lado durante todo o tempo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus por permitir que eu conclua mais uma etapa de minha jornada.

À Professora Ellen Rodrigues, pela sabedoria e determinação com que me orientou durante a realização deste trabalho.

Agradeço também aos meus amigos, demais professores e à minha família por terem ajudado na construção desta Monografia.

RESUMO

Esta monografia tem como tema a co-culpabilidade, princípio este que não se encontra expresso no ordenamento jurídico pátrio, e sua possível aplicação como causa de exclusão da culpabilidade. Para tanto, em um primeiro momento aborda o conceito de culpabilidade como elemento integrante do crime, imprescindível para melhor compreensão do assunto discutido. Em seguida, trata da teoria e conceito da co-culpabilidade, bem como sua origem histórica. Neste passo, almeja-se abordar a dificuldade de seu reconhecimento, em razão de ser um princípio implícito, o que causa injustiças, uma vez que pessoas miseráveis que se encontram em situações fáticas diferentes são repreendidas de forma mais rigorosa do que a minoria abastada da sociedade. Trata-se de uma parcela significativa da sociedade que não tiveram as mesmas oportunidades da classe burguesa, e encontraram no crime o caminho desviado para obterem os bens da vida que um capitalismo exacerbado oferece. A co-culpabilidade tenta minimizar esta desigualdade proporcionando atenuações de penas a esses indivíduos, transferindo parcela de culpa a sociedade por não ter cumprido com os objetivos e fundamentos da Constituição Federal de 1988, encontrados, mais especificamente, em seu art. 6º. Por fim, a pesquisa analisa a possibilidade de aplicação de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro como causa de exclusão de culpabilidade ou como causa de diminuição de pena daquele que age mediante determinadas condições sociais.

Palavras-chave: Co-culpabilidade; Vulnerabilidade; Autodeterminação; Isonomia; Exclusão de culpabilidade;

ABSTRACT

This monographic research main theme is the co-culpability, principle that cannot be expressly found in Brazil's law, and it's application as a cause of exclusion of guilt, by excluding the culpability of those who commit crimes under certain circumstances. To reach this objective, addresses the co-culpability concept as a criminal element, indispensable to the understanding of the subject. Then, looks to the theory and to the concept of co-culpability, as it's origins and theoretical evolution. In this line, it aims to reach the difficulty to recognize the principle in our country, due to be an implicit principle, which causes many injustice, once miserable people who finds themselves in factual different situaions are reprimanded strictly than the wealthy part of society. This is a significant portion of society that did not have the same opportunities of the bourgeois class, and found the crime the easiest way to obtain the goods of life that an exacerbated capitalism offers. The co-culpability tries to minimize this inequality providing mitigations of penalties to these individuals transferring portion of the guilt to blame society for not complying with the objectives and foundations of the Federal Constitution of 1988, found more specifically in its art. 6. Finally, the research analyzes the applicability of this principle in the Brazilian legal system as a cause of culpability exclusion of one who acts under certain social conditions or as a cause of reduction of sentence.

Keywords: *Co-culpability. Vulnerability. Self-determination. Equality. Culpability exclusion;*

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Distribuição da riqueza pelo mundo	11
Figura 2 – Faixa etária das pessoas privadas de liberdade	45
Figura 3 – Raça, cor ou etnia	45
Figura 4 – Escolaridade da população prisional	46
Figura 5 – Número de filhos das pessoas privadas de liberdade	47
Figura 11 – Distribuição de crimes tentados/ consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade	50
Figura 12 – Tempo total de pena da população prisional condenada	50

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 (figura 6) – Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	47
Tabela 2 (figura 7) – Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	48
Tabela 3 (figura 8) – Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	48
Tabela 4 (figura 9) – Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	49
Tabela 5 (figura 10) – Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	49

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE	13
1.1 A culpabilidade como elemento do crime e como princípio	15
1.2 Conceito de co-culpabilidade.....	25
1.3 A co-culpabilidade às avessas	29
1.4 As contribuições das teorias criminológicas estruturais-funcionalistas para a interpretação da co-culpabilidade – A teoria de Robert Merton	32
2 A CO-CULPABILIDADE NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	36
2.1 A co-culpabilidade e a política criminal	38
2.2 O panorama do ordenamento jurídico brasileiro	43
2.3 O panorama do sistema prisional brasileiro.....	45
2.4 O princípio da co-culpabilidade nos Tribunais brasileiros	52
3 POSSIBILIDADES DE RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	58
3.1 Dosimetria da pena	58
3.2 Co-culpabilidade como atenuante e como atenuante genérica	61
3.3 Co-culpabilidade como causa de diminuição de pena	62
3.4 Co-culpabilidade como circunstância judicial	64
3.5 Co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade (responsabilidade penal).....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade ou como causa de diminuição de pena, bem como seus objetivos, suas finalidades e consequências, além de uma descrição e análise das demais possíveis aplicações da co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, explicitando o papel garantidor do Estado Social Democrático de Direito e como este não está sendo cumprido no Brasil, relacionando tal omissão com o cometimento de determinados crimes.

Parte-se da ideia de que é de conhecimento público e notório que a sociedade brasileira é marcada pela desigualdade social, uma vez que o Estado não favorece a todos os seus membros com iguais oportunidades e chances de desenvolvimento, visto que grande parte da população cresce e vive em um ambiente social desfavorecido, caracterizado pela presença de cidadãos sem moradia digna, alimentação e sem acesso às outras necessidades básicas asseguradas pela Constituição Federal de 1988 a todos os brasileiros, indistintamente. Esta parte considerável da população brasileira é tratada de forma discriminatória pelo sistema penal, como pode-se perceber através de dados fornecidos pelo DEPEN, que informa as características primordiais daqueles que compõem o sistema carcerário, levando-nos a crer até mesmo na criação do estereótipo de delinquente, tendo em vista a repetição de perfis criminosos.

Desta forma, buscam-se possibilidades para que estes efeitos extremamente nocivos aos cidadãos e à igualdade entre os mesmos, provocados pela falta ou pela precária prestação das necessidades básicas e até mesmo vitais à população em geral por parte do Estado sejam minimizados, sendo uma das formas de compensar a população por este tratamento incongruente a aplicação do Princípio da Co-culpabilidade, o qual poderá proporcionar a aproximação da almejada isonomia material dos indivíduos em sociedade seguindo a lógica aristotélica, de acordo com a qual o tratamento diferenciado aos desiguais seria dado para que a igualdade seja novamente restabelecida.

Com isso, tem-se que no juízo de censura da conduta delituosa, determinado através da culpabilidade, devidamente abordado em capítulo próprio, devem ser observados vários fatores, inclusive a responsabilidade do Estado nos crimes cometidos por seus cidadãos, ante a ausência de oportunidades e assistência oferecidas ao mesmo, devendo, assim, tal juízo de responsabilidade do agente por sua conduta ser mensurado de acordo com o caso concreto.

A hipótese aqui defendida como solução para o conflito gerado pela precária prestação dos deveres Estatais seria, em alguns casos, a absolvição do autor de um fato típico e ilícito, se sujeito à situações de exclusão social, e à depender do fato cometido; e, em outros casos, a utilização do Princípio como causa de diminuição de pena (minorante). Tal proposta de utilização da co-culpabilidade como causa de excludente de culpabilidade se aproxima das teorias defendidas por Juan Bustos Ramírez, Raúl Zaffaroni e Robert Merton.

A metodologia utilizada na execução da presente pesquisa é a combinação da análise jurídica, sociológica e cultural dos fatos, visando integrar o Direito Penal e a estrutura social, dando maior efetividade às normas criminais, uma vez que se propõe uma releitura da culpabilidade à luz da estrutura social sob a qual vigora, visando maior adequação dos ditames institucionais, os quais devem atingir à todas as camadas.

Para desenvolver tal pesquisa, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, analisar-se-á a culpabilidade como elemento integrante do crime e como princípio, e em seguida será abordada a teoria e conceito da co-culpabilidade, bem como sua origem histórica e outras teorias que estão estritamente ligadas ao Princípio da Co-culpabilidade, como a Teoria da Anomia de Merton e a co-culpabilidade às avessas. Já no segundo capítulo será abordado o Princípio da Co-culpabilidade à luz da Constituição Federal de 1988, bem como a abordagem do tema perante os Tribunais nacionais, demonstrando a questão da resistência na aceitação da co-culpabilidade, ligando o assunto ao panorama do sistema prisional brasileiro e as características predominantes da população carcerária, o que será demonstrado inclusive através de dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), que salientam as características preponderantes daqueles que preenchem o sistema prisional brasileiro. Por derradeiro, no terceiro capítulo, serão abordadas as possibilidades mais viáveis de inserção do Princípio da Co-culpabilidade no sistema jurídico brasileiro, demonstrando a relevância jurídica e social da consolidação do Princípio da Co-culpabilidade no ordenamento pátrio.

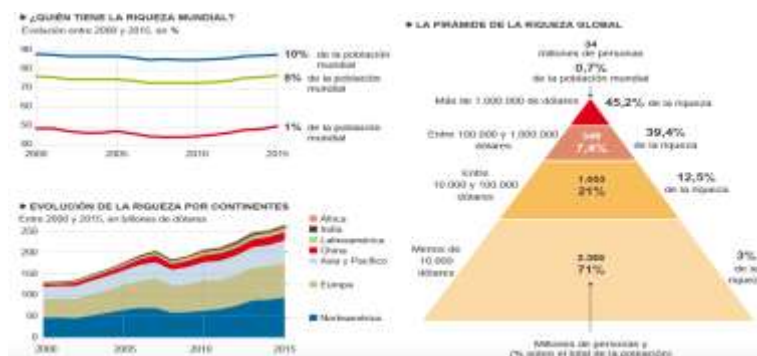
1 - O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Em um relatório da ONU (Organização das Nações Unidas) lançado em Julho de 2010¹, o Brasil aparece como o terceiro pior índice de desigualdade social no mundo, e, em se tratando da diferença entre ricos e pobres, fica atrás no ranking apenas de países muito menores e menos ricos, como Haiti, Madagascar, Tailândia, dentre outros. A ONU mostra ainda, nesse estudo, como principais causas de tanta desproporcionalidade social, a falta de acesso à educação de qualidade, uma política fiscal injusta, baixos salários e dificuldade da população em desfrutar de serviços básicos oferecidos pelo Estado, como saúde, transporte público e saneamento básico, mesmo com a Constituição Federal e diversos códigos e estatutos assegurando tais prerrogativas, a realidade ainda é distante do que a Lei Maior almeja alcançar.

Desta forma, não se pode afirmar que todos os brasileiros crescem e vivem em um ambiente social equilibrado, isto é, com moradia digna, alimentação adequada, trabalhos lícitos e rentáveis, capazes de cobrir os gastos com as necessidades basilares de cada indivíduo e de sua família, como acesso à educação e a serviços de saúde, tendo em vista a realidade de um país em desenvolvimento, do qual fazem parte.

A discrepância social que afeta não apenas o Brasil, mas todo o mundo na atualidade é notória, sendo um dos maiores empecilhos ao desenvolvimento social, principalmente no que diz respeito aos países em desenvolvimento, como pode-se verificar no quadro abaixo²:

Ilustração 1 Distribuição da riqueza pelo mundo.



Tendo em vista esse processo de exclusão social gerado pela desigualdade em relação às camadas sociais da sociedade contemporânea, Zaffaroni, em sua obra “Em Busca das Penas Perdidas”, desenvolveu a Teoria da Co-culpabilidade, que introduz ao Direito, de certa forma, os

1 Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/redu%C3%A7%C3%A3o-da-desigualdade-no-brasil-est%C3%A1-no-caminho-certo-diz-representante-da-onu/a-18091071>>. Acesso em 18 jun. 2016.

2 *Informe sobre riqueza global 2015 de Credit Suisse*. Disponível em: <http://elpais.com/elpais/2015/10/13/media/1444754300_420807.html>. Acesso em 18 jun. 2016.

ideais difundidos por Jean Paul Marat³, um médico que viveu na França no final do século XVIII, época em que houve o declínio da monarquia absolutista e a ascensão da classe burguesa, acarretando na Revolução Francesa.

Para Marat, os indivíduos marginalizados da sociedade, e que, portanto, não possuíam seus direitos fundamentais garantidos por lei, não seriam obrigados a respeitar a legislação, nem suscetíveis de padecerem às suas sanções. Neste sentido:

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino (...) Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidade e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades (...) Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis⁴.

Em suma, para Marat⁵, apenas depois de cumpridas todas as obrigações com os seus cidadãos é que seria o Estado capaz de punir os que infringem suas leis. Afirma, ainda, que se fosse realizada uma investigação sobre a vida daqueles que cometem delitos excessivamente, se poderia constatar que tais pessoas foram privadas dos direitos assegurados aos cidadãos, e prestados pelo Estado, para que fosse possível viver de forma digna.

Marat traz, também, o seguinte pensamento:

Não basta que as leis sejam justas, claras e precisas; é necessário propiciar os melhores meios para que sejam respeitadas. Nos mais sábios governos da antiguidade aperfeiçoar a natureza humana era o maior objetivo do legislador; também esforçava-se ele para transmitir os melhores costumes aos cidadãos e inspira-los desde a infância ao amor à virtude. Nos governos modernos, parece que o legislador considerou mais a repressão aos crimes que destroem a sociedade. Antigamente, se a justiça tinha em uma mão a espada, na outra, tinha as coroas. Hoje, armada somente com a espada, a justiça não faz mais que ameaçar, mantém o poder e abandona o coração⁶.

3 MARAT, Jean Paul. Plano de Legislação Criminal. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790]. p. 74-90.

4 Ibidem. p. 75.

5 Ibidem. p. 75.

6 Ibidem. p. 84

Assim, em quase todos os países o próprio governo acaba por obrigar os pobres a cometerem crimes, uma vez que retira deles meios e oportunidades de subsistência, e, como se não bastasse, os obriga ainda a defender e preservar a posse do rico, a pretexto de defender-se a ordem estatal. Porém, não pode o Legislador, assim como o aplicador da Lei, castigar aqueles que cometem crimes em tais circunstâncias, antes de reparar as injustiças a eles cometidas pelo Estado. Isso pois, examinando aqueles cuja vida é excessivamente criminosa, constata-se que quase sempre se tratam de homens que não tiveram oportunidades de estudo⁷.

Ainda, para Jean Paul Marat:

Tenho dito que ao mesmo delito deve inflingir-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 as 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 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 penas⁸.

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, fator este que influi diretamente no grau de reprovabilidade da conduta delituosa dos mesmos, que se viram impelidos pelas mais diversas razões.

1.1 A Culpabilidade como Elemento do Crime e como Princípio

Inicialmente, para Zaffaroni e Pierangeli⁹, assim como para grande parte da doutrina brasileira, a culpabilidade pode ser entendida como “a reprovabilidade do injusto do autor”. Essa reprovação ocorre pois o autor da conduta não se motivou na norma de Direito para conduzir o seu agir, sendo-lhe exigível que se motivasse por ela. Desta forma, um injusto, ou seja, uma conduta

7 MARAT, Jean Paul. Plano de Legislação Criminal. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790]. p79-80-82

8 Ibidem. p. 88-89-90.

9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 521.

típica¹⁰ e ilícita¹¹, somente seria culpável quando fosse reprovável ao autor a realização da conduta porque não se motivou na norma, sendo possível que nela se motivasse.

Desta maneira, a culpabilidade pode ser vista como a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, quando cometido o injusto por alguém que poderia determinar-se de acordo com a norma, sendo-lhe exigível essa conduta na situação concreta, e assim não o faz.

Zaffaroni e Pierangeli ainda nos trazem a seguinte ilustração:

Assim, se um sujeito de certo grau de instrução e de posição social furta um anel numa joalheria, sem que ninguém o obrigue a isto, ou o ameace, e sem estar mentalmente enfermo, dizemos que esse sujeito podia motivar-se na norma que proíbe furtar, e que lhe era exigível que nela se motivasse, porque nada o impedia. Por esta razão lhe reprovamos o injusto, concluindo que sua conduta é culpável, reprovável¹².

Assim, a culpabilidade, de acordo com Welzel:

Culpabilidad es la reprochabilidad de la formacion de voluntad. El autor hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lugar de la voluntad antijurídica de acción, sea que esta tienda dolosamente a la concrecion de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección finalista impuesta¹³.

Porém, cumpre-nos, aqui, destacar que a visão da culpabilidade como “reprovabilidade” da conduta do agente, não mais vem satisfazendo certa parte da doutrina, como nos mostra Zaffaroni em sua obra “Em Busca das Penas Perdidas”, visto que a seletividade do sistema penal, e a reprodução da violência subtraem-lhe todo o sentido ético¹⁴.

Isso, pois é “responsável” por sua conduta quem pode compreender as consequências de seu comportamento e, desta forma, de corrigi-lo conforme o que está estabelecido em Lei, respeitando-a. Um resultado, desta maneira, deve ser imputável a alguém quando se reconhece sua livre decisão como causa¹⁵.

10 Conduta típica – partindo da ideia de que “Tipo Penal” é o conjunto de elementos do fato punível descrito na Lei penal, a conduta típica pode ser caracterizada como uma ação que se adéqua à tal descrição atribuída pela Lei. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. Desta forma, Os componentes de um fato típico são a conduta humana, a consequência dessa conduta, o nexos causal, e, por fim, a tipicidade atribuída pela Lei. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15.ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303/304)

11 Conduta Ilícita – de acordo com Jescheck, citado por Bittencourt, a antijuridicidade da conduta é a contradição da ação com uma norma jurídica. A reforma de 1984 adotou “ilicitude” como novo termo para a expressão “antijuridicidade”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15.ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 345/346).

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 521.

13 WELZEL Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 152.

14 Ibidem. p. 152.

15 Ibidem. p. 265.

Desta forma, pode-se chegar à conclusão de que uma pessoa que nasceu e cresceu em um ambiente no qual vê-se de maneira clara a falta de pressupostos fundamentais para o desenvolvimento digno do ser humano, como, por exemplo, moradia, escola, oportunidades de trabalho, lazer, cultura, etc., sendo isso ocasionado por omissão do Estado ao cumprir com suas obrigações constitucionais, que o grau de responsabilidade de tal indivíduo ao cometer o delito é reduzido em relação ao sujeito que comete o crime compelido por motivos fúteis ou torpes, ou mesmo quando o faz sem a necessidade real de subsistência, uma vez que, devido ao meio social em que foi criado, pode, por sua cultura, não compreender a ilicitude de seu comportamento, ou, por outras vezes, agir guiado pela extrema necessidade.

Assim, o judiciário deveria agir de forma a excluir a culpabilidade daqueles que possuem um grau reduzido de responsabilidade ao agir, devido às condições desencadeadas pelo próprio agir estatal.

A culpabilidade possui, ainda, três elementos que a compõem, requisitos estes que implicam na: possibilidade de o agente compreender a ilicitude de sua conduta; que as circunstâncias sob as quais agiu não lhe tenham reduzido a capacidade de autodeterminação; e além disso, exige-se que a possibilidade de o agente se motivar na norma encontre-se acima do limite mínimo de exigibilidade¹⁶. Desta forma, pode-se extrair três elementos:

A) Imputabilidade: Trata-se da capacidade do agente de entender e querer realizar a conduta delituosa. A causa de exclusão da imputabilidade encontra-se no art. 26 do Código Penal, que nos traz o seguinte rol de inimputáveis: portadores de doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa oriunda de caso fortuito ou força maior.

B) Potencial consciência da ilicitude: Para que se reconheça a consciência da ilicitude da ação no agente, basta que ele tenha condições suficientes para saber que o fato praticado estava juridicamente proibido e que é contrário às normas mais elementares que regem a convivência. No Direito Penal Brasileiro, existe apenas uma excludente de ilicitude, qual seja, o erro de proibição¹⁷. Tal requisito da culpabilidade se relaciona intimamente com o Princípio da Co-culpabilidade, pois, tendo o sujeito ativo do crime internalizado valores diferentes devido a precária prestação estatal disponibilizada a ele, não poderia esse mesmo Estado exigir-lhe outra consciência a respeito da ilicitude de suas ações.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.530

17 Normatizado no direito penal brasileiro pelo artigo 21 do Código Penal, o erro de proibição é erro do agente que acredita ser sua conduta admissível no direito, quando, na verdade ela é proibida. Sem discussão, o autor, aqui, sabe o que tipicamente faz, porém, desconhece sua ilegalidade. Concluimos, então, que o erro de proibição recai sobre a consciência de ilicitude do fato. O erro de proibição é um juízo contrário aos preceitos emanados pela sociedade, que chegam ao conhecimento de outrem na forma de usos e costumes, da escolaridade, da tradição, família etc. (Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297341/erro-de-proibicao>>. Acesso em 16 jun. 2016)

C) Exigibilidade de conduta diversa: Caso se entenda culpabilidade como responsabilidade, ela somente existiria na conduta do agente se no caso concreto se pudesse exigir dessa pessoa comportamento diverso.

A ideia de “inexigibilidade de conduta diversa”, inicialmente, se relaciona com o Princípio da Co-culpabilidade uma vez que, diante de uma situação de miserabilidade decorrente da ausência de assistência por parte do Estado, que deveria oferecer as condições mínimas de sobrevivência aos seus cidadãos, o indivíduo acaba por cometer crimes para suprir suas necessidades básicas. Dessa maneira, deve o Estado arcar com uma parte da responsabilidade jurídica da ocorrência do delito.

São excludentes da exigência de determinada conduta conforme a norma a “coação moral irresistível” e a “obediência hierárquica”.

Para Bustos Ramírez, a inexigibilidade ou a exigibilidade são explicados da seguinte forma:

La exigibilidad de la conducta es un elemento esencial de la responsabilidad, pues si así no fuera el poder del Estado se convertiría en pura arbitrariedad y autoritarismo, un desconocimiento de la autonomía ética de la persona, de su realidad. La inexigibilidad de la conducta surge de las múltiples situaciones que pueden influir grave y directamente en el ámbito emocional de una persona hasta el punto de llevarla a dar una respuesta diferente al conflicto. Habría que tener en cuenta aquellos aspectos de extrema vulnerabilidad de algunas personas em razón de la discriminación o marginalización, o bien cuando la conducta del Estado no es sino parte del ejercicio de esa discriminación o marginalización¹⁸.

Ainda, com base nos ensinamentos de Cirino dos Santos, a exigibilidade de comportamento conforme o Direito tem como fundamento concreto a normalidade das circunstâncias de realização do tipo de injusto, o que significa dizer que, se o autor encontra-se inserido em um contexto de condições sociais adversas, privado do mínimo acesso aos direitos fundamentais, como alimentação, moradia, educação e higiene, a motivação da vontade nas decisões da vida é também anormal, o que diminui o grau de reprovação da conduta¹⁹.

Isso porque, uma vez não tendo o Estado fornecido recursos básicos para que o cidadão se comportasse de acordo com a norma, não poderia ele cobrar determinado agir de tal cidadão, da mesma forma que cobra daquele cidadão que construiu sua identidade com todos os recursos necessários para que se adequasse e pudesse seguir os ditames das normas vigentes.

Desta forma, pode-se enxergar a culpabilidade como uma forma de “responsabilidade jurídica”, ou seja, coloca-se em foco a questão da exigibilidade da conduta conforme a norma, que,

18 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 131/132.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral.6.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2014, p. 278.

ao almejar-se um Direito mais justo e próximo da realidade, deve ser mitigada em determinados casos.

Existem na doutrina duas posições acerca da culpabilidade, quais sejam, a existência de uma culpabilidade de ato e a existência de uma culpabilidade de autor. Nosso Direito Penal, como Direito Penal de ato que é, possui a culpabilidade de ato e não a culpabilidade de autor.

Culpabilidade de ato é aquela que reprova a ação delituosa do indivíduo, e, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto”. Já na culpabilidade de autor, reprova-se a personalidade do homem não pelo que fez, mas por aquilo que ele é²⁰.

Neste passo, tem-se que um homem é responsável por sua conduta de vida. O delito, assim, poderia ser considerado como o resultado do modo com que o sujeito conduziu a sua vida mediante as oportunidades que lhe foram oferecidas, sendo a culpabilidade a medida da responsabilidade do indivíduo pela conduta contrária à norma de Direito.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, ainda, a culpabilidade normativa foi tomada de Aristóteles, para quem o homem que se afasta da virtude acaba por cair no vício, que acaba por tirar-lhe a liberdade para ser virtuoso. Esta teoria de Aristóteles, por sua vez, em muito se assemelha com a “actio libera in causa”, uma vez que o homem era livre ao escolher uma conduta delituosa, mas, uma vez tomado tal caminho, passa a não mais ser livre, sendo sua conduta reprovável porque a escolha do caminho do vício partiu do próprio homem. Porém, a reprovação da conduta de vida pode ser vista como a reprovação de condutas anteriores atípicas, mas que o magistrado pode considerar contrárias à ética. Desta forma, a culpabilidade pela conduta de vida burla o Princípio da Reserva Legal^{21 22}.

Nosso Código Penal é baseado na liberdade da vontade, tornando-se inexplicável caso esse elemento seja suprimido, optando-se, desta forma, por um Direito Penal de culpabilidade. Caso se faça uma análise dos dispositivos do CPB vigente, ver-se-á que não resistem ao ponto de vista determinista. Há uma concepção antropológica em nível dogmático. Desta forma, a culpabilidade

20 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 527

21 Pelo Princípio da Reserva Legal, nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre no adjetivo Criminal. E nenhuma pena pode ser aplicada se não houver sanção pré-existente e correspondente ao fato. O Princípio da Legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Tal princípio possui dois pesos e duas medidas. A Reserva Legal permite aos particulares a liberdade de agir e todas as limitações, positivas ou negativas, deverão estar expressas em leis. Entretanto, aos agentes públicos, o mesmo princípio se torna adverso. A liberdade de agir encontra sua fonte legítima e exclusiva nas leis e, se não houver leis proibindo campo de movimentação, não há liberdade de agir. O Estado, na ausência das previsões legais para seus atos, fica obrigatoriamente paralisado e impossibilitado de agir. A lei para o particular significa "pode fazer assim" enquanto para o poder público significa "deve fazer assim". (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293139/principio-da-reserva-legal>>. Acesso em 18 jun. 2016).

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.528.

somente poderia fundar-se na autodeterminação como capacidade do homem, e, uma vez suprimida esta base, desapareceria a culpabilidade, já que ela pode ser considerada como um juízo de reprovação que se formula ao autor²³.

Assim, pode-se dizer que a culpabilidade é um elemento que se encontra em constante mutação, por estar intimamente ligada ao agir humano, que se adapta às épocas e aos costumes, levando em conta a situação pessoal do autor na hora da prática do delito²⁴.

Ainda, a culpabilidade pode ser encarada de duas formas, quais sejam, como princípio constitucional e como parte integrante do conceito de crime. Cumpre salientar, neste ponto, que o Princípio da Culpabilidade em nada se confunde com a culpabilidade como elemento integrante do conceito de crime.

Para Zaffaroni, de acordo com a Teoria Finalista da Ação²⁵, adotada pela legislação penal brasileira vigente, estudada e difundida por Welzel no século passado e que corrigiu alguns pontos equivocados da Teoria Causalista que a precedeu, nos mostra que, atualmente, a Culpabilidade encontra-se fragmentado em dois diferentes aspectos, quais sejam, como princípio e como elemento do conceito de crime²⁶.

Em uma primeira análise, a culpabilidade se enquadraria como o Princípio do “nullum crimen sine culpa”, que implica na necessidade de que haja uma conduta culposa ou dolosa como exigência mínima para configuração da tipicidade penal. A responsabilidade objetiva, como se pode

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 526.

24 RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 22-23

25 Welzel elaborou o conceito finalista em oposição ao conceito causal de ação, e principalmente à insustentável separação entre a vontade e seu conteúdo. Atribui-se à teoria final da ação o mérito de ter superado a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o injusto naturalístico em injusto pessoal. Para Welzel, “ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente”. A atividade final — prosseguia Welzel — é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causai da constelação de causas existentes em cada caso. Sem a vontade, que dirige o suceder causal externo, convertendo-o em uma ação dirigida finalisticamente, a ação ficaria destruída em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, sustentava Welzel, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, à ação. A direção final de uma ação realiza-se em duas fases: 1- subjetiva (esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar; b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim; c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado; 2- e) objetiva: execução da ação real, material, efetiva, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Se, por qualquer razão, não se consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a ação será apenas tentada. A finalidade — vontade de realização da ação — compreende, segundo Welzel, o fim, as conseqüências que o autor considera necessariamente unidas à obtenção do fim, e aquelas previstas por ele como possíveis e com cuja produção contava. Ficam fora da vontade de realização, por conseguinte, aquelas conseqüências que o autor prevê como possíveis, mas confia sinceramente que não se produzam. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15.ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010).

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 606-607.

verificar, viola claramente o princípio acima descrito. Desta forma, caberia à Culpabilidade, enquanto princípio fundamental de direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito, refutar a responsabilidade objetiva completamente²⁷.

Assim, o Princípio da Culpabilidade impõe a subjetivização da responsabilização criminal, uma vez que apenas condutas praticadas com dolo ou culpa podem ser punidas, evitando-se injustiças, como punições baseadas tão somente em um resultado danoso, não incorrendo na responsabilidade objetiva do agente²⁸. Um Direito Penal justo, que preza pela busca da verdade real²⁹, não deve deixar que a responsabilidade penal seja atribuída à alguém, em razão de um resultado absolutamente imprevisível, se o autor não houver atuado com dolo ou culpa³⁰.

Desta forma, o Princípio da Culpabilidade infere a não existência de pena se a conduta não for reprovável ao autor, aceitando que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se, mas não deixa de ser influenciado pelos estímulos que recebe do meio ao qual pertence³¹.

Aqui, cumpre ressaltar o entendimento de Nilo Batista acerca do conceito do Princípio da Culpabilidade:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. (...) Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade³².

Por fim, sustenta ainda Cirino dos Santos³³ ser o Princípio da Culpabilidade o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, depois do Princípio da Legalidade, posto que proíbe punir o sujeito que não preenche os requisitos do juízo de reprovação³⁴.

27 RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 11

28 RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 29.

29 Este é um princípio do Direito Processual Penal, que fundamenta a Culpabilidade – enquanto elemento do crime – e o Princípio da Culpabilidade.

30 GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. Niterói, RJ: Impetus, 2005. cit., p. 139-140.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 526

32 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103/104

33 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 6.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2014, p.24-25

34 A saber, segundo a atual concepção de culpabilidade: a) os inimputáveis; b) os imputáveis que, realmente, não sabem o que fazem, por estarem em situação de erro de proibição inevitável; c) os indivíduos imputáveis, com conhecimento da proibição do fato, mas sem o poder de não fazer o que fazem, porque realizam o injusto em contextos de anormalidade definíveis como situações de exculpação. SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 24-25

Assim, tem-se que uma vez negada à pena a possibilidade de se ultrapassar os limites da culpabilidade, esta passa a ser o próprio limite para a fixação da pena. Nesse sentido, Santos:

A noção de culpabilidade como limitação do poder de punir parece contribuir para a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão³⁵.

Desse modo, a culpabilidade como limitação da pena é uma garantia à liberdade do indivíduo, tendo em vista que não pode haver pena sem culpabilidade no que tange à existência ou não de responsabilidade no agir daquele que cometeu o injusto, e quanto menos responsabilidade se possa exigir do agente devido as circunstâncias que o compeliram a realizar a ação, menor deve ser o uso do poder punitivo do Estado.

Duas teorias surgiram acerca do fundamento do juízo de censura, procurando justificar a responsabilidade penal da conduta daquele que praticou um injusto, quais sejam, a teoria do livre-arbítrio e a teoria do determinismo.

Isso pois a culpabilidade pode se basear na capacidade de autodeterminação do agente, uma vez que o completo livre arbítrio daquele que comete o crime, ao optar por tal conduta, configura-se como indemonstrável, tendo em vista que o determinismo de meio influencia o agir, principalmente daqueles que possuem reduzida capacidade de autodeterminação devido ao baixo nível de escolaridade, fator este que pode influenciar nos limites da retribuição, elevando ou diminuindo o grau de responsabilidade do sujeito ativo sobre sua conduta.

Com base no conceito de Direito Penal de culpabilidade (que, de acordo com a doutrina majoritária caracteriza a pena como uma retribuição na medida da reprovabilidade da conduta do agente), o livre-arbítrio é visto sob o argumento de que o homem é moralmente livre para fazer suas escolhas. Desta forma, para admitir a possibilidade de reprovação à um indivíduo, é necessário pressupor que o mesmo tenha a liberdade de decisão, isto é, de autodeterminar-se³⁶.

Segundo Juan Bustos Ramírez:

La dogmática clásica há desarrollado el derecho penal sobre dos bases contradictorias entre sí, la culpabilidad e la peligrosidad. Sí el futuro podía ser configurado por el hombre mismo com su capacidad de libre albedrío o de si una fuerza superior no dominable le impediría hacerlo. Dos visiones: el hombre dotado de capacidad de decisión o determinado. La culpabilidad é un juicio que surge por aspectos negativos de la persona, en su maldad, pues al haber tenido en un momento concreto la posibilidad de actuar de outra manera, es decir, de no cometer el delito y de actuar conforme al derecho, opta, sin embargo, por

35 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 288.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

cometerlo. Luego, sobre la base de que la persona puede decidir libremente em cada caso concreto sobre si comete el delito o no lo comete y si opta por su comisión, se presume que há actuado libremente. [...] Por otra parte, la peligrosidad dice que hay individuos que están determinados al delito, y es por eso por lo que hay que actuar sobre ellos aun de antes que lo cometan, pues basta con comprobar su peligrosidad a través de medios científicos. Pero, del mismo modo que el libre albedrío, el determinismo es también una cuestión de fe, no cabendo, así, al proceso penal. Esta distinción permitió construir un derecho penal en el que a los culpables, se les otorgaban todas las garantías y derechos, ya a los peligrosos, les eran negadas las garantías, pues en el trasfondo se consideraba que no alcanzaban a ser personas (ya que el libre albedrío formaba parte de la esencia de las personas). El problema no es buscar un fundamento a la responsabilidad en características del sujeto, pero es el de si el Estado está legitimado para exigirle responsabilidad al sujeto concreto por el injusto cometido³⁷.

O livre-arbítrio e o determinismo de meio, porém, não se excluem, pelo contrário, se complementam, isso pois sabe-se que a completa autonomia de conduta não é algo que se configure possível³⁸, já que pessoas são influenciadas a todo tempo pelo ambiente e por aqueles que os cercam³⁹.

De acordo com o determinismo de meio, entende-se que o homem atua de determinada forma somente por causa de estímulos externos, e que não possui completa liberdade de escolha, sendo a livre decisão apenas uma ilusão. Nessa concepção não há lugar para a culpabilidade, por conseguinte em nada servirá para a quantificação da pena, sendo considerado apenas o grau de determinação do sujeito em relação ao injusto praticado, ou seja, a sua periculosidade⁴⁰.

Deste modo, sintetizando, o Princípio da Culpabilidade possui três sentidos no ordenamento brasileiro:

1 - Como fundamento da pena e elemento integrante e essencial do crime: Essa acepção refere-se à possibilidade ou não de aplicação de uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico⁴¹.

Conforme aduz Roxin:

El injusto penal, es decir, una conducta típica y antijurídica, no es sin más punible. La calificación como injusto expresa tan solo que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el Derecho, pero no autoriza a concluir que aquél deba responder

37 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 66-67.

38 RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.34.

39 Temos três correntes em relação à responsabilidade que caracteriza a culpabilidade: uma prega o livre-arbítrio, outra o determinismo, e outra a junção de ambas as correntes, defendendo que livre-arbítrio e determinismo se complementam, visto que nenhum agir é completamente livre.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

41 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

personalmente por ello, ésta es una cuestión que ha de decidirse en un tercer nivel de valoración, el de la culpabilidad⁴².

O Princípio da Culpabilidade, aqui, evita punições injustas baseadas na responsabilização objetiva do indivíduo, uma vez que apenas receberá a eficácia retributiva do sistema penal aquele que agir com dolo ou culpa.

Porém, de acordo com Cirino dos Santos, para que haja censura sobre o injusto cometido, exige-se a presença de uma série de requisitos no indivíduo, tais como: ser reconhecida a imputabilidade do indivíduo – a capacidade de culpabilidade do mesmo –; que o indivíduo possua a devida consciência da ilicitude; e, ainda, que seja constatada a exigibilidade de conduta conforme a norma. A ausência de apenas um desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de pena⁴³.

2 – A culpabilidade como elemento de determinação/“mensuração” da pena: Aqui, a culpabilidade assume o papel de limitador do quantum de punição deverá ser aplicado no caso concreto (associado ainda à outros critérios, tais como se caberia ou não a aplicação do Princípio da Insignificância, etc.), em relação à infração penal praticada, não podendo a pena exceder ao limite necessário à reprovação pelo fato típico, ilícito e culpável praticado⁴⁴.

3 – A culpabilidade como princípio contrário à responsabilidade penal objetiva: Aqui, sustenta-se que a culpabilidade é uma forma de impedir o reconhecimento da chamada responsabilidade penal sem que haja culpa ou dolo no agir do indivíduo (responsabilidade penal objetiva)⁴⁵, embasando a pena exclusivamente nos resultados dos fatos praticados, o que é inadmissível no Direito Penal atual, que busca a responsabilidade subjetiva, não podendo permitir que a responsabilidade penal seja atribuída a alguém, em razão de um resultado absolutamente imprevisível, se este não houver atuado com dolo ou culpa.

Noutro aspecto, a culpabilidade ainda pode funcionar como condição para que haja delito. Assim, não há delito quando o injusto não pode ser reprovável ao autor, ou seja, funciona como parte integrante do conceito de crime⁴⁶.

De acordo com a doutrina majoritária, como por exemplo para Raul Zaffaroni e Juarez Tavares, o conceito analítico de delito é tripartido, e a culpabilidade constitui-se como um dos elementos do delito, que é classificado como fato típico, ilícito e culpável.

Para Zaffaroni:

42 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1989. p. 38

43 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 24-25.

44 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 138.

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328.

46 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 606-607.

Construímos o conceito de delito como conduta típica antijurídica e culpável. Esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, se houve ou não delito⁴⁷.

Neste mesmo sentido, para Welzel:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior⁴⁸.

Contudo, a doutrina minoritária, que possui representantes como Mirabete e Damásio de Jesus, entende que crime é fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto para a aplicação da pena.

Assim, pode-se perceber que a culpabilidade não é apenas pressuposto da pena. A culpabilidade também integra o conceito de crime, se relacionando com os demais elementos caracterizadores da conduta delituosa, quais sejam, ilicitude e tipicidade, de acordo com a doutrina majoritária. Conclui-se, portanto, que para uma conduta típica e antijurídica possa ser considerada crime, ela tem que ser culpável.

1.2 Conceito de Co-culpabilidade

A Co-culpabilidade é um Princípio constitucional implícito, uma vez que, embora não esteja previsto de forma expressa pelo texto constitucional, é reconhecido e acolhido pela Constituição Federal, e é fruto de uma interpretação mais apurada de alguns ditames constitucionais, tendo em vista a “dignidade da pessoa humana”, e a realidade social brasileira, qual seja, a de uma sociedade que é, em sua maioria, pobre e marginalizada, de acordo com dados do IBGE⁴⁹, que detectou que a maioria dos brasileiros que vive em famílias com renda per capita abaixo de R\$ 70 é formada por negros e pardos (70,8%) e tem até 19 anos (50,9%). Dos 29,9 milhões de brasileiros que vivem no campo, um a cada quatro encontra-se em situação de pobreza extrema (25,5%). Entre os 160,9 milhões que habitam os centros urbanos, a porcentagem é de

47 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1999, p.390.

48 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1987, p. 57.

49 Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/162-milhoes-de-brasileiros-vivem-na-pobreza-extrema-4rhysc0gvqxz8f33xwgn3ocb2>>. Acesso em 19 jun. 2016.

apenas 5,4%. O Censo ainda demonstrou que quanto maior a renda, maior o contingente de brancos, além de ser uma população de baixa longevidade, e com muitas crianças. Para Canotilho⁵⁰, por sua vez, princípios são nada mais que “fundamentos, bases ou alicerces do ordenamento jurídico, visando dar unidade, harmonia e coerência ao sistema jurídico”.

Desta forma, de acordo com Grégore Moura⁵¹, a Co-culpabilidade pode ser compreendida como um princípio constitucional que se configura em uma espécie de crítica à retributividade das penas, pois, com base nas desigualdades sociais existentes, não se mostra justo que o Estado, ao aplicar a pena, cobre com o mesmo rigor o cumprimento da lei daqueles que têm menos oportunidades e opções na vida em sociedade, em relação à parte abastada da sociedade:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal.[...] 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 abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico- social⁵².

Ainda, sobre a necessidade de o Estado intervir nos processos sociais, nos dizeres de Bustos Ramírez, que possui, contudo, posição distinta de Grégore Moura em relação à aplicabilidade do princípio:

La responsabilidad de las personas debe hacerse respecto de una persona determinada en el Estado social e democrático del derecho, partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades sociales y económicas, en virtud de su deber de nivelar las desigualdades, asume jurídicas y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales⁵³.

Assim, se a sociedade e o Estado agem no sentido de limitar a capacidade de autodeterminação e de escolha de alguns de seus indivíduos, por restringir-lhes direitos básicos inerentes à qualidade de ser humano, esta mesma sociedade e este mesmo Estado deverão arcar com as conseqüências advindas de tal conduta, honrando com sua parcela de culpa e buscando minorar a

50 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p

51 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 36-37.

52 Ibidem. p. 1.

53 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 126.

quantidade, os efeitos e os males advindos da punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabam por cometer delitos.

Pode ser encarada, ainda, a Co-culpabilidade, como uma aplicação mais racional do Direito Penal, o qual se configura como um dos principais meios de controle social da atualidade, podendo ser classificado ainda como um dos mais eficazes para reprimir determinadas condutas e proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade, sendo por esse motivo, considerado a “*ultima ratio*”.

Desta forma, deve, portanto, o Estado, funcionar de acordo com a lógica aristotélica, “tratando desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem”⁵⁴.

Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de 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 vida⁵⁵.

Aqui, as palavras de Zaffaroni e Pierangeli acerca do princípio da co-culpabilidade:

[...] 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 arcar⁵⁶.

A Co-culpabilidade, em suma, pode ser tida como a valoração da influência que as condições da sociedade que cerca 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 pelo agente. Assim, mesmo sendo livre a vontade do agente, na maioria das vezes ela é contaminada pelas condições adversas decorrentes do meio em que vive, que terminam por restringir seu poder de escolha, e, por isso, ensejariam menor responsabilidade jurídica.

Dessa forma, necessária se faz a análise do contexto social ao realizar o juízo de culpabilidade do indivíduo.

Contudo, deve-se analisar com cautela esta alforria de parte da culpa com a qual o infrator foi presenteado, isso pois não é a intenção do aludido princípio a inversão de papéis, passando o criminoso a ser considerado a vítima e o Estado tomando seu lugar como único e

54 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 214.

55 SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000, p.270.

56 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p.613

exclusivo criminoso⁵⁷. A omissão estatal perante as garantias constitucionais deve possibilitar que apenas àqueles indivíduos que se encontrem em situações compatíveis as de miserabilidade, falta de estudo e moradia digna, ou seja, em situações de flagrante abandono e desamparo, e ainda para o caso de cometimento de crimes específicos, principalmente os relacionados ao patrimônio, possam ser abrangidos pelo alcance da co-culpabilidade.

De acordo com Bustos Ramírez:

La mayor o menor capacidad del Estado de exigir la observancia de las prohibiciones y mandatos no puede ser la misma respecto de todas las personas. Variará respecto de cada persona de acuerdo con sus circunstancias personales y de su relación con el Estado. No es lo mismo exigir una responsabilidad a una persona a la que la vida le há dado todas las oportunidades que aquella a la que se le han negado todas. [...] De esta forma, de acuerdo con lo planteado, **el Estado sólo puede exigir responsabilidad por el comportamiento antinormativo si há entregado todos los elementos para que la respuesta conforme a la norma sea possible**⁵⁸. (grifos nossos)

Portanto, como foi possível constatar até então, o Estado é constantemente violador de seus deveres, sendo, com isso, grande responsável pelas desigualdades sociais, além de que, 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 sociais (Leis), atingindo diretamente o Direito Penal, sendo justa a isenção de parte ou da totalidade da responsabilidade do indivíduo que se encontra em situação de desamparo, a depender do caso concreto, uma vez que a injustiça social se reflete na Justiça Criminal. A co-culpabilidade é necessária para reequilibrar o sistema.

Nos dizeres de Bustos Ramírez, ainda:

Todas las respuestas que se dan en grupos culturales coexistentes han de considerarse compatibles, pues de otra manera estaríamos em presencia de un sistema de pensamientos único, intolerante, discriminador y, em definitiva, autoritario. Toda persona tiene un ámbito de responsabilidad, esto es, que se le pueden exigir respuestas determinadas. En la medida en que se trate de pueblos originarios que al mismo tiempo han recibido todas las condiciones para internalizar los valores del sistema hegemónico, se podrá exigir a sus integrantes cualquier respuesta y que sólo podría presentarse la cuestión del autor, por conciencia, esto es, aquel que estima que sus valores son superiores, habiendo contradicción com los valores de la sociedad. **En cambio, si se trata de pueblos originarios que no han recibido las condiciones para internalizar los valores**

57 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 57.

58 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 126-127.

del sistema, sólo podrán ser sancionados de acuerdo com sus próprias normas⁵⁹. (grifos nossos)

Assim, tem-se que cabe ao Direito Penal, nos dizeres de Juan Andrés Cumiz⁶⁰, “entrar de modo a impedir que o poder do Estado exerça uma criminalização da situação em que previamente colocou a pessoa”.

1.3 A Co-culpabilidade às Aversas

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, ela pode se manifestar de três formas:

- a) tipificando condutas dirigidas à pessoas marginalizadas;
- b) aplicando penas mais brandas aos crimes de colarinho branco⁶¹;
- c) como fator de diminuição e de aumento da reprovação penal (como, por exemplo, quando trata dos efeitos da reparação do dano, ou dos artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais)⁶².

Assim, aproximando-se da teoria de Zaffaroni⁶³ acerca da “Culpabilidade por esforço de vulnerabilidade”, fundamentada pelo autor argentino em sua obra “Em Busca das Penas Perdidas”, Grégore promove uma releitura de tal Teoria, segundo a qual se uma pessoa, desde cedo, 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, etc., 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

59 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 128-129.

60 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 57.

61 A criminalidade de colarinho branco manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Esses variados tipos de crimes de colarinho branco nos negócios e nas profissões consistem principalmente na quebra de confiança outorgada. Além disso, o custo financeiro do crime de colarinho é consideravelmente maior que o daqueles crimes tradicionalmente considerados como o “problema criminal”. (Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em 08 jul. 2016).

62 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 62.

63 ZAFFARONI, Eugenio Raul. En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmatica juridico-penal. 2ª ed. – Buenos Aires: EDIAR, 1988, p. 274 - 276.

sua conduta transgressora advinda de mero capricho pessoal ou ganância.

Grégore Moura assim explica a co-culpabilidade às avessas:

A co-responsabilidade 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 (co-responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo maior a reprovação social⁶⁴.

A co-culpabilidade às avessas já está de certa forma inserida em nosso sistema jurídico, na medida em que o artigo 76, inciso IV, alínea *a*, da Lei no 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que será circunstância agravante dos crimes previstos na referida lei, o fato de serem cometidos por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima⁶⁵.

E, além do supracitado artigo, a Lei de Contravenções Penais, em seus arts. 59 e 60 (o qual encontra-se revogado pela Lei nº 11.983 de 2009), prevê, respectivamente, as contravenções de vadiagem e mendicância⁶⁶:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:

- a) De modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;
- b) Mediante simulação de moléstia ou deformidade;
- c) Em companhia de alienado ou menor de 18 (dezoito) anos⁶⁷.

A partir de uma leitura até mesmo superficial de tais artigos, pode-se perceber quão inaptos à representar a realidade da estrutura social de nosso País eles se encontram, uma vez que, reconhecendo-se o Brasil como um País marcado por desmesurada desigualdade social, uma das nossas realidades sociais mais perceptíveis aos olhos até mesmo daqueles mais desatentos, até mesmo por serem condutas reiteradas e aceitas pela grade maioria da população, é, sem dúvida

64 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 46.

65 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 62.

66 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 140.

67 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

alguma, a existência da mendicância e da ociosidade, uma vez que grande parte da população é negligenciada pelo Estado, se vendo obrigada a incorrer à prática de tais atitudes. Sem contar, ainda, que tais dispositivos ferem uma gama de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade e democracia.

Diante do exposto é perceptível que os artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais vão na contramão do Princípio da Co-culpabilidade, uma vez que, no lugar de garantir direitos e proteção aos cidadãos marginalizados devido à uma conduta de omissão do Estado, que não honrou devidamente com seus deveres constitucionais, o Legislador atua no sentido oposto, excluindo ainda mais aqueles que, como dito, por parcela de culpa do Estado já se veem excluídos da “vida em sociedade”, e mediante a criação de um estereótipo de delinquente, acabam sendo criminalizados por suas condições de vida.

No entanto, no sentido oposto ao até então abordado, existe também uma patente discriminação legal no tratamento dado aos crimes comuns e aos crimes tributários, demonstrando a preferência do Legislador pela classe social abastada, da qual ele faz parte. A Lei nº 9.249/95 restabeleceu a extinção da punibilidade nos crimes tributários mediante o pagamento da dívida para com o fisco. Por que há esse benefício para uma conduta criminosa em tese mais grave, por ser frequentemente cometida por grandes empresários (pessoas instruídas e que cresceram em um meio cercado de cultura, amparo familiar, moradia digna, etc.), mas que só visam lucros, e que geralmente tratam-se de infrações que dizem respeito à quantias vultuosas de dinheiro ^{68?}

Perpetua-se, assim, no entendimento de Grégore Moura⁶⁹, a discriminação social e econômica mediante a discriminação legal em afronta direta à igualdade material, uma vez que o rico, além de não precisar recorrer ao crime para viver de forma digna, possui condições financeiras para livrar-se de uma punição na seara do Direito Penal, convertendo-a em pecúnia, diferentemente daquele que comete infrações impelido por sua condição de vida, seja ela ligada à cultura de sua comunidade, que vê o crime como algo comum, ou mesmo pela necessidade de prover à si e à sua família, por terem sido negligenciadas à eles condições que os qualificasse à obter um cargo digno; consagra-se o Princípio da Co-culpabilidade às avessas.

Assim, os crimes cometidos por uma classe social dominante (elite financeira e política), apesar de serem crimes que prejudiquem a grande maioria da população de forma grave, têm, além de uma pena mais branda, diversas alternativas para se fugir da punição (como a absolvição pelo Princípio da Insignificância), e até mesmo a extinção da punibilidade quando efetuado o pagamento. Tais ideias são amplamente discutidas por doutrinadores como Juarez Cirino dos Santos, em sua obra intitulada “A criminologia Radial”, por Nilo Batista, Hassemer, e ainda por

68 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 144.

69 Ibidem. p. 145.

Zaffaroni, em sua obra “A Programação Criminalizante do Direito Penal Brasileiro”, dentre outros.

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.

1.4 As contribuições das teorias criminológicas estruturais-funcionalistas para a interpretação da co-culpabilidade – A teoria de Robert Merton

A “Teoria da Anomia”, desenvolvida por Durkheim⁷⁰, foi revisitada por Robert Merton em sua obra “Social Structure and Anomie”, que a relacionou com as estruturas sociais, transformando-a em uma teoria sobre o crime e o desvio de conduta⁷¹.

Para Merton⁷², o não conformismo com a realidade é algo enraizado na natureza humana. O conformismo é resultado de condicionamento externo. Sob certas circunstâncias, a infração de normas sociais e o desvio de conduta, são uma resposta normal, pois certas estruturas sociais exercem uma pressão sob determinados membros da sociedade, de forma a fazer com que não se conformem com a realidade de exclusão social, afetando o poder que o sujeito possuiria de agir de modo diverso ao padrão imposto. São as condições adversas mencionadas por Juarez Cirino dos Santos, já abordadas neste trabalho.

O primeiro fator componente da vida em sociedade, de acordo com Merton⁷³, consiste na existência de objetivos culturalmente definidos, propósitos e interesses. Desta forma, pode ser enxergado como um quadro de referencial de ambições de vida, ou seja, um modelo de referência de sucesso pré-definido pelo imaginário social, através do qual devem as pessoas se pautar para serem aceitas e consideradas bem-sucedidas em sociedade. O segundo fator componente da estrutura social é a definição, regulação e controle dos métodos aceitáveis para se alcançar estes objetivos. É a regulação moral ou institucional dos procedimentos admissíveis e necessários para atingir os fins.

Porém, de acordo com o autor estadunidense, os indivíduos que não se encaixam à cultura dominante, acabam por desviar seu comportamento daqueles tidos como institucionalmente adequados para atingir as aspiradas “metas sociais”. De acordo com o modelo proposto por

70 DURKHEIM In: MERTON, Robert K. (1949), "Social Structure and Anomie", in: Id., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968 (1ª edição : 1949), p.185-214.

71 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 66.

72 MERTON, Robert K. (1949), "Social Structure and Anomie", in: Id., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968 (1ª edição : 1949), p.185-214.

73 Ibidem, p.185-214.

Merton⁷⁴, nos diferentes segmentos sociais identifica-se, ainda, grupos em que se constata um equilíbrio entre a cultura e a internalização dos meios institucionais. Trata-se de um equilíbrio eficaz entre os dois pilares da estrutura social, equilíbrio este que é obtido pela combinação da conquista dos objetivos pessoais e os modos institucionalmente disponíveis para se alcançar esses fins. Segundo Merton⁷⁵, conduta aberrante poderia ser aquela vista como um sintoma de dissociação entre as aspirações culturalmente definidas e os meios socialmente disponíveis para os diferentes grupos sociais. Isso porque a ênfase sobre a regulamentação pode ser tão intensa, que a gama de comportamentos é limitada apenas por considerações de conveniência.

Segundo Merton⁷⁶, fraude, corrupção, vício, crime, e todo um catálogo de condutas proibidas, torna-se amplamente comum quando a ênfase sobre o sucesso de metas culturalmente difundidas torna-se divorciado de uma ênfase sobre os preceitos institucionais. Esta observação é de importância crucial para evidenciar que o comportamento antissocial (contra as regras institucionais) é frequentemente conduzido por impulsos que surgem através das limitações impostas pela própria sociedade, que dificulta demasiadamente que alguns de seus indivíduos atinjam o sucesso almejado.

Assim, surge um conflito mental no momento em que a obrigação moral para a adoção do comportamento institucional entra em conflito com a pressão para recorrer a meios ilegítimos (que podem mais facilmente possibilitar que se atinja a meta), de forma que o indivíduo foi desligado dos meios que são ao mesmo tempo eficazes e legítimos por conta de seu posicionamento social. A ordem competitiva é mantida, mas, o indivíduo, frustrado e deficiente em relação aos outros, não pode lidar com esse modelo competitivo, e acaba por largar a batalha.

Os constantes fracassos em atingir as metas por meio de medidas legítimas e por uma incapacidade de adotar a via legítima, causada por proibições e compulsiva institucionalização do conceito de certo ou errado, vem acompanhado da não abdicação do valor do sucesso como meta, fazendo surgir no indivíduo marginalizado pelo sistema, a frustração, derivada da falta de acesso aos meios institucionais eficazes para atingir o tão valorizado sucesso.

Em suma, embora a pressão pela manutenção dos “padrões de sucesso” do grupo persista, o uso crescente de meios ilegítimos para se atingir o tão almejado “fim” tornou-se um fato. Isso pois, se por um lado os integrantes de um grupo são convidados a orientar sua conduta para com a perspectiva de acumular riqueza, por outro, são em grande parte negligenciados no tocante à obtenção de oportunidades efetivas para fazê-lo de acordo com os meios institucionais.

Desta forma, os objetivos culturais seriam ter dinheiro e sucesso profissional, e os

74 Ibidem, p.185-214

75 MERTON, Robert K. (1949), "Social Structure and Anomie", in: Id., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968 (1ª edição : 1949), p.185-214

76 Ibidem, p.185-214.

meios institucionais seriam aqueles que levariam o cidadão a alcançar esses objetivos, como por exemplo, estudar e obedecer às leis.

Dentro deste contexto representa-se o triunfo da amoralidade sobre o "fracasso" na obtenção do sucesso, uma vez que os canais de mobilidade vertical da estrutura social estão fechados ou são estreitos, justo em um cenário social onde se coloca um valor elevado na ascensão econômica e social para os seus membros.

A alta frequência de um comportamento desviante, desta forma, não é gerada simplesmente pela "falta de oportunidade", ou por essa "ênfase pecuniária exagerada". A estrutura social rigorosamente limita ou elimina completamente o acesso à modos aprovados de atingir o sucesso para uma parte considerável da população.

Merton⁷⁷ defende ainda que as metas culturais (como a obtenção do sucesso), são realizadas para transcender as linhas de classe, para não serem norteadas por elas, mas a organização social real é tal que ainda existem diferenças de classe na acessibilidade desses ideais de sucesso comuns. Ambição pode eventualmente culminar em meios ilícitos para adquirir os valores dominantes. Desta forma, pode-se concluir que a pobreza e a limitação das oportunidades não são uma variável isolada para o crime.

Assim, só quando considera-se a pobreza acrescida da limitação de oportunidades e de um sistema comumente compartilhado de "símbolos de sucesso", que se pode explicar a maior associação entre pobreza e crime em nossa sociedade, onde a rígida estrutura de classes é acoplada com ideais de realização.

A ideia de que "os fins justificam os meios" tornou-se um guia para a ação, quando a estrutura cultural exalta o "fim", e os limitados recursos da organização social aprova os "meios".

Com isso, pode-se dizer que esse comportamento desviante é embasado em dois elementos: a normalidade do uso dos meios ilegítimos e diminuição da consciência da ilicitude.

A normalidade do uso dos meios ilegítimos está relacionada com o ambiente em que o indivíduo está inserido. Assim, aqueles que vivem em determinados lugares em que fatos criminosos são praticados a todo o momento, acabam por entender que praticar um crime é um comportamento normal.

Merton, por fim, em sua obra, conclui que a falta de coordenação da estrutura social leva à anomia⁷⁸.

Desta forma, como o Princípio da Co-culpabilidade reconhece a inadimplência do Estado por não dar oportunidades iguais aos seus cidadãos, e a Teoria da Anomia de Merton também reconhece essa inadimplência prestacional por parte do Estado, Grégore Moura conclui que

77 MERTON, Robert K. (1949), "Social Structure and Anomie", in: Id., *Social Theory and Social Structure*, New
78 Ibidem, p. 185-214.

a teoria criminológica de Merton é fundamento da co-culpabilidade⁷⁹.

Por tudo aqui exposto, verifica-se a ligação entre a teoria da anomia, proposta por Merton, e o Princípio da Co-culpabilidade.

79 MOURA, Grégoire. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 53.

2 - A CO-CULPABILIDADE NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Lei, por sua vez, pode ser considerada como a representação de uma ideologia, visto que não pode deixar de obedecer à certo sistema de ideias⁸⁰. A Constituição Federal acaba por trazer uma gama de princípios, os quais constituem-se como pilares do direito pátrio, devendo todo o ordenamento jurídico se estruturar de forma a seguir tais mandados de otimização⁸¹.

Neste passo, Princípios como o da “Dignidade da pessoa Humana”, “Liberdade”, “Igualdade”, “Contraditório”, etc., norteiam nosso sistema jurídico, e ainda servem de sustentáculo para outros subprincípios, que derivam de tais mandados de otimização iniciais.

Assim, pode-se dizer que a Co-culpabilidade, princípio não previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, 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 permanecem discriminatórias, e o Legislador, tendendo a proteger os interesses da classe social da qual faz parte, muitas vezes acaba por negligenciar a situação de milhares de pessoas humildes, e assegurar a manutenção dos privilégios da classe mais abastada⁸².

Nesse sentido, nos alerta Zaffaroni⁸³ 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*, de nossa 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. Porém, aos poucos, operadores do Direito foram observando que a igualdade formal não é suficiente na sociedade desigual em que vivem, 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 de liberdade, educação, moradia, saúde e dignidade de todo o povo pertencente à uma mesma Nação, inclusive às minorias. 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

80 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 172.

81 ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162

82 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-Culpabilidade, Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 59.

83 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 529.

realidade ideal, o que tem ainda mais relevância em países em desenvolvimento como o Brasil, já que apresenta elevado índice de desigualdade social, com grande parte da população exposta à condições de extrema miserabilidade, sendo compelidos a agir pela necessidade. Uma solução para tal impasse, baseada na lógica Aristotélica⁸⁴ de: “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual nas medidas de suas desigualdades”, seria o reconhecimento da existência e importância do Princípio da Co-culpabilidade, que surge no sentido de tentar minimizar as desigualdades sociais e econômicas que assolam nosso país, uma vez que irá voltar sua atenção 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 situações, arcar com as consequências de eventual injusto, como se fosse absolutamente livre para tomar suas decisões. Isso pois a capacidade de autodeterminação do indivíduo que age em tais circunstâncias é corrompida, já que por suas condições econômicas (como a falta de oportunidade de emprego digno) e culturais (como a não identificação da norma pelo indivíduo, que vive em uma realidade distinta daquele que criou a norma), o agente acaba por não se comportar de acordo com a norma a ele imposta.

Ainda, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente na Constituição Federal em seu art.1º, III, também se relaciona com o Princípio da Co-culpabilidade, uma vez que trata-se de enxergar ao cidadão como ser humano, permitindo que seja livre em seus atos, que tenha iguais condições de vida e moradia, possibilidades e oportunidades iguais em relação à cultura, meio ambiente saudável, educação, alimentação, emprego, etc.

De acordo com os ensinamentos de Grégore Moura:

“Todavia, conceituaremos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do art. 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 advêm 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 pelo e irrenunciável⁸⁵.”

Dessa maneira, ambos os princípios em comento se relacionam, tendo em vista que cabe ao Estado o fornecimento de serviços de saúde, educação, moradia digna, de oportunidades de emprego, etc., com a finalidade de promover o bem comum. Porém, o Estado deixa à desejar no que

84 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 214..

85 MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 62-63

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, haja vista que o cidadão não pode pagar por uma desídia do Estado quanto ao fornecimento dos serviços essenciais, como, por exemplo, os previstos no art. 6º da Constituição Federal, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, etc., sendo punidos da mesma forma que aquele cidadão que é contemplado por tais Direitos.

Ainda, um terceiro princípio constitucional que corrobora a existência implícita do Princípio da Co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico é o Princípio da Individualização da Pena, uma vez que ambos têm como objetivo a limitação do poder punitivo do Estado⁸⁶. 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, por exemplo, a situação de miserabilidade em que se encontrava, sua baixa escolaridade, a cultura na qual está inserido, etc. A co-culpabilidade, portanto, concretiza tal princípio gerando maior efetividade nas sanções penais impostas, pois permite que o julgador considere na aplicação da pena as condições de miserabilidade, desemprego, dentre outras, 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 sociais, pois, em um cenário tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, alguns tipos de crimes, especialmente aqueles relativos ao patrimônio ou ao tráfico, 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 e continência no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 A Co-culpabilidade e a Política Criminal

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 mínimo⁸⁷.

De acordo com Zaffaroni:

86 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 64

87 Ibidem. p. 161.

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o 'bom candidato' é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física (...)⁸⁸.

Desta forma, o sistema penal deve ser visto como um meio de controle social, que condiciona e é 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, ocorre que na atualidade, seu sistema de valores é ainda determinado pela classe dominante, fazendo do Direito Penal um “produto ideológico de classe”.

Para Zaffaroni:

(...) o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas. No séc. XIX, Marx viria sustentar que o direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas⁸⁹.

Por ser o Legislador, na maioria das vezes, membro das classes dominantes, o sistema penal brasileiro acaba por criminalizar condutas que atinjam os bens de tal classes, da mesma forma que faz com que se furtem ao máximo da incidência do sistema penal os infratores abastados, punindo de forma mais branda e/ou com regalias que só beneficiam aqueles que possuem riquezas, como ocorre em crimes como o do colarinho branco, lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro, etc.

Zaffaroni complementa:

Na parte especial do Código Penal há ações delitivas totalmente conflitantes quanto a seu significado social. Se observado devidamente, veremos que em inúmeras delas o sistema penal não intervém (como furto, suborno, estupro, etc., que em numero muito menor do que o real chega ao judiciário), em outros intervém em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios), e em outros casos nunca intervém (adultério). Há disparidade de hipóteses e de maneiras de intervenção do judiciário. Entretanto o direito penal desprezou estes dados e oferece um conceito unitário de crime, qual seja, o de ser o delito uma ação “típica, ilícita e culpável”, requisitos estes que de fato deverão estar presentes nas ações dos autores, mas não de forma solteira⁹⁰.

88 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 245.

89 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 248

90 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 245.

Cumpra destacar que no Brasil, de acordo com índices do DEPEN⁹¹, a maioria da população carcerária é composta principalmente por negros, hipossuficientes, moradores de favelas e de baixa escolaridade. Isso apenas corrobora a necessidade da imediata aplicação do Princípio da Co-culpabilidade no cenário atual, para compensar a desídia do Estado no cumprimento de seus deveres para com os cidadãos.

Tanto o Estado, como a sociedade brasileira (no que tange ao oferecimento de oportunidades de emprego, e a responsabilidade social para com o outro menos favorecido) fecharam os olhos para os problemas sociais, e buscaram como solução paliativa o aumento das punições dos criminosos, mas o que não fez surtir grandes efeitos práticos, uma vez que as reais medidas a serem adotadas devem incidir na causa principal do problema, qual seja, a miserabilidade, falta de estudo e capacitação, e falta de moradia digna para uma grande massa de cidadãos.

Isso é o que mostra a última pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional⁹², realizada no mês de Junho de 2014, que previu um número de presos que ultrapassa o marco dos 600 mil em um País cuja população total é de 204 milhões de habitantes, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE em 2015. Deste modo, pode-se observar que o número da população carcerária vem aumentando significativamente, de 1990 até o ano de 2014, gerando um aumento total de 575% da população carcerária.

Essa política criminalizante não seria eficaz, pois a maior parte das riquezas se concentram nas mãos de poucos, os quais utilizam o Direito Penal como instrumento de controle social para defender seu patrimônio.

A situação de vulnerabilidade do indivíduo, na visão de Zaffaroni:

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 pessoa 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

91 Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em:< <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em 18 jul.2016.

92 Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2016.

contribuição dada pela pessoa 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 vulnerabilidade⁹³.

Cria-se assim um estereótipo do criminoso padrão através das características de vulnerabilidade trazidas pelo Estado ao indivíduo: pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das cidades. Desta forma, uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando a ela são negligenciados direitos básicos, e o sistema penal a seleciona e utiliza como instrumento de exercício de 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, pois existem muitos injustos penais iguais ou piores do que, por exemplo, os injustos patrimoniais (os mais frequentemente cometidos pelos cidadãos com elevado grau de vulnerabilidade), que deixam o sistema penal indiferente.

Para Eugenio Zaffaroni, o judiciário deve tornar-se responsável pela criminalização somente e na medida em que careça de possibilidade razoável para exercer seu poder de outra maneira, ou seja, quando não lhe resta outro recurso que cobrar ao autor seu esforço para alcançar a situação de vulnerabilidade⁹⁴.

Nas palavras de Zaffaroni:

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 criminalização⁹⁵.

A pena trata-se, desta forma, em linhas gerais, de poucos poderosos demonstrando aos “delinquentes” como devem agir em sociedade, pregando as suas verdades, e impondo seu padrão de comportamento à uma sociedade que nem sempre estará pronta à segui-lo⁹⁶.

Cirino dos Santos leciona:

(...) depois desses momentos decisivos da historia do direito penal e da criminologia, não é mais possível explicar a prisão pela ideologia penal, expressa na teoria polifuncional da pena criminal como retribuição, prevenção especial e

93 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 270-271.

94 Ibidem. p. 270.

95 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 281

96 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 162.

prevenção geral do crime; igualmente, não é mais possível explicar a pena criminal pelo comportamento criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e consumo social, realizada pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão); enfim, também não é possível explicar o crime pela simples lesão de bens jurídicos, porque exprime a proteção seletiva de valores do sistema de poder econômico e político de formação social. Ao contrário, somente a lógica contraditória da relação social fundamental capital/ trabalho assalariado pode explicar a proteção seletiva de bens jurídicos pelo legislador, a criminalização seletiva de sujeitos com indicadores sociais negativos e, finalmente, a prisão como instituição central do controle social formal da sociedade capitalista⁹⁷.

O judiciário, porém, carece do poder necessário para produzir a grande mudança social que a consecução do objetivo utópico exigiria, e, conseqüentemente, a única coisa que deve fazer é o que está ao seu alcance, ou seja, reduzir progressivamente sua própria violência seletiva e arbitrária, com vistas à uma atitude aberta ou inacabada. Desta forma, a resposta criminalizante da instância judicial deve respeitar os limites que lhe impõe a culpabilidade pelo injusto, porque não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo muito duvidosa⁹⁸.

Deve-se repudiar, desta forma, a seletividade e a conseqüente exclusão social do ordenamento jurídico, e 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 conseqüência 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 material⁹⁹.

Nos dizeres de Zaffaroni:

A seletividade operativa do sistema penal e o uso da pena como instrumento reprodutor da violência e legitimador de um exercício de poder (muito mais amplo e estranho ao poder dos juristas) mostram hoje claramente que as razões éticas não são mais que meras racionalizações, com o que a reprovação mesma resulta deslegitimada. (...) A culpabilidade se encontra em crise devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo o sentido ético¹⁰⁰.

Isso pois, de acordo com o mestre Zaffaroni, quanto mais limitada estiver uma pessoa

97 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 2. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2007, p.3.

98 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 266 e 268.

99 MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 164.

100 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 246.

pelo juízo de vulnerabilidade imposto pela política criminalizante, ou seja, pela atribuição de papéis que correspondam ao estereótipo em que se enclausura, mais será sua sorte delimitada por sua condição socioeconômica, educacional e cultural, à que foi submetida pela sociedade e pelo Estado, em relação ao seu posicionamento como autora do delito, e maior será o esforço que deverá fazer para demonstrar sua verdadeira personalidade e se afastar do conjunto de papéis que a política criminalizante selecionou para ela. Desta forma, a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, porque o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte das pessoas não é elevado.

Assim, o judiciário deveria agir de forma a reduzir ao mínimo a reprodução da violência que culmina nesta fabricação de “desviados”, à medida com que se inventam estereótipos a que os papéis das pessoas em sociedade sejam previamente atribuídos.

A co-culpabilidade, neste sentido, defende o uso do Direito Penal mínimo, como *ultima ratio*, devendo a política criminalizante intervir apenas nas condutas realmente graves e que afetam de sobremaneira a convivência e a paz social.

Desta forma, a co-culpabilidade utilizada como política criminal diminuiria a população carcerária; seria mais uma forma de atenuar, diminuir ou mesmo eliminar a pena do cidadão, uma vez que, se verificado o alto grau de vulnerabilidade do indivíduo, os aplicadores da Lei devem agir de forma a intensificar o cuidado para evitar a imposição de uma pena, ou, se inevitável, que seja a mais leve possível, de acordo com o nível de exclusão social do agente; a prescrição se daria em um tempo mais curto; possibilitaria ainda maior investimento do Estado em outras áreas, como na educação ou na saúde, já que haveriam menos gastos com o cárcere, uma vez que a população carcerária seria sumariamente reduzida.

2.2 O Panorama do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Após tudo o que foi salientado no corpo desta Monografia até então, pode-se concluir que é possível a aplicação da Co-culpabilidade como um Princípio no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não haver previsões expressas, seja na Constituição Federal ou na legislação esparsa, mas mediante interpretação mais aprofundada de nosso sistema legislativo.

A doutrina vem reconhecendo a sua existência, e aplicando o Princípio da Co-culpabilidade com base no artigo 66 do Código Penal, artigo este que 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:

(...) 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 CP mediante a disposição genérica do art.66¹⁰¹.

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 presidida por Miguel Reale Júnior, que faz uma alteração no artigo 59 do atual Código Penal, 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. 34.¹⁰²

A exposição de motivos do anteprojeto de Código Penal, *in verbis*:

São importantes as inovações trazidas ao Código vigente pelo Projeto que **procura assegurar a individualização da pena sob critérios ainda mais abrangentes** do que os previstos na Reforma de 1984. Aprimoram-se as reais possibilidades de individualização judicial da pena por meio de novos critérios considerados no art. 59. cujas diretrizes foram alargadas. Continuam a ser três as ordens gerais de fatores sobre as quais repousa a individualização da pena; as relativas: ao agente, ao fato e à vítima. As duas últimas não sofreram alterações, mas, quanto ao agente, ao lado da culpabilidade, já em seu sentido mais abrangente trazido pela Reforma de 1984, e dos antecedentes, determina o Projeto que se refira o juiz à reincidência e condições pessoais do acusado, bem como oportunidades a ele oferecidas. Tais acréscimos merecem destaque. Antes de mais nada, a reincidência deixa de ser figurar como circunstância agravante obrigatória e passa a ser considerada no curso da individualização da pena. **Na seara dos critérios relativos ao autor, cedem lugar a personalidade, de improvável e discriminatória aferição e a conduta social, pelas condições pessoais e oportunidades sociais a ele oferecidas, expressões mais atuais e revelam a plúrima dimensão do homem como centro de valorização do Direito Penal.** No mais, permanece sem alteração o dispositivo¹⁰³. (grifos nossos)

Assim, conclui-se por uma imprescindibilidade no que tange à positivação do referido princípio, uma vez que trata-se 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 por parte do Estado,

101 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.613.

102 Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

103 Disponível em:< <https://goo.gl/Ny28M6>>. Acesso em: 12 jul 2016.

e a evidente situação de marginalização do indivíduo, com a consequente criação de estereótipos de criminosos.

Desta forma, 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, trazendo maior segurança jurídica, tornando-o um direito daqueles que vivem em condições sociais e econômicas de miséria e vem a cometer delitos ligados ao patrimônio ou à vil mercancia, e, mais que isso, uma garantia na hora da aplicação da pena.

2.3 O Panorama do Sistema Prisional Brasileiro

A última pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁰⁴, realizada no mês de Junho de 2014, previu um número de presos que ultrapassa o marco dos 600 mil em um País cuja população total é de 204 milhões de habitantes, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE em 2015, e publicado no Diário Oficial da União¹⁰⁵.

Neste sentido, o número da população carcerária vem aumentando significativamente, e de 1990 até o ano de 2014, gerou um aumento total de 575% da população carcerária.

É de conhecimento geral que os estabelecimentos destinados ao cárcere no Brasil não se mostram adequados para o cumprimento das penas de uma forma humanitária, de acordo com os próprios termos da Lei de Execução Penal (LEP) e das próprias condições de dignidade dos encarcerados, os quais vivenciam a dura realidade de falta de assistência médica, habitações precárias, e celas cada vez mais abarrotadas.

Realidade mais triste ainda se mostra no fato de que o mesmo senso (DEPEN) estimou que por volta do ano de 2022, a tendência é que a população prisional do Brasil ultrapasse a marca de um milhão de pessoas, e para 2075, um em cada dez brasileiros se encontrarão em situação de privação de liberdade.

Tem-se ainda que a maior parte população prisional brasileira é formada por jovens, como mostra o gráfico do DEPEN colacionado em seguida (não inclui o Estado de São Paulo, que não respondeu ao questionamento). Comparando o perfil etário da população prisional com o perfil da população brasileira em geral, observa-se que a proporção de jovens é maior no sistema prisional que na população em geral: ao passo que 56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país.

104 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2016.

105 Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=98&data=28/08/2015>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Assim, vê-se que jovens de 18 à 24 anos, idade esta em que deveriam estar inseridos em uma Universidade ou outra modalidade de ensino profissionalizante, formam a maioria do sistema carcerário do País. Falta de emprego para que possam se sustentar e ajudar as respectivas famílias a se manterem, aliado à falta de capacitação profissional, pode ser considerado como um reflexo da precariedade dos Ensinos Fundamental e Médio ao qual foram submetidos, são apenas alguns dos pontos nos quais a negligência estatal poderia estar inserida neste contexto, sendo o Estado, de certa forma, responsável por tais índices de criminalização.

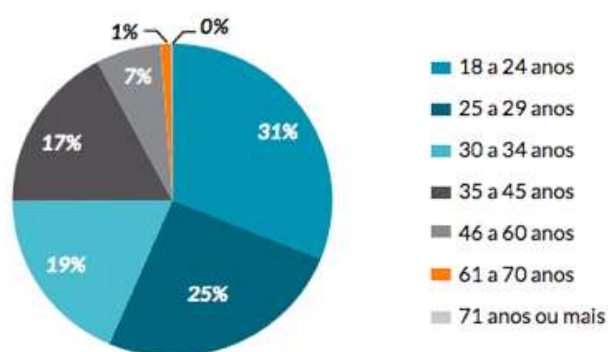


Ilustração 2: Faixa etária das pessoas privadas de liberdade.

Outro ponto atrativo no que tange à inserção do ora defendido Princípio da Culpabilidade em nosso ordenamento jurídico são os gráficos que busca mensurar a quantidade da população carcerária pelo critério da “raça, cor ou etnia”:

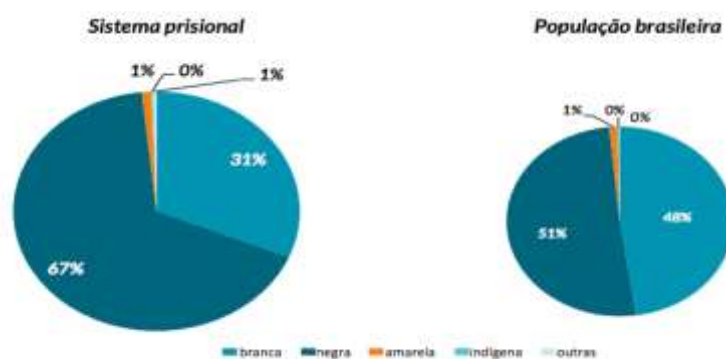


Ilustração 3: Raça, cor ou etnia.

Ao analisar os gráficos, a informação que se destaca é que a proporção de pessoas negras presas é alarmante. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de

67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%). Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.

Os negros, assim, compõem em maior escala a população marginalizada, não tendo apoio ou quaisquer grandes incentivos por parte do Estado, o que nos mostra mais uma vez a estereotipização do criminoso, e a necessidade da positivação do Princípio da Co-culpabilidade em nosso sistema.

Noutro passo, o nível de escolaridade da maioria da população carcerária é algo que nos chama a atenção:

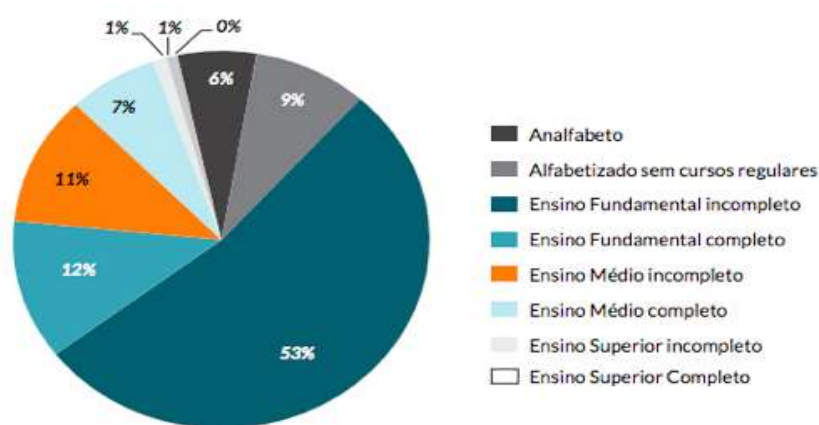


Ilustração 4: Escolaridade da população prisional.

Neste sentido, pode-se constatar que o grau de escolaridade da população brasileira é extremamente baixo, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%, ao passo que na população brasileira cerca de 32% completou o ensino médio, mas apenas 8% da população prisional o concluiu.

Tais dados apenas corroboram, mais uma vez, a desídia estatal em relação ao oferecimento de ensino de qualidade ou mesmo da obrigatoriedade do ensino, o que influi drasticamente na perspectiva de vida do cidadão, uma vez que se furtará da possibilidade de crescer ou evoluir em qualquer trabalho lícito e digno, restringindo as possibilidades de obtenção de renda.

Ainda, cumpre trazer à baila o gráfico representativo da quantidade de filhos das pessoas que se encontram em cárcere:

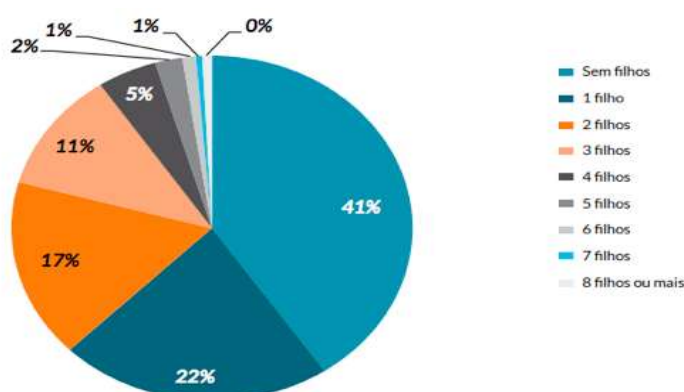


Ilustração 5: Número de filhos das pessoas privadas de liberdade.

Os números nos informam que à cada dez pessoas privadas de liberdade, seis pessoas possuem filhos, sendo um dos fatores possíveis de se contribuir para a elevada taxa de criminalidade, tendo em vista as condições de miserabilidade e negligência estatal que a população marginalizada se submete, não havendo outro modo de as famílias se proverem.

Dados estes que são corroborados pelo gráfico de crimes praticados por essa população carcerária:

	Masculino	Feminino	Total
Total de crimes	234.524	11.297	245.821
Código Penal	155.394	3.592	158.986
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes contra a pessoa	38.731	874	39.605
Homicídio simples (art. 121, caput)	13.529	352	13.881
Homicídio culposo (art. 121, § 3º)	1.387	38	1.425
Homicídio qualificado (art. 121, § 2º)	17.764	355	18.119
Aborto (Art. 124, 125, 126 e 127)	727	43	770
Lesão corporal (art. 129, caput e § 1º, 2º, 3º e 6º)	1.280	20	1.300
Violência doméstica (art. 129, § 9º)	2.439	20	2.459
Sequestro e cárcere privado (art. 148)	629	18	647
Outros - não listados acima entre os artigos 122 e 154-A	976	28	1.004

Ilustração 6: Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes contra a dignidade sexual	12.636	175	12.811
Estupro (art. 213)	6.778	42	6.820
Atentado violento ao pudor (art. 214)	2.953	28	2.981
Estupro de vulnerável (art. 217-A)	2.299	17	2.316
Corrupção de menores (art. 218)	356	56	412
Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231)	28	3	31
Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A)	6	2	8
Outros (artigos 215, 216-A, 218-A, 218-B, 227, 228, 229, 230)	216	27	243
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes contra a paz pública	5.497	132	5.629
Quadrilha ou bando (art. 288)	5.497	132	5.629

Ilustração 7: Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes contra a fé pública	2.074	88	2.162
Moeda falsa (art. 289)	140	8	148
Falsificação de papéis, selos, sinal e documentos públicos (art. 293 a 297)	393	19	412
Falsidade ideológica (art. 299)	540	22	562
Uso de documento falso (art. 304)	1.001	39	1.040
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes contra a Administração Pública	245	66	311
Peculato (art. 312 e 313)	196	23	219
Concussão e excesso de exação (art. 316)	14	8	22
Corrupção passiva (art. 317)	35	35	70
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes praticados por particular contra a Administração Pública	1.239	23	1.262
Corrupção ativa (art. 333)	246	16	262
Contrabando ou descaminho (art. 334)	993	7	1.000
	Masculino	Feminino	Total
Legislação específica	79.130	7.705	86.835
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	59.154	7.159	66.313
Tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06)	50.014	5.906	55.920
Associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6.368/76 e art. 35 da Lei 11.343/06)	6.823	832	7.655
Tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	2.317	421	2.738

Ilustração 8: Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22/12/2003)	17.482	315	17.797
Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14)	12.360	169	12.529
Disparo de arma de fogo (art. 15)	798	41	839
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16)	4.041	91	4.132
Comércio ilegal de arma de fogo (art. 17)	183	9	192
Tráfico internacional de arma de fogo (art. 18)	100	5	105
	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Crimes de Trânsito (Lei 9.503, de 23/09/1997)	557	77	634
Homicídio culposo na condução de veículo automotor (art. 302)	117	2	119
Outros (art. 303 a 312)	440	75	515

Ilustração 9: Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

	Masculino	Feminino	Total
Grupo: Legislação específica - outros	1.937	154	2.091
Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/01/1990)	1.577	99	1.676
Genocídio (Lei 2.889, de 01/10/1956)	16	11	27
Crimes de tortura (Lei 9.455, de 07/04/1997)	96	25	121
Crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9.605, de 12/02/1998)	248	19	267

Fonte: Infopen, junho/2014

Ilustração 10: Número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

As tabelas apresentam a frequência, por tipo penal, de crimes tentados ou consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento.

Aglutinando, forma-se o seguinte gráfico, salientando que existem pessoas que estão sendo julgadas pela prática de mais de um crime, o que justifica a maior quantidade de crimes em relação à quantidade de pessoas privadas de liberdade:

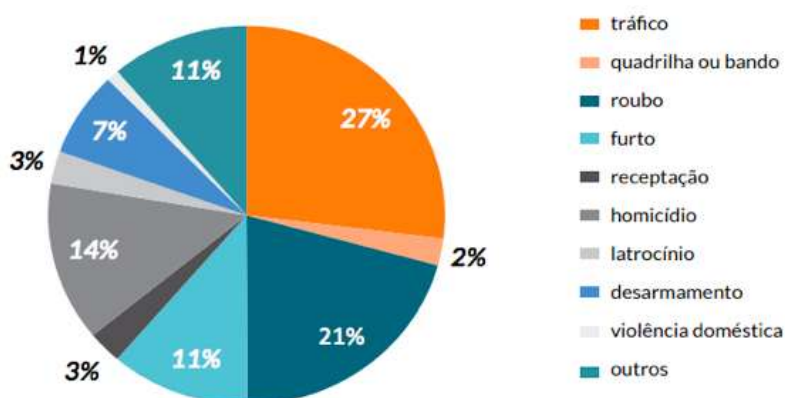


Ilustração 11: Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade.

Nota-se, desta forma, que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio, e cerca de um em cada dez corresponde a furto. Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%.

Em suma, constata-se que a maioria dos crimes que abarrotam o sistema carcerário pátrio, é referente a crimes contra o patrimônio ou à tráfico ilícito de drogas, tutelados pelo Princípio da Co-culpabilidade.

Já no que tange ao tempo de pena total da população aprisionada, pode-se ver que o Brasil possui mais da metade da população carcerária cumprindo pena de até oito anos:

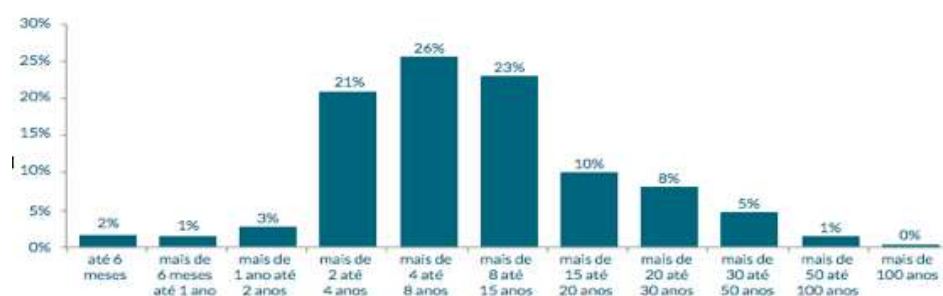


Ilustração 12: Tempo total de pena da população prisional condenada.

Unindo as informações até aqui disponibilizadas, tem-se como realidade uma quantidade enorme de pessoas presas por crimes relacionados ao patrimônio ou à tráfico ilícito de entorpecentes, sendo essa população em sua maioria negra, com baixa escolaridade, jovem, e com filhos. Pode-se então perceber que foi construído um estereótipo de criminoso, que se trata, em suma, da população marginalizada pelo Estado ao não aplicar suas políticas sociais trazidas pela

Constituição Federal.

Então, surge aqui alguns questionamentos, inclusive sobre a eficácia e correspondência da política criminalizante no País com a real cultura da população, levando à outra pergunta ao final da análise de todo este cenário crítico, mas que em si própria acaba por trazer a resposta para grande parte do problema: “o que está faltando?”

Buscando responder a esta pergunta, pode-se perceber que falta, na realidade, muita coisa. Coisas como saúde, trabalho digno, moradia adequada, estudo capaz de qualificar e inserir pessoas no mercado de trabalho, oportunidades de emprego, dentre outras necessidades básicas que ironicamente nos foram asseguradas por nossa Lei Maior, e que deveriam ser prestadas por parte do Estado, contradizendo a atual realidade de aplicação uniforme da pena, sem a garantia da igualdade material entre os indivíduos.

Neste passo se encaixa a razão pela qual mister se faz com que haja uma efetiva positividade do Princípio da Co-culpabilidade¹⁰⁶. Com o condão de não só dividir a responsabilidade do sujeito que cometeu um ato ilícito compelido por determinadas circunstâncias sociais, com o Estado omissivo na prestação de direitos e garantias fundamentais de maneira justa, de forma alguma vindo em busca da impunidade perante o sistema penal, em um sistema de política criminalizante que visa apenas atender ao interesse da população abastada de proteção patrimonial, esquecendo-se (talvez por conveniência) de tecer um panorama mais profundo sobre as reais causas do aumento da criminalidade no País, como também possui o condão de alertar ao Estado e à sociedade, como realizadores dos objetivos constitucionais que são, do resultado de sua desídia.

A diminuição, tanto do tempo de cárcere em alguns casos, quanto a própria isenção do mesmo em casos mais alarmantes de exclusão social, traria benefícios não apenas ao réu, que veria seu tempo de pena reduzido, mas à própria população em geral. Primeiramente, por poder o Estado, diminuindo os gastos com o sistema carcerário, uma vez que este estaria menos abarrotado, investir em outros ramos de necessidade da população, como na Educação e na Saúde; Posteriormente, por poder não apenas o Estado, mas a sociedade em geral fazer justiça mediante a parcela de culpa que cada um carrega em relação à desídia fornecida à determinadas pessoas, marginalizadas perante o sistema, arcando com parte da culpa pelo exacerbado cometimento de delitos.

2.4 O Princípio da Co-culpabilidade nos Tribunais Brasileiros

Neste passo, ganha importância as decisões judiciais que vem aplicando o Princípio da

106 As possíveis formas de positivização do Princípio da Co-culpabilidade debatidas pela Doutrina serão abordadas na Unidade III.

Co-culpabilidade em casos concretos, mesmo não estando tal princípio positivado em nosso ordenamento jurídico, como já mencionado anteriormente.

Seguem, primeiramente, alguns julgados nos quais foram negadas a aplicação do princípio em foco, e as respectivas razões adotadas como causa da negativa:

TJ-RO - Apelação APL 00004684720118220015 RO 0000468-47.2011.822.0015 (TJ-RO)

Data de publicação: 06/04/2015

Ementa: Roubo. Negativa de autoria. Confissão extrajudicial. Palavra da vítima. Prova suficiente. **Princípio da co-culpabilidade.** Inaplicável. 1) A confissão extrajudicial, apoiada na palavra da vítima e demais elementos de prova colhidos durante a instrução processual, é suficiente para alicerçar a condenação, tornando desarrazoada a tese de insuficiência probatória. 2) **As desigualdades existentes em nossa sociedade não podem servir de justificativa para lesar o patrimônio alheio, assim como também não podem ser tidas como circunstância relevante para a prática delitiva, menos ainda para configurarem a atenuante genérica prevista no art. 66, do Código Penal.** (grifos nossos)

TJ-MG - Apelação Criminal APR 10024100966472001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 30/08/2013

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. **PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.** INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, TENDO EM VISTA AS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO APELANTE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. - **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.** - Prestação pecuniária reduzida em razão das condições econômicas do apelante. - Recurso provido em parte. (grifos nossos)

TJ-DF - APE 82905920108070009 DF 0008290-59.2010.807.0009 (TJ-DF)

Data de publicação: 26/11/2010

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . **ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES.** AUTORIA E MATERIALIDADE. PROVADAS. **PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.** INAPLICÁVEL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE ADEQUADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. RESTANDO COMPROVADA A PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS, MANTÉM-SE A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE PRESCREVEU AO ADOLESCENTE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE, POR SER A MAIS INDICADA, LEVANDO-SE EM CONTA A NATUREZA GRAVE DO ATO INFRACIONAL PRATICADO, BEM COMO A SITUAÇÃO PESSOAL, SOCIAL E FAMILIAR DO ADOLESCENTE,. 2. **SOMENTE SE APLICA A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO QUANDO FOR COMPROVADO QUE A MARGINALIZAÇÃO DO MENOR OCORREU POR OMISSÃO DO ESTADO. NÃO HAVENDO COMPROVAÇÃO, REFERIDA TEORIA NÃO PODE SER INVOCADA COMO ESCUSA PARA A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS.** 3. RECURSO NÃO PROVIDO. (grifos nossos)

TJ-RN - Apelação Criminal APR 12421 RN 2008.012421-8 (TJ-RN)**Data de publicação: 22/01/2010**

Ementa: APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PROVA DO ESFORÇO INCOMUM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. CRIME CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA CONFIGURADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE INOMINADA. **PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE**. INAPLICABILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. - Impõe-se a desclassificação do delito de furto qualificado pela escalada para furto simples quando não há nos autos qualquer prova de que foi necessário o emprego de esforço físico incomum ao homem médio para a transposição do obstáculo, elemento este indispensável ao reconhecimento da qualificadora. - Consuma-se o delito de furto quando a res furtiva saiu completamente da esfera de disponibilidade da vítima, mesmo que por pouco tempo, vindo a ser retomada em razão de perseguição e prisão em flagrante. - **Conforme entendimento desta Câmara Criminal e da maioria dos Tribunais brasileiros, a sociedade não pode ser co-responsabilizada pelos atos praticados por indivíduos que voltam a delinquir por não serem recuperados pelo sistema prisional, sendo, portanto, inaplicável a atenuante inominada prevista no artigo 66 , do Código Penal ao presente caso.** (grifos nossos)

TJ-SP - Apelação APL 582782620088260224 SP 0058278-26.2008.8.26.0224 (TJ-SP)**Data de publicação: 01/09/2011**

Ementa: ROUBO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E RECONHECIMENTO PESSOAL - PROVAS VÁLIDAS. ATENUANTE GENÉRICA - **CO-CULPABILIDADEIMPOSSIBILIDADE**. As declarações da vítima e o reconhecimento pessoal, ratificados em juízo, são suficientes para a configuração do crime contra o patrimônio, quando seguros e em sintonia com os demais elementos probatórios, dentre eles, a apreensão da res furtiva em poder da acusada. **Incabível, ainda, o reconhecimento da atenuante da co-culpabilidade, sob pena de desvirtuar o real do reconhecimento das atenuantes, bem como de se justificar as infrações intoleráveis e reprimidas pela sociedade.** (grifos nossos)

TJ-RJ - APELACAO APL 00248601420108190001 RJ 0024860-14.2010.8.19.0001 (TJ-RJ)**Data de publicação: 27/07/2012**

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO QUE PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO, SEJA PELA AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE À CONDENAÇÃO, SEJA PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA, AO ARGUMENTO DE QUE NÃO HOUVE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA OU AO ARGUMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, SEJA PELO RECONHECIMENTO DA INIMPUTABILIDADE E, POR FIM, PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DA **CO-CULPABILIDADE**. EM CARÁTER ALTERNATIVO, REQUER, AINDA, PELO **RECONHECIMENTO** DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 26 , PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL E PELO **RECONHECIMENTODA CO-CULPABILIDADE** COMO ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL .

(...)

5- **Por fim, a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado, também, não merece acolhida. A condição de pobreza do acusado não atenua a reprovabilidade da sua conduta, não se mostrando viável, no caso concreto, a absolvição do mesmo pela aplicação da citada teoria, assim como a incidência da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal.** 6- Resposta penal, que não merece qualquer reparo, eis que fixada em estreita observância aos princípios da razoabilidade e da adequação. 7- Regime prisional fechado que se

mantém, diante da reincidência ostentada pelo acusado. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (grifos nossos)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO DO BEM SUBTRAÍDO. FURTO PRIVILEGIADO. INOCORRÊNCIA. COCULPABILIDADE ESTATAL. DESCABIMENTO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. - A ausência de avaliação que evidencie o valor dos objetos subtraídos impede a incidência do princípio da insignificância, pois não se pode presumir que a res era de valor insignificante, capaz de afastar a tipicidade material do delito. Precedentes do STJ. - Só é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal, quando o acusado é primário, de bons antecedentes e de pequeno valor o bem furtado, o que não restou comprovado nos autos. - **A mera debilidade financeira, aliada à ausência de oportunidades conferidas pelo Estado, não autoriza o cometimento reiterado de crimes, notadamente, porque há outros meios lícitos para busca da sobrevivência, sem a necessidade de se arrostar direito alheio, revelando-se inviável o reconhecimento da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal.** - Inviável o reconhecimento da participação de menor importância ao partícipe que dá cobertura ao comparsa para a realização do crime, pois tal atitude contribui valorosamente para a consecução do delito. Precedentes. - "Considera-se consumado o crime de furto com a simples posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cesse a clandestinidade, ainda que por curto espaço de tempo." (STJ, HC 92352/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/10/08). (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.11.144425-3/001, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013). (grifos nossos).

Ementa: "Apelação. Furto. Autoria e materialidade demonstradas pelas provas dos autos. Crime de bagatela. Inocorrência. **Teoria da coculpabilidade. Ação do Estado que não é o único fator a resultar no cometimento do crime. Necessidade da norma penal como regra de conduta social. Política criminal do Estado que leva em conta as desigualdades existentes em qualquer sociedade.** Aumento da pena por maus antecedentes e pela reincidência. Impossibilidade. Vida pregressa do réu que estaria a aumentar a sanção duas vezes. Bis in idem. Dependência química que prejudicou apenas parcialmente a capacidade de determinação. Manutenção da redução mínima. Regime fechado justificado. Réu juridicamente pobre. Isenção de custas processuais. Recurso provido em parte". (TJSP – Apelação Criminal nº 0002224-57.2011.8.26.0637. Rel: Des. Marco Nahum. 1ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em: 18/03/2013). (grifos nossos).

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ROUBO QUADRUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. TRANSPORTE DE VALORES. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. 1. MÉRITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. (...) **COCULPABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. Inexistência de previsão legal. Atenuante genérica do art. 66 do CP, que não serve a tanto. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a delinquência fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a "criminalidade é democrática", atinge a todos os níveis sociais, indistintamente.** PENA DEFINITIVA. MAJORANTES. ÍNDICE DE AUMENTO. ALTERAÇÃO. Fração de aumento pelas majorantes, fixada em 1/2, que se mostra excessivo,

considerando o afastamento de 1 das adjetivadoras. Contudo, além da triplicidade das majorantes restantes, deve ser levado em conta o grau de censurabilidade da conduta revelado pelas circunstâncias do caso, que superam o ordinário, pois eram 3 os agentes envolvidos no crime, os quais invadiram a residência das vítimas e os 3 empunhando armas subjugaram 4 vítimas, 1 delas pessoa enferma, o que, sem dúvida alguma, desponta mais gravoso e merece maior repreensão, além do que completamente olvidado pelo sentenciante a hipótese de concurso formal, apesar de serem 4 vítimas patrimoniais. Assim, mais consentâneo o aumento de 23/48 (índice que se situa entre 11/24 e $\frac{1}{2}$), mais razoável e proporcional à prevenção e reprovação da conduta. Corporal do réu Márcio definitivada em 7 anos, 10 meses e 27 dias de reclusão, e dos réus Carlos Alexandre e Cleudiomiro em 9 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. MAJORANTE DO TRANSPORTE DE VALORES AFASTADA. PENAS REDIMENSIONADAS. (TJRS - Apelação Crime Nº 70052169877, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 05/06/2013). (grifos nossos).

Da análise dos julgados selecionados, observa-se que a co-culpabilidade não é majoritariamente aceita em nosso território por parte dos Tribunais, motivo este que, mais uma vez, corrobora a importância de sua posituação no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de uma análise dos motivos elencados pelos Tribunais para a negativa da aplicação do princípio, vê-se uma linearidade de ideologia, e tem-se a constatação de uma visão classicista acerca do problema, com um distanciamento dos Tribunais da realidade da maioria da população brasileira, a qual sofre demasiadamente pela precariedade de condições de vida e demais prestações básicas que deveriam ser concedidas pelo Estado.

Ainda, pode-se observar alguns exemplares de decisões favoráveis acerca do Princípio da Co-culpabilidade pelo Tribunais do Rio Grande do Sul, região que desponta na área jurídica promovendo a aplicação de tal princípio, visão esta mais adequada à Constituição sobre o tema. Neste sentido:

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 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. - **O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades songadas ao cidadão – réu.** - Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante. (Apelação Criminal nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator; Amilton Bueno de Carvalho, julgado m 21/03/2001)

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. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Ementa: FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. **Apelação** parcialmente provida. (**Apelação** Crime Nº70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006).

De acordo com as decisões destacadas acima, é possível depreender que a tendência de um dos únicos Tribunais dispostos a aplicar, de certa forma, o referido Princípio da Co-culpabilidade, é no sentido de incluir a redução da pena do agente fundada na Co-culpabilidade na fixação da pena base do artigo 59, isto é, na primeira fase da dosimetria, ou o inserindo no artigo 66, das atenuantes inominadas.

Logo, verifica-se que o Tribunal do Rio Grande do Sul posicionou-se no sentido de que o Estado não cumpriu sua parte no contrato social estabelecido na CRF/88, que é garantir o pleno acesso à educação ao povo, devendo, portanto, de certa forma, arcar com parte das consequências que a falta de estudo (dentre outras coisas que constam na Constituição e não foram devidamente cumpridas) traria ao cidadão negligenciado, inovando e se destacando em termos de proteção ao indivíduo hipossuficiente perante o agir estatal.

3- POSSIBILIDADES DE RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No Brasil, como visto até então, há um contingente de pessoas que vivem em situação de miséria, e que não conseguem oportunidades de trabalho digno. Tal estado de coisas decorre, entre outros fatores, da omissão do Estado e da própria sociedade quanto à incorporação dos grupos marginalizados ao mercado de trabalho, de forma que a própria sociedade e o Estado não prepararam de maneira adequada tais indivíduos para sua incorporação ao mercado. Assim, buscando formas de subsistir ou de melhorar a condição de vida (padrão de vida este que é imposto pela própria sociedade discriminadora e omissa), se veem compelidos a praticar crimes. 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 com toda a sociedade, e com o Estado.

Como já abordado no Capítulo Primeiro, o Princípio da Co-culpabilidade busca, em apertada síntese, a divisão da responsabilidade do cidadão pelo cometimento de determinados crimes, uma vez que, quando o sujeito age sob determinadas circunstâncias, evidencia-se a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade e ao Estado no cometimento desses crimes, o que acaba por interferir na quantidade de pena atribuída ao sujeito, devendo ser suscitado um decréscimo quanto às exigências que esse mesmo Estado e essa mesma sociedade podem impor a este cidadão, o que, por conseguinte, deve repercutir no quantum de pena que se lhe será imposto.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, visualizam-se quatro formas de inserção do Princípio da Co-culpabilidade, quais sejam, a Co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade; como atenuante genérica; como causa de diminuição de pena; e como circunstância judicial.

3.1 Dosimetria da Pena

Antes de iniciar a apresentação das possibilidades de inserção do Princípio da Co-culpabilidade no Código Penal nacional, faz-se necessário apresentar as regras que compõem a dosimetria da pena no ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o critério trifásico de fixação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal:

Art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código;

em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.¹⁰⁷

Assim, nos termos do art. 68 do Código Penal pátrio, o cálculo de pena é dividido em três fases, quais sejam:

A primeira fase da dosimetria da pena diz respeito à fixação da pena-base, como leciona Bittencourt. Essa pena-base é determinada pelo julgador, e deve respeitar os limites mínimo e máximo da pena em abstrato cominada no tipo penal, nunca excedendo-os nesta etapa do cálculo. Ela será fixada após a análise das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, assim como o comportamento da vítima¹⁰⁸.

Analisando tais fatores do art. 59, CP, o magistrado deve começar o cálculo baseando-se na pena mínima em abstrato, e ir aumentando gradativamente na medida em que verifique as circunstâncias elencadas pelo art. 59, CP. Não basta, porém, a simples menção genérica pelo magistrado aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, Bittencourt¹⁰⁹ salienta, ainda, ser necessária a análise individualizada de cada um deles, e sua devida fundamentação, de acordo com o art. 93, IX, CF, pois sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial, por violar o *ius accusationis* e fraudar o Princípio da Individualização. Se todas as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto, devendo afastar-se dele à medida em que forem observadas circunstâncias desfavoráveis ao réu, lembrando, sempre, de respeitar os limites mínimos e máximos cominados em Lei¹¹⁰.

Já na segunda fase, após a fixação da pena-base, serão levadas em consideração as circunstâncias legais agravantes e atenuantes, as quais encontram-se previstas nos arts. 61 (que traz as circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem o tipo penal, ou qualificam o crime), 62 (artigo este que traz as agravantes em caso de concurso de pessoas), 65 (traz as circunstâncias que atenuam a pena) e 66 (que traz uma margem de discricionariedade ao Juiz, alegando que se observadas circunstância relevante referente ao crime, embora não prevista em Lei, poderá ser determinada pelo Magistrado) do Código Penal, que, após consideradas, resultarão na denominada Pena Provisória¹¹¹.

Nesta etapa do cálculo, deve-se atentar ao fato de que uma circunstância que já faz parte da estrutura do tipo penal elementar ou qualificado não poderá, ao mesmo tempo, torná-lo mais

107 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

108 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 673.

109 Ibidem. p. 673.

110 Ibidem. 673-674.

111 Ibidem. p. 674.

grave, visto que isso é vedado pelo Princípio do “non bis in idem”, ou seja, ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Assim, quando houver duas qualificadoras, uma deverá ser valorada como tal e a outra deverá ser considerada como agravante genérica, caso esteja elencada como tal. Caso contrário deverá ser avaliada como circunstância judicial¹¹².

Destaca-se aqui o art. 66 do Código Penal que se trata de uma situação inominada¹¹³, cabendo ao magistrado vislumbrar situações que não estão previstas expressamente, mas que poderão reduzir a pena, permitindo a análise das peculiaridades do caso em questão, e possibilitando uma melhor individualização da pena.

As circunstâncias atenuantes não possibilitam a redução da pena-base, se esta estiver fixada no limite mínimo, ou seja, a pena não pode ser fixada aquém do limite legal também nesta etapa do cálculo, postura esta confirmada pelo STJ através da Súmula de nº 231¹¹⁴, a qual gerou grandes insatisfações nos Doutrinadores brasileiros, que discordam de tal entendimento, sendo Bittencourt¹¹⁵ um deles, discussões estas, porém, que não nos cumpre abordar nesta Monografia, vez que almejamos abordar apenas o cálculo de pena como realmente ocorre.

Por fim, a terceira etapa do cálculo de pena se dá sobre o resultado do cálculo da segunda fase, e diz respeito às causas de aumento e diminuição da pena. Estas, diferentemente das circunstâncias agravantes e atenuantes, já encontram-se pré-determinadas, ou seja, a quantidade deste aumento ou redução já vem fornecida pela lei.

No tocante a esta terceira etapa, existe a possibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal ou seu aumento para além do máximo. Ainda, 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, entendimento este que é previsto no art. 68, § único, CP. Já as localizadas na Parte Geral, deverão operar todas¹¹⁶.

Se houver mais de uma majorante ou mais de uma minorante, as majorações e as diminuições serão realizadas, a princípio, em forma de cascata (modo de cálculo de pena), isto é, incidirão umas sobre as outras, sucessivamente. Primeiro se aplicam as causas de aumento, depois as de diminuição¹¹⁷.

112 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 677.

113 Alguns exemplos de situações inominadas são: o arrependimento do autor da conduta delitiva; 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.

114 SÚMULA 231, STJ - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

115 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 677.

116 Ibidem. p. 678.

117 Ibidem. p. 678.

Assim se coloca o sistema tripartido de cálculo de pena presente no Código Penal, importante de ser destacado neste presente Capítulo para a devida localização e valoração das possibilidades de positivação do Princípio da Co-culpabilidade no sistema de Direito Penal que serão abordadas a seguir, uma vez que envolvem momentos distintos das etapas do cálculo de pena, sendo que, neste sentido, busca-se dar a tal Princípio as melhores condições de efetivação, de forma a ser implantado de maneira mais benéfica ao sujeito que age sob determinadas circunstâncias de miséria, abandono por parte do Estado e sociedade, e fome.

3.2 Co-culpabilidade como Atenuante e como Atenuante Genérica

Inicialmente, cumpre destacar que, para Guilherme de Souza Nucci “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”¹¹⁸. Portanto, “a ausência ou a presença de uma circunstância não interfere na definição do tipo penal”¹¹⁹.

Em outras palavras, as atenuantes de pena previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal são elementos que acabam por orientar a redução da pena quando se reconhece o cometimento do crime pelo sujeito, assim como sua parcela de culpa, não cabendo a exclusão da culpabilidade uma vez que durante a instrução probatória não restaram elementos suficientes para comprovar a total inexigibilidade de conduta conforme o Direito, nem a completa incapacidade de autodeterminação do sujeito devido às suas condições de vida, sendo as atenuantes aplicadas na segunda fase do cálculo de pena, uma vez presentes no caso concreto.

O Código Penal, porém, não estabelece o quantum de pena a ser reduzido no que diz respeito as atenuantes de pena, ficando à cargo do magistrado, de quem se espera um agir razoável na determinação do quantum de pena aplicável no caso concreto, mediante decisão fundamentada, consoante art. 93, IX, CF¹²⁰.

Grégoire Moura¹²¹ 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 art. 65. Porém, apesar de, deste modo, ocorrer a devida positivação da ideologia e a respectiva imposição do reconhecimento da mesma ao magistrado, sua aplicação ainda seria inócua, visto que

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

119 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 559

120 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX- Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

121 MOURA, Grégoire. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 139.

o juiz não poderia diminuir a pena aquém do mínimo legal, com base na Súmula 231, STJ.

Todavia, o rol do artigo 65, CP é exemplificativo, uma vez que o artigo 66, CP permite ao juiz reduzir a pena do réu por outras circunstâncias que não as enumeradas no artigo 65, CP, podendo ser percebida, aqui, outra forma de inserção do Princípio da Co-culpabilidade no sistema penal brasileiro¹²².

O art. 66, CP acaba dando margem a 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, esse elevado nível de discricionariedade atribuído à aplicação da Co-culpabilidade ao arbítrio do magistrado, ou seja, como uma atenuante genérica do art. 66, CP, não é salutar, visto que depende da boa vontade do juiz, pessoa esta que possui origem distinta daquele que cometeu o delito, podendo, muitas vezes, não ter a capacidade de adentrar ao mérito social, ou de compreender os verdadeiros motivos pelos quais ocorreu-se o fato típico e ilícito, por não ter vivenciado situações de miséria, fome, etc.

Porém, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli, um dos precursores da proposta de aplicação do Princípio da Co-culpabilidade através do art. 66, CP:

Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver, 118), 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.66¹²³.

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 determinados aspectos sócio-econômicos. Em nossa sociedade, 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, não como um instrumento de reeducação e reinserção social daquele que agiu sob determinadas circunstâncias.

3.3 Co-culpabilidade como Causa de Diminuição da Pena

O art. 29, CP, segundo o qual “quem concorre para o crime deve incidir nas penas a ele cominada na medida de sua culpabilidade”, traz em seus parágrafos seguintes o quantum a ser

122 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 670.

123 ZAFFARONI, Eugênio e PIERANGILI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 525

majorado ou minorado para cada caso concreto. Trata-se, portanto, de causas de aumento ou de diminuição da pena, que são consideradas na terceira fase de aplicação da pena, tomando por base a pena intermediária. Com isso, não devem respeito aos limites legais de pena previstos, ou seja, a pena definitiva pode ficar aquém do mínimo ou além do máximo cominado em cada tipo penal¹²⁴.

Grégore Moura¹²⁵ traz, ainda, a ideia de inserção do Princípio da Co-culpabilidade no ordenamento penal brasileiro através da elaboração de um parágrafo ao artigo 29, CP, o qual deveria conter a seguinte ideia: “§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 à 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 a prática do delito, e devem, ainda, ser compatíveis com o crime cometido. Cumpre salientar que não existem ainda projetos de lei neste sentido.

A positivação do Princípio da Co-culpabilidade como minorante, desta forma, permitiria maior individualização da pena aplicada, uma vez que não apenas poderiam como deveriam ser levados em conta, ao delimitar-se a conduta do agente, as condições de vida daquele que atuou de forma a infringir o sistema penal ao cometer determinados tipos de delito (como aqueles delitos voltados ao patrimônio).

Além disso, a pena daquele que agiu sob determinadas circunstâncias atinentes ao Princípio da Co-culpabilidade 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 art. 65 ou mesmo presente no art. 66, CP, 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 penal¹²⁶.

Cumpre destacar, porém, que se torna necessário que tais circunstâncias sociais e econômicas tenham relação e influência 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, este é o entendimento que aqui entende-se como 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.

124 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 671-672

125 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 139.

126 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 139

3.4 Co-culpabilidade como Circunstância Judicial

As circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, CP, são, segundo Bittencourt¹²⁷, “uma diretriz, elas traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente”. A Lei, ainda, não as define, deixando a cargo do julgador a função de identificá-las.

Na primeira fase do cálculo de pena, o art. 59 do Código Penal¹²⁸ 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, na verdade, é analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada, ou o maior ou menor escândalo social provocado¹²⁹.

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 social em que vive¹³⁰. 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 Estado¹³¹, possibilitando-se a diminuição da exigibilidade de conduta conforme o Direito dirigida ao mesmo, na medida em que divide-se a culpa entre o agente transgressor e o Estado omissor, devendo, portanto, ser a Co-culpabilidade sopesada, restringindo a pena ao mínimo cominado abstratamente pelo tipo penal, já que em uma primeira fase do cálculo de

127 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 662.

128 Art. 59- O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: **I**- as penas aplicáveis dentre as cominadas; **II**- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; **III**- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; **IV**- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

129 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 666.

130 Ibidem. p. 665.

131 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001.p. 263-265.

pena, a quantidade de pena cominada pelo magistrado não pode ser menor que o mínimo de pena estabelecido em Lei para o tipo penal no qual incorreu o sujeito.

Desta forma, a culpabilidade encarada como reprovabilidade da conduta, e deste modo consagrada pelo art. 59, CP, 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 do agente, sua condição de vida, e possibilidades de trabalho digno a ele oferecidas, mensurando-se seu “esforço pessoal” para delinquir, que deve ser bastante reduzido se tratasse de um indivíduo com boas condições de vida e oportunidades, educação, etc.

Questão importante a ser aqui ponderada, já abordada anteriormente, é a que diz respeito a impossibilidade de se definir a pena abaixo do mínimo legal quando da análise das circunstâncias judiciais, já que estas são ponderadas apenas na primeira fase do cálculo de pena, momento este inviável de se proceder reduzindo a pena aquém ou além dos limites abstratos cominados em Lei¹³².

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 presidida por Miguel Reale Júnior, que faz uma alteração no artigo 59¹³³ do atual Código Penal para inserir o Princípio da Co-culpabilidade, mas que não se mostra de todo satisfatória, uma vez que o magistrado não pode trazer a pena aquém do mínimo legal, não beneficiando tanto ao sujeito que agiu sob determinadas circunstâncias de abandono e omissão estatal¹³⁴.

3.5 Co-culpabilidade como Causa de Exclusão da Culpabilidade (Responsabilidade Penal)

Uma vez tendo o Estado e a sociedade negligenciado de tal forma a prestação dos deveres constitucionais, e ainda não sendo eficaz em seu papel de buscar reinserir socialmente o indivíduo marginalizado e em condições sociais de miserabilidade e vulnerabilidade, de forma a

132 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 673.

133 O artigo 59, CP teria sua nova redação no seguinte 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. (Disponível em: <<https://goo.gl/Ny28M6>>. Acesso em 07 jul. 2016).

134 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 89.

permitir com que essa condição de miserabilidade de tais indivíduos possa ser considerada caótica e elevada, como ocorre em casos de extrema pobreza e abandono social, nada mais justo que sobre o agente não se pudesse incidir qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus cidadãos devido à falta de condição dos mesmos agentes em encontrar outros meios de subsistência, é consequência da inadimplência do Estado e da sociedade. Desta forma, trata-se da inexigibilidade de conduta diversa, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade (uma vez que não está positivada no ordenamento jurídico, mas deve ser aplicada e ponderada pelo julgador), calcada na falta de expectativa de comportamento diverso¹³⁵.

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 realidade¹³⁶.

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, ou seja, que o agente seja imputável, e ainda capaz de conhecer da ilicitude da conduta.

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 do mesmo, ele não poderá ser considerado culpado. Assim, não há configuração do crime, já que ele é composto pela tipicidade, ilicitude e culpabilidade, como já aludido em capítulo próprio. O Código Penal, por sua vez, prevê expressamente algumas causas legais que excluem a culpabilidade.

Neste sentido, Bustos Ramírez:

La inexigibilidad de la conducta surge de las múltiples situaciones que pueden influir grave y directamente en el ámbito emocional de una persona hasta el punto de llevarla a dar una respuesta diferente al conflicto. **Habría que tener en cuenta aquellos aspectos de extrema vulnerabilidad de algunas personas em razón de la discriminación o marginalización, o bien cuando la conducta del Estado no es sino parte del ejercicio de esa discriminación o marginalización**¹³⁷. (grifos nossos)

Esta forma de inserção do Princípio da Co-culpabilidade se adequaria aos moldes do art. 29, CP¹³⁸, 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

135 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 139.

136 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 131.

137 Ibidem. p. 132.

138 MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 139.

das proibições a mesma para todos. Deve variar de acordo com cada pessoa e suas circunstâncias pessoais¹³⁹:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, **na medida de sua culpabilidade**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º- Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º- Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)¹⁴⁰. (grifos nossos)

Isso ocorre, porque se tratam de pessoas que não compartilham da mesma origem (aqui busca-se dizer: mesmo nível de estudo, mesmas condições de vida, etc.), não havendo recebido as mesmas condições para se internalizar os valores do sistema, haja vista que diversos grupos culturais e sociais coexistem em sociedade, eles somente deveriam ser sancionados de acordo com suas próprias normas. 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 único¹⁴¹.

Assim, se o aplicador da Lei verificar que o agente cometeu o delito porque estava passando por situações sociais de miséria, fome, e esquecimento social e estatal, tendo sua própria dignidade ameaçada, 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 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 (art. 396-A, CPP), 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 sumária¹⁴², de acordo com o art. 397, II, CPP¹⁴³.

139 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 126.

140 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

141 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 128-129.

142 Trata-se de uma decisão de mérito, que analisa prova e declara a inocência do acusado. Por essa razão, para que não haja ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, a absolvição sumária somente poderá ser proferida em caráter excepcional, quando a prova for indiscutível. Somente não será cabível na hipótese em que a inimputabilidade for a única tese defensiva. Disponível em: < <https://jcmoraes.wordpress.com/2011/12/16/resumo-absolvicao-sumaria> >. Acesso em 07 jul. 2016.

143 Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou fazer uma abordagem social do Direito Penal brasileiro, partindo do ponto que vivemos em um país no qual os cidadãos são abandonados à sua própria sorte, diante de políticas públicas ineficientes, e convivem com o descaso da própria sociedade em relação aos marginalizados pelo sistema.

Diante disso, a positivação do Princípio da Co-culpabilidade surge no sentido de buscar impor ao Estado e à sociedade a divisão da responsabilidade dos ilícitos penais, assumindo sua parcela de culpa, e reduzindo o quantum de pena aplicada ao sujeito que veio a cometer o delito sob determinadas circunstâncias, não furtando-lhe a possibilidade de até mesmo isenta-lo de pena em casos nos quais foi quase nula a possibilidade de o cidadão se autodeterminar segundo o Direito.

Aqui, válida é a transcrição do pensamento do Professor Nilo Batista, quem de maneira brilhante expressou a verdadeira intenção da Co-culpabilidade em apenas uma frase: “Em certa medida, a Co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”¹⁴⁴.

Dessa forma, o reconhecimento da Co-culpabilidade é importante para a efetivação dos princípios constitucionais por ela abarcados, identificando a inadimplência do Estado e da sociedade no cumprimento de suas obrigações de promover o bem comum e reduzir as desigualdades sociais. Possibilita, ainda, maior efetividade ao sistema penal, já que ele não pode punir de forma igual pessoas que cometeram delitos diante de circunstâncias sociais completamente diferentes.

Como destacado, as possibilidades de positivação da Co-culpabilidade na Lei Penal vigente, quais sejam, como circunstância judicial do artigo 59 do CP; como atenuante, na forma do artigo 65, CP; como uma causa geral de diminuição de pena, na forma do artigo 29, CP; podendo, ainda, excepcionalmente, ser estabelecida como causa de exclusão da culpabilidade, já podem ser contempladas pelo ordenamento jurídico nacional, havendo, inclusive, caminho legal para a maioria delas, exceto para a sugestão de inclusão de mais um parágrafo no art. 29, CP, forma esta de inserção do Princípio da Co-culpabilidade que demanda mudança legislativa, sendo, desta forma, impossível de ser aplicada de forma imediata.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não prever expressamente a Co-

sumariamente o acusado quando verificar: I- a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II- a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III- que o fato narrado evidentemente não constitui crime; IV- extinta a punibilidade do agente.

culpabilidade, existem caminhos legais para a aplicação do Princípio da Co-culpabilidade, exceto no que tange à inclusão de um parágrafo ao art. 29, CP, de maneira esta que defende-se aqui o posicionamento da possibilidade da aplicação do Princípio da Co-culpabilidade como causa de diminuição de pena, vez que possibilitaria ao magistrado estabelecer a pena aquém do mínimo legal, a depender do caso concreto, sendo recebida de maneira mais salutar ao sujeito que agiu sob determinadas situações de descaso social causadas primordialmente pelo Estado omissivo.

Ainda, visualiza-se a positivação do Princípio da Co-culpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade em casos extremos nos quais pode-se perceber a evidente falta de autonomia do indivíduo ao lidar com a situação de miséria na qual se encontrava, privado de dignidade, não podendo ser de forma alguma exigível a conduta conforme a norma.

Este trabalho, porém, não busca esgotar o tema em estudo, visto que possui tamanha extensão e complexidade, necessitando de maiores aprofundamentos em vários pontos para que se pudesse atingir uma conclusão de positivação do Princípio da Co-culpabilidade que não deixasse margens à questionamentos.

Desta maneira, buscou-se demonstrar que apesar da possível aplicação do Princípio da Co-culpabilidade no ordenamento jurídico nacional, a doutrina e a jurisprudência não vêm discutindo de forma aprofundada o assunto, o que é inadmissível tendo em vista a importância do conteúdo de justiça social de que o presente tema se reveste, havendo grande número de julgados que negam a sua aplicação, e outros pouquíssimos julgados que o aplicam.

Assim, percebe-se que o Princípio da Co-culpabilidade necessita ser positivado e aplicado na Legislação Penal nacional, apesar de já existirem caminhos legais para sua aplicação. Isso pois sua aplicação de forma autônoma implementaria a mudança ideológica na prática, já que a seletividade do sistema carcerário inicia-se com o Legislador, mas é também acompanhada pelo operador do Direito, como pode ser demonstrado empiricamente através da pesquisa do DEPEN já analisada em Capítulo próprio desta Monografia, que mostra, dentre outras coisas, o nível de instrução da maioria dos presos, trazendo um enfoque social para a Culpabilidade, o que é importante tendo em vista a sociedade desigual da qual fazemos parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. [Tradução Juarez Cirino dos Santos]. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. 15.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010;

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Nuevo sistema de Derecho penal, Madrid, Trotta, 2004;

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2014;

GAZETA do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/162-milhoes-de-brasileiros-vivem-na-pobreza-extrema-4rhysc0gvqxz8f33xwgn3ocb2>>. Acesso em 19 jun. 2016

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011;

INFOPEN – <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 17 de Maio de 2016;

INFORME sobre riqueza global 2015 de Credit Suisse. Disponível em: <http://elpais.com/elpais/2015/10/13/media/1444754300_420807.html>. Acesso em 18 jun. 2016.

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

MERTON, Robert K. (1949), "Social Structure and Anomie", *in*: Id., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968 (1ª edição : 1949), pp.185-214;

MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-Culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006;

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

RODRIGUES, Cristiano. Teoria da culpabilidade e teoria do erro. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS/ SÃO PAULO/ RIO DE JANEIRO. Jurisprudência. Disponível em:

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema pena. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001;

ZAFFARONI, Eugênio e PIERANGILI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 6. Ed. São Paulo: RT, 2006;