

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA - DOCTUM
CURSO DE DIREITO

MIXELLI BERNARDES GOMES SILVA

**APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO
DECRETO LEI 2848/40**

CARANGOLA

2016

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA - DOCTUM
CURSO DE DIREITO

MIXELLI BERNARDES GOMES SILVA

**APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO
DECRETO LEI 2848/40**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Carangola, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Danielle Alves Ribeiro

CARANGOLA
2016

A monografia intitulada:
**APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO
DECRETO LEI 2848/40**

Elaborada pela aluna:
MIXELLI BERNARDES GOMES SILVA

Foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Carangola _____ de _____ de _____

Orientadora

Examinador 1

Examinador 2

Dedico o presente trabalho a Deus, por me dar força para enfrentar essa longa batalha. E a minha querida irmã Mayara, mesmo que eu não lhe veja, posso sentir sua presença em minhas vitórias, e sei que compartilha essa realização, pois mais que minha ela, é sua.

Agradeço a todos os professores que dedicaram seu tempo e sua sabedoria para que minha formação acadêmica fosse um aprendizado de vida, em especial a minha orientadora Danielle Alves Ribeiro por seu empenho e dedicação na realização do presente trabalho.

“Nem sempre os códigos escritos compreendem que a vida é muito mais multifacetada que os artigos, as alíneas, os parágrafos”

Alfredo Tranjan

RESUMO

O presente projeto visa abordar como tema a co-culpabilidade e sua possível aplicação como atenuante genérica. O qual não se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, contudo diante das mudanças sociais que ocorrem diariamente na sociedade e da crescente desigualdade social presente no país, deveria ser adotado. Antes de adentrar na possibilidade da aplicação da co-culpabilidade no ordenamento brasileiro necessário se faz o conhecimento de outro instituto que possui uma ligação muito estreita com o presente tema. Por isso, em um primeiro momento, aborda-se o conceito de culpabilidade, imprescindível para melhor compreensão do assunto discutido, para em sequência focar-se em suas teorias e elementos. Por fim, adentra-se na temática da presente monografia, trazendo o seu conceito, verificando o modo como é tratada em outros países, e ao final discorrendo sobre a possibilidade de sua aplicação no decreto lei 2848/40, salientando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para embasar a discussão.

Palavras-chaves: Culpabilidade, Co-culpabilidade, Estado, Atenuante genérica.

Abstract

This project aims to address the co-culpability principle and its possible application as a generic penal mitigation. A principle that is not accepted in the Brazilian juridic order; however, due to the social changes that occur daily in society and the increasing social inequality present in the country, it should be adopted. Before addressing the possibility of co-culpability principle application in the Brazilian juridical order, it is required the knowledge of other institute that has a very close connection with the theme in question. That is why, at first, the concept of guilt is analyzed, which is essential for a better understanding of the subject discussed, in order to, subsequently, focus on its elements. Finally, in the present monograph, the theme is approached, providing its concept, noting how it is dealt in other countries; and, in the end, discussing the possibility of its application in the Decree Law 2848/40, highlighting the doctrinal and jurisprudential positionings to support the discussion.

Key words: Culpability, Co-culpability, State, Penal mitigation

Sumário

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA CULPABILIDADE	12
1.1 Aspectos conceituais	12
1.2 O desenvolvimento histórico da teoria da culpabilidade	14
1.2.1 A Teoria Psicológica da Culpabilidade.....	15
1.2.2 Teoria Psicológica- Normativa da Culpabilidade	16
1.2.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade	17
1.3 Elementos da Culpabilidade	18
1.3.1 Da Imputabilidade	18
1.3.2 Potencial Consciência da Ilcitude.....	20
1.3.3 Exigibilidade de Conduta Diversa	21
CAPÍTULO II - A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
2.1 Origem Histórica	22
2.2 Conceituação	23
2.3 O Princípio da Co-culpabilidade sob a ótica constitucional	26
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	26
2.3.2 Princípio da igualdade	27
2.3.3 Princípio da individualização da pena.....	29
2.4 Da Co-culpabilidade às avessas	31
CAPÍTULO III - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA	35
3.1 Circunstâncias de inserção da co-culpabilidade no direito penal	35
3.2 Aplicação da Co-culpabilidade no Direito Comparado	39
3.3 Posicionamento jurisprudencial	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como alvo estudar o que na doutrina denominou-se de co-culpabilidade, verificando-se a possibilidade desta ser utilizada no ordenamento brasileiro como uma atenuante genérica.

Esse princípio implícito na atual Constituição Federal de 1988, tem como fim buscar a “meia culpa” do Estado (sociedade) em não oferecer oportunidades socioeconômicas iguais para todos os cidadãos.

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

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

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

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

O assunto ora proposto é atualmente muito pertinente, especialmente pela profunda desigualdade econômico-social pela qual se passa. A visível vulnerabilidade de parcela da população, que se desenvolveram a margem das garantias mínimas instituídas pelo Estado, faz refletir acerca da necessidade da

alteração na legislação penal a fim de gerar uma mudança de comportamento do aplicador e executor do Direito Penal, através, notadamente, do reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no âmbito do Direito Penal.

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

A problematização que este trabalho visa responder é a seguinte: Considerando que a co-culpabilidade não é tratada expressamente pelo nosso ordenamento, é possível se atenuar a pena de uma pessoa infratora, com fulcro no artigo 66 do Código Penal, tomando-se como base o instituto em questão?

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

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar o instituto da Co-culpabilidade do Estado e a aplicação da atenuante genérica inominada no decreto lei 2848/40. Quanto aos objetivos específicos são os seguintes: analisar o instituto da culpabilidade e sua teorias elementos; os princípios constitucionais que se relacionam com o tema; realizar uma análise da origem do princípio da co-culpabilidade; compreender seus conceitos e quais são os seus efeitos concretos na aplicação da pena; identificar os fundamentos que a doutrina utiliza para reconhecer a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade; demonstrar a possibilidade de inserção do princípio da co-culpabilidade no decreto lei 2848/40; e analisar a jurisprudência sobre o princípio da co-culpabilidade.

Para atingi-los será realizada uma pesquisa teórica e dogmática instrumental, pois para resolver o problema serão utilizados dados e material bibliográfico.

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

A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, utilizando-se predominantemente um método de revisão doutrinária, destacando-se os mestres como Zaffaroni e Pierangeli, que foram os precursores do entendimento da

possibilidade do presente instituto ser utilizado como uma atenuante genérica. Bem como, construindo-se uma análise circunstanciada junto à jurisprudência no direito penal brasileiro.

Assim, na primeira parte do estudo discorrer-se-á a respeito do instituto da culpabilidade, seus aspectos conceituais, origem histórica, observando as diversas formas que cada teoria tratou a culpabilidade, até nos situarmos na teoria finalista da ação, que vem sendo a teoria utilizada no Brasil, por fim destacar os elementos deste instituto.

Em seguida, na segunda parte, será apresentada a origem do princípio da co-culpabilidade, seu conceito, o princípio da co-culpabilidade sob a ótica constitucional, e a outra vertente de estudos a co-culpabilidade às avessas.

O terceiro capítulo vai relacionar o princípio da co-culpabilidade e sua aplicabilidade no Direito Penal brasileiro, analisando as possibilidades de inserção no Direito Penal brasileiro, a aplicação no Direito Penal comparado e a sua aplicação na jurisprudência brasileira.

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

CAPÍTULO I - ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA CULPABILIDADE

Inicialmente há de se falar em um dos temas mais discutidos entre os doutrinadores penalistas, que é em relação a culpabilidade e quais são seus elementos integrantes.

Há de se destacar a grande importância a inserção deste capítulo, como forma de introduzir a temática do presente trabalho, visto que a co-culpabilidade seria uma espécie de “culpabilidade compartilhada”, entre o Estado e o indivíduo infrator, verificando a necessidade de averiguar como se trata a culpabilidade.

Não haveria condições de descrever o que se entende como co-culpabilidade, sem antes tratar do que é culpabilidade, haja vista que, a conceituação desta completa a daquela.

1.1 Aspectos conceituais

Para o posicionamento majoritário, a culpabilidade, é um dos elementos integrantes da teoria do delito, chegando à conclusão que é um fato típico, ilícito e culpável, sendo para alguns doutrinadores um pressuposto para aplicação da pena.

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

Segundo conceituam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, culpabilidade é:

a reprovabilidade do injusto ao autor. O que é reprovado? O injusto. Por que se reprova? Porque não se motivou na norma. Porque se reprova não haver-se motivado na norma? Porque lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse,

o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2008, p.517)

Destarte, é possível entender segundo Rogério Greco a culpabilidade como "um juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita pelo agente" (GRECO, 2009, p.381). Trata-se do grau de culpa atribuída a alguém pela prática de uma infração penal.

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

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

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

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

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

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

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

de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

Necessário se faz, assim, avançar no conceito de culpabilidade através da "introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade da imposição de uma sanção penal tendo em vista as condições pessoais e socioeconômicas do sujeito" (SPOSATO, 2008).

1.2 O desenvolvimento histórico da teoria da culpabilidade

Para a caracterização do crime e conseqüente aplicação da pena no direito penal primitivo, bastava no nexu causal entre a conduta do agente e o resultado. Segundo Ney Moura Teles acrescenta que "este era o Direito Penal do resultado da responsabilidade objetiva, que predominava entre o povo bárbaro, como germanos, e no direito romano punitivo." (TELES, 1996, p.351)

Porém, em virtude da constante evolução do direito de punir no tempo, tão somente a existência do nexu causal entre ação e o dano não mais era suficiente à responsabilização do agente, fazendo com que seja indispensável, a presença da vontade e da previsibilidade, cujo pensamento deu origem à responsabilidade subjetiva e às primeiras ideias de culpabilidade.

Comentando o surgimento da responsabilidade subjetiva, Teles cita o seguinte excerto de Francisco de Assis Toledo:

Não se pode apontar com exatidão o momento histórico em que tal fenômeno ocorreu, mesmo porque a história do Direito Penal está marcada de retrocessos. Fora de dúvida, porém, é que, a partir de então, se começa a se construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na ideia de crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos – a *previsibilidade* e a *voluntariedade* – como condição da aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*. (TELES, 1996, p.352)

Como conseqüência, surge à concepção psicológica da culpabilidade, dando espaço, posteriormente, à teoria psicológica-normativa e culminando na teoria normativa pura, cujo perpassar evolutivo está relacionado com os conceitos de ação e de delito.

1.2.1 A Teoria Psicológica da Culpabilidade

Notavelmente, a teoria psicológica da culpabilidade é resultado do positivismo científico do Século XIX, sendo que para essa teoria a culpabilidade é a relação psíquica entre o autor e o fato, ou seja, a responsabilidade do autor pelo delito que praticou, no qual a ação é um processo causal originado do impulso voluntário.

Dessa maneira, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli afirmam que a teoria psicológica denomina culpabilidade o que é agora considerado o aspecto subjetivo do tipo, retirando da teoria do delito sua dimensão normativa, no que tange à reprovabilidade do autor. Tanto é que assim anotam:

Dentro deste conceito, a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2008, p.523)

Nesta concepção, os elementos dolo e culpa seriam integrantes da culpabilidade, e imputabilidade para os defensores desta teoria funcionava como um pressuposto para se analisar aquela.

A culpabilidade, para esta teoria, como demonstra Rogério Greco, significava “o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido, razão pela qual essa teoria passou a ser reconhecida como uma teoria psicológica da culpabilidade” (GRECO, 2009, p.386). Essa tese mostrou-se de suma importância para o Direito penal. Contudo, com o passar dos anos, e a necessidade de uma eterna adequação do ordenamento jurídico às constantes mudanças da sociedade, passou-se a observar as falhas desta teoria, como impossibilidade de se explicar inúmeros fenômenos jurídicos da teoria do crime, principalmente pelo engessamento ocasionado pela divisão da ação típica e ilícita como fatores objetivos do delito; e a culpabilidade como elemento subjetivo no crime.

Em virtude das contrariedades, a teoria psicológica, acabou sendo superada pela descoberta dos elementos normativos do tipo, dando origem a teoria normativa da culpabilidade.

1.2.2 Teoria Psicológica- Normativa da Culpabilidade

A culpabilidade passou a ter uma nova dimensão, quando fomentada pelo neoclassicismo valorativo e finalista pela intervenção de Reinhard Von Frank, que verificou que somente o elemento psicológico não era suficiente para conceituar culpabilidade.

Explicando o entendimento de Frank, Ney Moura Teles anota:

A partir desta constatação, ele verificou que o sujeito só podia ser considerado culpado, e, de consequência, merecer a sanção penal, quando seu comportamento tivesse sido reprovável, censurável, e isto só era possível quando ele tivesse possibilidade de conduzir-se de forma diferente.(TELES, 1996, p.352)

A teoria neoclássica veio para aprimorar e solucionar alguns problemas encontrados na teoria causal-naturalista, deixando de existir a divisão entre os fatores objetivo (fato típico e ilícito) e subjetivo (culpabilidade), passando a ser uma teoria psicológica-normativa da culpabilidade.

A culpabilidade continuou possuindo somente os elementos dolo e culpa, porém deixou de ser compreendida apenas pelo seu caráter subjetivo, passando a ser observada a partir do juízo de reprovação de seus elementos psiconormativos.

As bases dessa teoria também foram aprimoradas por James Goldschmidt, que apontou a importância que assume a vontade contrária do dever na construção da culpabilidade, e Berthold Freudenthal, para quem a culpabilidade seria a desaprovação do comportamento do autor, quando este podia e devia comportar-se de forma diferente.

E, por fim, Mezger, enfatizando os aspectos normativos, conceituou a culpabilidade como “o conjunto dos pressupostos da pena que fundamentam, diante do autor, a reprovabilidade pessoal da ação antijurídica”. (PRADO, 2006, p.426)

Essa nova formação da culpabilidade, com esse novo elemento, exigibilidade de conduta diversa, explicou diversos temas, que pela doutrina anterior não encontravam respaldo. Apesar do avanço alcançado por esta teoria, ainda persistiram defeitos que não possibilitavam a correta concepção da culpabilidade, principalmente pela persistência do dolo como elemento desta.

Enfrentando esta questão e os demais aspectos controvertidos que existiam nessa concepção, novas idéias foram concebidas e culminaram na teoria normativa pura da culpabilidade.

1.2.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Com a Teoria final da ação difundida pro Hans Welzel, surge a concepção normativa pura da culpabilidade, refutando, em seus fundamentos, as teorias anteriores. Este doutrinador trouxe profundas alterações no que se entende como crime, reposicionando o dolo e a culpa no tipo, conseguindo, assim, explicar a modalidade tentada de um crime, retirando a parte subjetiva da Culpabilidade, permanecendo agora somente elementos normativos e ainda transformando a consciência da ilicitude, que era real, com a necessidade do conhecimento da contrariedade de sua conduta em relação ao ordenamento jurídico, agora se caracteriza pela simples possibilidade de conhecer o caráter ilícito de sua atitude.

Welzel demonstrou que o dolo e a culpa não são elementos da culpabilidade, uma vez que, em se situando nos tipos legais, integram a conduta do fato típico. Assim, estes elementos passaram a integrar o injusto e não mais a culpabilidade.

Com essas alterações, o dolo volta a ser o natural, caracterizado pelos elementos subjetivos, como vontade, o querer, o desejar, mantendo uma íntima ligação de conduta, um dos fatos principais para esse novo posicionamento, do dolo, junto com a conduta como integrantes do fato típico.

Somente a partir de então surgiu uma verdadeira teoria normativa da culpabilidade, visto que a culpabilidade passou a ser limitada à pura reprovabilidade. Nesse sentido, Bitencourt define culpabilidade “como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver cobrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta de em tal sentido” (BITENCOURT, 2007, p.428).

Além disso, Zaffaroni e Pierangeli (2008) afirmaram, que à reprovação do injusto ao seu autor, existem dois núcleos temáticos, quais sejam, a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um determinado âmbito de autodeterminação do agente.

Com a retirada dos elementos subjetivos da culpabilidade, esta passa a ser entendida como um juízo de valor, e a imputabilidade “passa a ter um caráter de pressuposto para que possa valorar e conseqüentemente reprovar um fato, ou em

outras palavras é a capacidade psíquica de culpabilidade”.(RODRIGUES, 2010, p.66)

Sofreu também alterações com a teoria finalista da ação foi a antijuricidade, o a qual passou a possuir elementos subjetivos. Há doutrinadores, ainda que de forma minoritária, criticando ausência completa de elementos subjetivos na culpabilidade, trabalhando com a possibilidade da existência de dois dolos, um fato típico, como ocorre no finalismo e um segundo na culpabilidade, como forma de reprovação.

Concluído o histórico acerca das teorias da culpabilidade, serão adiante analisados os elementos que a compõem.

1.3 Elementos da Culpabilidade

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

1.3.1 Da Imputabilidade

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

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

A culpabilidade individual não é mais que a concretização da capacidade de culpabilidade em relação ao ato concreto, de tal forma que a reprovabilidade encontra sua base [...] nos mesmos elementos concretos cuja concorrência em caráter geral constituem a capacidade de culpabilidade. Isto é, o autor tem de conhecer o injusto, ou pelo tem de poder conhecê-lo e tem de poder decidir-se

por uma conduta conforme ao direito em virtude deste conhecimento (real ou possível). A culpabilidade concreta (reprovabilidade) esta, pois, constituída (paralelamente à capacidade geral de culpabilidade) por elementos intelectuais voluntários (BITENCOURT, 2007,p.325)

Anibal Bruno define a imputabilidade como “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (BRUNO, 1984). O mesmo doutrinador afirma que o conceito de imputabilidade é fornecido no Código Penal Brasileiro, indiretamente e a contrario sensu, pelo de inimputabilidade, previsto no seu artigo 26:

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

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

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

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

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

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

1.3.2 Potencial Consciência da Ilcitude

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

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

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

Outrossim, Ney Moura Teles afirma que

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

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

1.3.3 Exigibilidade de Conduta Diversa

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

Trata-se de elemento volitivo da reprovabilidade, consistente na exigibilidade da obediência é norma. Para que a ação do agente seja reprovável, é indispensável que se lhe possa exigir 25 comportamento diverso do que teve. Isso significa que o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita. (PRADO, 2007,p.112)

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

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

CAPÍTULO II - A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Surge um questionamento se o indivíduo, que vive em um ambiente conturbado, convivendo com uma violência familiar, drogas, dentre outras peculiaridades do meio social em que vive. Se tal indivíduo, deve ter o mesmo tratamento, no momento do Estado aplicar a sanção, em virtude de um crime, tomando-se como base o outro infrator, que foi criado em um local hospitaleiro, com familiares empregados, enfim, possuindo o básico para se ter uma vida com dignidade.

É através a descrição fática acima exposta que surge, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a discussão sobre a possibilidade de aplicação da co-culpabilidade, tendo em vista que o Código Penal não traz expressamente a previsão do instituto em questão.

2.1 Origem Histórica

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008) a co-culpabilidade tem, como base, os pensamentos de Jean Paul Marat, este desenvolveu um estudo crítico quanto os ideais Kantinos no que se refere à finalidade da pena.

As discussões se concentravam em torno da retributividade da pena, tendo em vista que, de um lado, havia indivíduos que tinham todo amparo do Estado, e, de outra parte, existiam localidades, e, conseqüentemente, os sujeitos destas, que se viam em situação de completo desamparo. E, mesmo com essa disparidade de tratamento por via do Estado, no momento da atribuição de uma pena por uma conduta contrária ao ordenamento, ambos tinham tratamento igualitário.

Os princípios defendidos por Marat, são descritos, com maestria, pelos doutrinadores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Admite a tese contratualista, como não podia ser de outro modo em seu tempo, afirmando que os homens se reuniam em sociedade para garantirem seus direitos, mas que a primitiva de igualdade social foi rompida através da violência que exerceram uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes

correspondia. Através das gerações, a falta de qualquer freio ao aumento das fortunas, foi o que fez com que uns enriquecessem à custa dos outros, e que um pequeno número de famílias acumulasse a riqueza, enquanto uma enorme massa foi caindo na indigência, vivendo numa terra ocupada pelos outros, sem ter acesso a um quinhão. Perguntava-se, em tal situação, os indivíduos que não obtinham da sociedade mais do que desvantagens estavam obrigados a respeitar as leis, e respondia categoricamente: 'Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, retornam ao estado de natureza e recobram pela força, os direitos que somente alienaram para obter vantagens maiores; toda autoridade que lhes oponha será tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais do que um simples assassino.(ZAFFARONI & PIERANGELI, 2008, p.234)

Ressalta-se que a obra de Marat não possuía um caráter jurídico, mas que, por intermédio da mesma, veio questionando as penas pela sua finalidade puramente retributiva, mantendo-se o posicionamento, predominante à época, de que a pena deveria ser um castigo. Todavia, insere um limitador a ser estabelecido pela forma com que a sociedade tratou o indivíduo que infringiu a legislação.

Conforme assegura Gregore Moura (2006), a origem da co-culpabilidade nos remete ao século XVIII, com o surgimento dos Estados Liberais, baseando-se em ideais iluministas, o que ocasionou um aumento da desigualdade social e uma necessidade de ser o direito penal uma forma de controle social. Isso demonstrou que a responsabilidade do Estado surge quando o mesmo deixa de fornecer o mínimo para que o indivíduo viva com dignidade.

O doutrinador supramencionado salienta que o tema é divergente na doutrina e mostra que os outros autores defendem o início da co-culpabilidade por intermédio dos direitos socialistas, com a vinda das ideias de Karl Marx, com seu idealismo de extirpar as desigualdades com a utilização do Direito, criticando a sua função de manutenção do capitalismo.

2.2 Conceituação

Ao passo em que a culpabilidade é a obtenção do grau de reprovabilidade da conduta de um indivíduo que infringiu um diploma normativo, podemos dizer que, a co-culpabilidade é a reprovação do Estado mediante a inércia deste em um determinado momento daquela pessoa que cometeu um crime, devendo estar essa

omissão ligada a um bem ou direito extremamente relevante, para que haja a influência no cometimento de um delito.

O que se busca com a “reprovabilidade” da omissão estatal é uma “divisão de culpa”, entre o sujeito infrator e o Estado que teve uma omissão relevante ao ponto de motivar o cometimento de um crime, dando ensejo essa “divisão de culpa” a uma atenuação da pena da pessoa que atuou em sentido contrário ao estabelecido em lei.

No entendimento de Guilherme Souza Nucci, a co-culpabilidade é:

uma reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz com o autor de uma infração penal, quando se verifica não ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidades na vida, significando, pois, que alguns tendem ao crime por falta de opção.(NUCCI, 2007, p.216)

Nilo Batista assegura que, “em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.(BATISTA, 2007, p.105)

O autor supra citado traz o principal intuito da co-culpabilidade, que é o de “dividir” a reprovabilidade da conduta com o Estado, o que por um não fazer do Ente, contribuiu, de forma aguda, para que aquele indivíduo infringisse o ordenamento.

Grégore Moura conceitua-se a co-culpabilidade da seguinte forma:

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 duas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico social.(MOURA, 2006. p.1)

No conceito de co-culpabilidade, o doutrinador supramencionado já demonstra a ligação do presente tema com a Constituição Federal, principalmente por se tratar de um diploma normativo de cunho garantista, e de um Estado que até a presente data se mostra ineficiente em cumprir diversas obrigações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Já Cristiano Rodrigues trata da co-culpabilidade da seguinte forma:

Se a sociedade moderna, arcabouço de desigualdades, age de certa forma sobre os sujeitos, limitando de diferentes formas sua capacidade de autodeterminação e de escolha, esta sociedade deve arcar em parte com as consequências deste ônus por ela imposto aos indivíduos, dividindo a responsabilidade por meio de uma espécie de co-culpabilidade, e atenuado a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabam, por cometer infrações penais. (RODRIGUES, 2010, p44)

Por fim, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli vislumbram a co-culpabilidade assim:

todo sujeito age numa circunstância dada e com um ânimo de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que tem um menos âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar". (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2008, p.525)

A co-culpabilidade demonstra a atuação do meio social em relação aos indivíduos. Percebe-se íntima ligação com o “determinismo”, que como visto anteriormente, salientava a reprovabilidade, tendo-se como base a influência do meio social sobre o infrator, como já dissertado anteriormente, quando tratado sobre o assunto.

Destaca-se, entretanto, que os doutrinadores não têm, como intuito, com relação à co-culpabilidade, a inserção de uma discussão quanto ao determinismo frente ao livre-arbítrio, aceitando a doutrina majoritária que ambos os conceitos se entrelaçam, formando uma conceituação mista. A análise da doutrina neste ponto é se, quando esta influência do meio social, diminui a reprovabilidade da conduta do infrator.

No próximo tópico será feita uma abordagem acerca dos princípios constitucionais que amparam o princípio da co-culpabilidade.

2.3 O Princípio da Co-culpabilidade sob a ótica constitucional

Há uma estreita ligação entre a Constituição da República Federativa do Brasil e o Direito Penal, cabe apresentar o estudo do princípio da co-culpabilidade sob a ótica do Direito Constitucional, com enfoque nos princípios constitucionais. Afinal, os princípios constitucionais norteiam a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, o princípio da co-culpabilidade deverá estar em consonância com os princípios constitucionais, assegurando a efetividade dos mesmos. Portanto, a Constituição de 1988 é fundamento do princípio objeto de estudo.

É inevitável o entrelaçamento entre os valores constitucionais e o Direito Penal, sobretudo, o princípio objeto do presente estudo. Dessa forma, faz-se necessária a interpretação deste conforme a Constituição.

Destaca-se que a relação entre a Constituição de 1988 e o Direito Penal está mais nítida na atualidade, visto que, segundo Grégore Moura, “o Estado passa a ser não só um Estado garantidor dos direitos individuais do cidadão, mas também um Estado ativo e preocupado com os interesses coletivos dos cidadãos”. (2006, p.16)

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Certamente, a dignidade da pessoa humana deve ser alcançada em todos os institutos jurídicos, pois tal fundamento norteia o ordenamento jurídico brasileiro.

Em virtude, portanto, deste princípio, a pessoa humana deve ter igualdade de oportunidades, como ter direito à educação, moradia, emprego, alimentação, lazer e cultura. Ou seja, a dignidade do ser humano envolve incluí-lo, de forma efetiva e substancial, socialmente. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma sobre dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir

as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p.60)

Lamentavelmente, entretanto, a desigualdade socioeconômica e a exclusão social fazem parte do cenário brasileiro, onde o Estado se omite em oferecer serviços essenciais e garantir a dignidade dos cidadãos hipossuficientes. E o princípio da co-culpabilidade vem reconhecer essa omissão estatal em promover a dignidade da pessoa humana. Em consequência, a co-culpabilidade reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento da prática delitiva dos cidadãos excluídos socialmente. Com efeito, a aplicação do princípio da co-culpabilidade buscaria minimizar os efeitos decorrentes da exclusão social proveniente da desigualdade de oportunidades.

Dessa maneira, a aplicação do princípio da co-culpabilidade seria um reconhecimento do direito à dignidade do acusado. Dessa forma, o marginalizado passa a ser considerado um ser humano passível não somente de deveres, mas também de direitos, como o direito de ser tratado como pessoa humana.

É inequívoco, portanto, que a aplicação do princípio da co-culpabilidade visa à proteção do hipossuficiente, indivíduo que, por imperativo constitucional, tem direito de ser tratado com dignidade. E o Direito tem como objetivo justamente a utilização de mecanismos que tentem igualar os desiguais, a fim de minimizar as desigualdades fáticas.

2.3.2 Princípio da igualdade

O art. 5º, caput, da Carta Magna, consagra a igualdade jurídica ao proclamar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Princípio este de extrema importância para o Direito Constitucional, conforme salienta Paulo Bonavides “de todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social”. (2001, p. 347)

Destaca-se também que há duas concepções no tocante à igualdade, quais sejam, a formal e a material. A igualdade formal vislumbra que a lei deve ser

impessoal, genérica, não podendo, dessa forma, fazer distinções. Por força dessa igualdade, com origem na Revolução Francesa, a lei não poderá assumir uma atitude discriminatória em razão de características socioeconômicas, raça, sexo, religião etc. Por outro lado, a igualdade material consagra a ideia de que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Aplicar tal premissa significa atingir a igualdade material. Assim sendo, torna possível a existência de distinções, desde que justificáveis. Afinal, as pessoas não são iguais, razão pela qual, se há uma justificativa para um tratamento diferenciado, este deverá ser aplicado. Isto é razoável, isto é justiça e não uma discriminação abusiva. Paulo Bonavides, ressaltando a relevância da igualdade material, expõe “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador”. (2001, p. 347)

Constata-se, dessa forma, que é imprescindível a concretização da igualdade não apenas formal, mas também material. Nesse sentido, Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes afirma sobre a igualdade no âmbito do Direito Penal:

O princípio da igualdade, no Direito Penal, tanto cumpre função político-criminal como dogmática. No primeiro plano, obriga o legislador a tratar todos os iguais de maneira igual; os desiguais de forma desigual (exemplo: ao imputável se prevê a imposição de pena; ao inimputável está prevista a medida de segurança; os desiguais devem ser tratados desigualmente). O legislador penal não pode fazer diferenciações injustificadas ou abusivas ou discriminatórias. No âmbito dogmático e interpretativo, tanto o intérprete como o juiz deve enfatizar a mesma regra para todos os casos iguais. O juiz deve, de outro lado, tratar desigualmente os desiguais. O inimputável não pode ser tratado como o imputável, v.g. Justifica-se, nesse caso, o tratamento diferenciado. (BIANCHINI; GOMES; GARCÍA-PABLOS, 2009,p.382)

Porém, o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no âmbito constitucional e penal seria uma maneira de tentar diminuir as desigualdades socioeconômicas e concretizar a almejada igualdade material. Afinal, o juiz, no momento em que verifica a situação de hipossuficiência do delinquente e aplica a este uma pena específica, concretiza o princípio da igualdade. Dessa forma, o operador de direito atento à situação desigual e vulnerável em que se encontra o autor da prática delitiva do caso concreto aplicará um tratamento diferenciado, eis que justificável. Isso significa que o juiz deixará de ser mero espectador da realidade

desigual que aflige o cenário brasileiro e passará, portanto, a atuar de modo efetivo com fins de permitir que o almejado princípio da igualdade norteie à aplicação da pena. Assim sendo, o princípio da co-culpabilidade constituirá o meio pelo qual o juiz atingirá o princípio da igualdade e, na verdade, a própria justiça.

O escritor francês Anatole France percebeu que “a lei penal, em sua majestosa igualdade, proíbe por igual o rico e o pobre roubar pão para se alimentar, pedir esmola para comer ou dormir sob a ponte” (1894, p. 81). Isto é, a lei penal acaba por tratar igualmente os desiguais. O legislador, dessa forma, não nota que há parcela da população excluída socialmente, que vive à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado, tendo, portanto, sua liberdade ou autodeterminação mais limitada. Assim sendo, não poderão tais pessoas vulneráveis receber tratamento igual aos mais favorecidos. Aplicar, nesse caso, um tratamento diferenciado faz-se mister, pois justificável. Busca-se atingir dessa maneira a igualdade material.

2.3.3 Princípio da individualização da pena

A Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu art. 5º, incisos XLV e XLVI, encontra-se a previsão do princípio da individualização da pena, e seu objetivo é direcionar a sanção criminal à pessoa do delinquente. Além disso, esse princípio está inserido nas três fases da pena, quais sejam, cominação, aplicação e execução. Sendo, portanto, necessário a abordagem destas.

Inicialmente, a individualização da pena ocorre quando o legislador comina as penas de acordo com o valor das condutas, ou seja, conforme a importância do bem jurídico tutelado. A priori, há uma seleção do legislador, de acordo com um critério político, no tocante às condutas que se apresentam mais relevantes a fim de fazerem parte da abrangência do Direito Penal. Após a seleção, o legislador atribui pena mais severa para os delitos que atacam os bens mais importantes, como a vida. Essa fase seletiva denomina-se cominação.

Logo após, a individualização passa do plano abstrato (cominação) para o plano concreto, em que o julgador aplicará à pena. De início, fixará a pena-base atendendo as circunstâncias judiciais; logo após, considerará as circunstâncias atenuantes e agravantes; por fim, as causas de aumento e diminuição da pena.

Trata-se, assim, da fase chamada aplicação da pena, em que o julgador aplicará uma pena ao condenado de forma justa e de acordo com o que o fato merecer.

Finalmente, a individualização está presente na fase de execução da pena aplicada ao autor da conduta delitiva. Assim, tanto o juiz quanto os integrantes responsáveis pelo sistema penitenciário individualizam a execução, levando em conta os antecedentes e personalidade do condenado, conforme previsto no art. 5º da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

Assim, a execução penal não pode ser a mesma para todos os presos, visto que estes são sumamente diferentes. Corroborando com esse entendimento, Júlio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabbrini afirma:

Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um. (MIRABETE, FABBRINI, 2009, p.61)

Assim sendo, seja na fase da cominação, quanto aplicação ou execução, a sanção penal deve atender o aspecto individual e subjetivo do condenado. Ou seja, serão levadas em consideração as condições pessoais e sociais que permeiam o delito, com enfoque, dessa forma, na pessoa do delinquente.

O princípio da co-culpabilidade, no momento em que reconhece e leva em conta a situação socioeconômica individual do delinquente marginalizado concretiza o princípio da individualização da pena, pois personaliza a aplicação e execução da pena. Tal tratamento individualizado resulta numa maior efetividade da sanção criminal. Nesse sentido:

Com efeito, a positivação do princípio da co-culpabilidade no Código Penal brasileiro propiciará ao julgador considerar na aplicação e execução da pena, outras circunstâncias relevantes que circundam o delito, isto é, as condições socioeconômicas do agente, desde que estas tenham influência na prática do fato crime. (MOURA, 2006, p. 64)

Efetivamente, a individualização da pena concretiza a própria justiça, visto ser esta, segundo Paulo Nader, “a constante e firme vontade de dar a cada um o que é

seu” (1996, p.123). E a co-culpabilidade, no momento em que reconhece as condições sociais e pessoais do agente criminoso, está exatamente retratando a ideia de aplicar a pena de modo individualizado, efetivando, dessa forma, o conceito de justiça no caso concreto.

2.4 Da Co-culpabilidade às avessas

Tratado o instituto da Co-culpabilidade, passa-se agora a discorrer sobre outra teoria símile, trata-se da Teoria da Co-Culpabilidade às Avessas, defendida por Grégore Moura, que faz uma crítica ao sistema, entendendo que o Estado é mais complacente com alguns delitos que, em regra, são praticados por agentes de classe social mais privilegiada.

Grégore Moura ainda faz menção a uma co-culpabilidade às avessas. De acordo com essa teoria, a co-culpabilidade teria o condão de diminuir a pena do agente e também de aumentar o grau de reprovação social e penal.

É claramente observado esse efeito no ordenamento jurídico argentino, no qual a co-culpabilidade serve tanto para agravar como para atenuar a pena. 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 social. (MOURA, 2006, p.46)

Assegura, ainda, que no Brasil há disposições que prevêm indiretamente a co-culpabilidade às avessas, ou seja, para aumentar a reprovação penal. É o caso do artigo 76, inciso IV, alínea a, da Lei nº 8.078/90, o qual dispõe que será circunstância agravante dos crimes previstos na referida lei, quando forem cometidos por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.

Conduto, essa forma de co-culpabilidade não é bem aceita pela doutrina brasileira. Como afirma Grégore Moura:

[...] não reconhecemos a co-culpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal, visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desvirtuar a finalidade para qual foi criada. Além disso, a reprovação daqueles que são incluídos socialmente já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não carecendo, com efeito, de uma exarcebação da punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena previsto no art. 59 do Código Penal. (MOURA, 2006, p.47-48)

Isto posto, não parece razoável agravar a pena daquele que cometeu um crime por ele está inserido no meio social, ainda que de forma parcial, uma vez que o ordenamento jurídico já prevê sanções também para aqueles que estão incluídos socialmente.

Além disso, a co-culpabilidade às avessas ainda se manifesta nas disposições do art. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais, que prevêem, respectivamente, as contravenções de vadiagem e mendicância.

Cumprе ressaltar a diferença entre crime e contravenção. Nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, a diferença entre os dois está apenas na forma de punição, verbis:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O doutrinador Grégore Moura ressalva, “não há diferença ontológica e substancial entre as condutas denominadas crimes e contravenções. O legislador apenas traz graus diversos de valoração de certas condutas em determinado espaço de tempo e lugar.” (2006, p.97)

Ultrapassado esse ponto acerca da diferença entre as duas condutas, leia-se o que dispõe os artigos 59 e 60 da Lei de Contravenção Penal:

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) anos.

Com efeito, da leitura dos dispositivos acima transcritos se depreende que sua aplicação é quase que impossível na atual condição socioeconômica do Brasil, ferindo frontalmente vários princípios constitucionais, que asseguram a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Grégore Moura aduz, ainda, que a previsão dessas contravenções vai contra a adoção do princípio da co-culpabilidade, verbis 64:

Desta feita, a posituação dessas contravenções é totalmente contraposta à adoção do princípio da co-culpabilidade, já que o Estado se furta à sua parcela de responsabilidade no cometimento desses “delitos”, quando não só não presta assistência aos necessitados, como também potencializa essas necessidades ao etiquetar aqueles que não têm condições de trabalho e subsistência, ou seja, criam o estereótipo do bandido – o socialmente excluído. (MOURA, 2006, p.99)

Então, conclui-se que tais contravenções devem ser suprimidas do ordenamento jurídico penal, tendo em vista que, além, de ir contra o princípio da co-culpabilidade, reconhece a “incapacidade do Estado em prover as necessidades de sua população, bem como de aperfeiçoar, gerenciar e controlar o exército de reserva de trabalhadores”. (MOURA, 2006. p.100)

Na época que era função da Igreja cuidar da pobreza, onde o nível de incentivo à caridade era alarmante, o objetivo maior era manter o baixo nível de salários dos trabalhadores, pois em razão das guerras e pestes presentes na Europa o “exército industrial de reserva” diminuía de forma significativa e, conseqüentemente, aumentava o valor da mão-de-obra.

Desta forma, conforme Grégore Moura os motivos que ensejaram a posituação das contravenções de vadiagem e mendicância – falta de exército industrial de reserva-, não mais subsistem, pelo contrário, atualmente esse exército industrial de reserva é enorme, não havendo, assim, necessidade de manter a criminalização da vadiagem e mendicância.

A sua permanência no ordenamento jurídico penal fere frontalmente o princípio da co-culpabilidade que está implícito na Constituição Federal, dificultando a concretização de tal princípio, “cujo objetivo é proporcionar maior aproximação do

Direito Penal com a realidade social, na esteira do princípio da igualdade e da menor seletividade do sistema.” (MOURA, 2006, p.100)

CAPÍTULO III - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA

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

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

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

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

3.1 Circunstâncias de inserção da co-culpabilidade no direito penal

O princípio da co-culpabilidade ganha respaldo no ordenamento jurídico brasileiro através de dispositivos do Código Penal. Desta maneira, existem circunstâncias em que o legislador poderia alterar o Código Penal em vigor a fim de positivar tal princípio.

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

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

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

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

A terceira possibilidade de inserção o acréscimo de um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, declarando que, conforme Grégore Moura, “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de

hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3)” (MOURA, 2006).

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

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

Para os doutrinadores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o art. 66 do Código Penal traz em seu bojo a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade. Tal dispositivo refere-se à atenuante inominada, ou seja, torna possível que uma situação, mesmo não prevista expressamente no rol do art. 65 do Código Penal, atenua a pena, desde que relevante, anterior ou posterior ao delito.

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

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

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

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

Destaca-se ainda a possibilidade de inserção da co-culpabilidade às avessas, a qual é facilmente encontrada compulsando a legislação brasileira, onde se nota a ausência de tipificação do princípio da co-culpabilidade, porém, se observa a existência de uma tipificação contrária a ideia de co-culpabilidade.

Segundo Grégore de Moura (2006), temos em nosso ordenamento, a tipificação de condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; aplicação de penas mais brandas aos detentores de poder econômico; ou, ainda, penas com fator de diminuição ou aumento com maior ou menor reprovação social e penal.

Como exemplo, tem-se o Decreto-Lei 3.688/41, conhecido como Lei de Contravenções Penais. Apesar de o Art. 60 da Lei ter sido revogado pela Lei 11.983/09 que tratava sobre a conduta de mendicância, mantém-se em vigor a vadiagem. Isso, por si só, já demonstra de forma clara e precisa a existência de co-culpabilidade às avessas no ordenamento jurídico pátrio, posto que se dirige a um público alvo, os marginalizados e excluídos do convívio em sociedade.

Dessa forma, o Estado, além de não prestar a devida assistência social, ainda criminaliza certas atitudes, aludindo que essas pessoas poderiam ter uma conduta conforme o direito, apesar de marginalizados.

Outro exemplo dessa aplicação “às avessas” do princípio da co-culpabilidade diz respeito à reparação do dano nos crimes tributários. Isso porque, para os crimes comuns temos duas possibilidades: ou é causa de diminuição de pena ou atenuante genérica, respectivamente previstas nos artigos 16 e 65, III, alínea “b”, ambos do Código Penal. Em contrapartida, nos crimes tributários, os benefícios são outros, entre eles, o artigo 34 da Lei 9.249/95, que prevê a extinção da punibilidade caso ocorra o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia.

Essa falta de coerência e unidade do ordenamento jurídico evidencia um desrespeito ao princípio da proporcionalidade, além de propagar a discriminação social e econômica, afrontando a igualdade material e perpetuando o princípio da co-culpabilidade “às avessas”.

Diante disso, ratifica-se a necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade da forma correta, sem entender a pobreza como causa do crime e sem garantir a observância e existência dessa co-culpabilidade “às avessas”.

3.2 Aplicação da Co-culpabilidade no Direito Comparado

Como já demonstrado anteriormente, não há previsão normativa expressa no Brasil sobre a aplicação do presente instituto. Contudo, em outros ordenamentos jurídicos, há a previsão de forma expressa.

Nilo Batista vislumbra a primeira forma de positivação da co-culpabilidade por intermédio do Código Penal da República Democrática da Alemanha, do ano de 1968. Com fulcro no art 5º, I, que trazia a previsão de que uma ação é reprovável quando o autor pratica, por meio de atos irresponsáveis, os elementos que constituem um crime, ainda que tenham sido oferecidas possibilidades de conduta diversa.

Destaca-se o elevado número de países da América Latina que trazem a previsão expressa do presente instituto. Mas há uma razão para isso, tendo em vista a grande desigualdade social existente nesta região e os posicionamentos de autores sobre o peso que esta disparidade tem na prática de um delito.

Na Argentina, existe previsão expressa da co-culpabilidade, que, no artigo 41 do Código Penal, coloca como atenuantes ou agravantes:

... a idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus, a participação que haja tomado no fato, as reincidências em que houver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstraram a sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso.

Percebe-se o ordenamento jurídico argentino, além de trazer, de forma expressa, a co-culpabilidade, traz também a previsão do que a doutrina resolveu chamar a co-culpabilidade às avessas, que reside possibilidade de se agravar a pena para aquele que teve todo o respaldo, tanto da sociedade, quanto do Estado, e mesmo assim vem a cometer um delito.

O Direito Penal do Peru também traz a previsão da co-culpabilidade como um dos fatos que o magistrado deve analisar na hora de fixar uma penalidade, por meio do art.45 do Código Penal Peruano.

O legislador peruano, no art. acima mencionado, coloca, como um dos alicerces para se aplicar a pena, “as carências sociais que houver sofrido o agente”. É neste instante que incumbe ao magistrado a análise se o Estado se omitiu em algo no caso em concreto com o que faça que o infrator mereça uma penalidade menor, pois o Estado possui também a sua parcela de culpa em relação à conduta daquele sujeito.

A co-culpabilidade também encontra espaço no direito boliviano, por meio dos artigos 38 e 40, enquanto o primeiro trata das “circunstâncias”, momento de apreciar a personalidade do autor, sendo colocado como um dos fatores a serem observados a “sua situação econômica e social”; o segundo artigo trata das atenuantes genéricas, colocando, como uma dessas, o fato de ter sido impulsionado pela miséria.

Observa-se que o legislativo restringiu a hipótese de aplicação da atenuante genérica, por intermédio da co-culpabilidade estatal, aos casos de “miséria”, não estatal. Entretanto o indivíduo não se encontra em situação de miserabilidade. Não há de se falar o mesmo quanto à apreciação da personalidade do autor, em que o legislador, achou por bem utilizar “a situação econômica e social”, duas expressões bem amplas, que permite uma grande liberdade ao magistrado na apreciação no caso em concreto.

O Código Penal Equatoriano, em seu artigo 29, parágrafo 11º também traz a previsão da co-culpabilidade, funcionando como atenuante:

São circunstâncias atenuantes [...]

[...] 11º) Nos delitos contra propriedade, quando a indigência, a numerosa família, ou falta de trabalho colocarem o delinquente em uma situação excepcional; ou quando uma calamidade pública tornar muito difícil a obtenção de forma dos meios de subsistência, na época em que a infração;

Salienta-se que a co-culpabilidade no ordenamento supramencionado se restringe aos casos de crimes contra propriedade, quando há omissão estatal nos casos descritos no décimo primeiro item do artigo 29 do Código Penal equatoriano.

Além dos países supramencionados, ainda há a aplicação da co-culpabilidade: no ordenamento Mexicano, sendo apreciada como circunstância judicial; na Costa Rica, em que não há uma normatização, mas que por interpretação judicial pode ser aplicada por intermédio do artigo 71 do Código Penal costa-riquenho; El Salvador, também não traz expressamente a previsão, contudo

admite-se por interpretação do artigo 29 do Código Penal; e em Portugal, como forma de fundamentação da sanção estatal para uma conduta que infrinja o ordenamento.

3.3 Posicionamento jurisprudencial

Se no campo doutrinário há divergência quanto à aplicabilidade de uma causa supralegal para se atenuar a pena de um indivíduo, pois este infringiu o ordenamento, mas em um momento anterior o Estado também se omitiu em relação a alguns direitos daquele, colocando-o em uma situação de hipossuficiência.

O intuito da presente análise jurisprudencial é verificar se é possível a aplicação da co-culpabilidade mediante decisões em casos concretos. Tendo este primeiro questionamento uma resposta positiva, verificar em quais casos há a possibilidade de atenuação.

Em uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do dia 11 de novembro de 2010, ficou reconhecida pela 2ª turma Criminal daquele Tribunal a possibilidade da co-culpabilidade do Estado ser utilizada de maneira a beneficiar o réu.

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. (Processo nº 20100910084518. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/>. Acesso em 30 de outubro de 2016)

Mesmo a turma entendendo que, no caso em específico, não havia de se falar em interferência do Estado para o cometimento daquele ato infracional, ficou claro o posicionamento dos desembargadores que, havendo uma conduta omissiva do Estado, que tenha o condão de influenciar o indivíduo na prática de um crime, o mesmo merece um tratamento diferenciado na hora da aplicação da sanção por parte do Estado.

Por outro lado, o Tribunal do Rio Grande do Sul, em julgamento realizado no dia 14 de agosto de 2013, tendo como relatora a desembargadora Isabel de Borba Lucas, entendeu ser inaplicável a co-culpabilidade, por:

Falta de previsão legal e porque a hipótese ventilada não se trata de circunstancia relevante, aponto de provocar a redução da pena, pelo art.66 do Código Penal, ou a absolvição do réu. Não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois o crime está presente em todas as camadas sócias. (Processo nº 70050515592. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/>. Acessado em 01 de novembro de 2016

Os julgadores da 8ª Câmara Criminal se ativeram ao legalismo, usando como fundamento para a não aceitação da co-culpabilidade, funcionando como uma atenuante genérica, a ausência de previsão expressa. Ademais mesmo colocando-a com a devida proteção do artigo 66 do Código Penal, consideraram que uma possível omissão estatal não é algo anterior ao crime capaz de atenuar a pena.

No Superior Tribunal de Justiça, há entendimento de impossibilidade da análise fática por parte deste Tribunal, o que impede a discussão do presente instituto, por ser este interligado ao caso concreto.

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS. DOSIMETRIA DA PENA IRRETOCÁVEL. CONCURSO FORMAL. PATAMAR DE AUMENTO INALTERADO. NÚMERO DE VÍTIMAS E DANOS PROVOCADOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DO ERGÁSTULO PROVISÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. UNANIMIDADE (Apelação Criminal. Desprovida. Superior Tribunal de Justiça, 2015)

Em julgado recente sobre a co-culpabilidade por parte do Superior Tribunal de Justiça foi verificada no julgamento do HC 213482/SP, de relatoria da ministra Laurita Vaz, que enfrentou a temática da possibilidade da aplicação do presente instituto quando o indivíduo posto em julgamento possua maus antecedentes e reincidência. A 5ª Turma se posicionou da seguinte forma sobre o tema:

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida a condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, no lugar de explicitar a responsabilidade. (HC nº 213482/SP, Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 de novembro de 2016

Percebe-se que o entendimento do Tribunal reside na negativa da possibilidade de se aplicar a co-culpabilidade em casos em que o sujeito possua condenações criminais.

Em âmbito doutrinário, verifica-se uma grande divergência quanto à possibilidade de aplicação da co-culpabilidade do direito pátrio. Já por parte da jurisprudência, verifica-se uma tendência da não aplicação do instituto em comento, atendo-se ao legalismo, com fundamento na segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Co-culpabilidade surge diante da ineficácia estatal em propiciar requisitos mínimos para que o indivíduo viva uma vida com dignidade, tal omissão gera um desequilíbrio social, e nesta esteira objetiva-se um tratamento diverso a esta pessoa que não teve o amparo do Estado, tendo-se em vista que o seu comportamento teve o “auxílio” do ente estatal, por via de uma inércia em relação a um assunto de suma importância.

A Constituição Federal tem uma íntima ligação com a co-culpabilidade, tendo-se em vista que em última análise o presente instituto visa defender o próprio texto constitucional, mediante a atenuação da pena do infrator, como uma espécie de “penalidade” imposta ao Estado, que se mostrou inerte aos preceitos esculpidos na Carta Magna.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da co-culpabilidade esta inserido de forma implícita, contudo deveria ser tratado da mesma forma, e partindo dos mesmos pressupostos quando da aplicação dos demais princípios existentes nos ordenamento jurídico, já que, como o direito penal visa proteger o cidadão, nada mais justo utilizar este princípio para proteger aquele que foi tratado de forma desigual, não tendo condições de se igualar socialmente com o modelo de “homem médio” inserido na sociedade e previsto no dispositivo legal pelo artigo 5º e inciso I da Constituição Federal. Uma das facetas da inserção do princípio da co-culpabilidade seria justamente o fato de concretizar o Direito Penal como garantidor de princípios constitucionais, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Afinal, o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade concretiza a almejada igualdade material, no momento em que se vislumbra um tratamento diferenciado, porém justificável, na dosimetria da pena para autores de práticas criminosas vulneráveis que têm sua autodeterminação limitada.

Como verificado, há diversos países que já possuem um diploma normativo trazendo de modo expreso a previsão da co-culpabilidade, alguns tratando até da possibilidade de se majorar a penalidade daquele que tenha tido todo amparo estatal, o que passou a se chamar co-culpabilidade às avessas.

Ressalte-se, que a aplicação do princípio da co-culpabilidade apresenta-se plenamente possível no Direito Penal brasileiro. Neste, há dispositivos no Código Penal mediante os quais se torna possível a aplicação do princípio objeto de estudo.

Destaca-se a inserção deste como circunstância inominada do art. 66 do Código Penal, em que se vislumbra a possibilidade de uma circunstância, mesmo não especificada pelo legislador, que possa atenuar a pena. Ainda constitui-se como outra hipótese de aplicação a introdução do referido princípio no art. 59 do Código Penal, apresentando-se expressamente no mencionado artigo como circunstância judicial, estabelecendo, assim, o juiz a pena com atenção às oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito.

O objetivo com o presente trabalho foi o de verificar se a omissão estatal pode ser entendida como circunstância relevante anterior ao crime, cumprindo destacar que não seria qualquer inércia do Estado, mas tão somente a não atuação estatal no que concerne a bens essenciais para que exista uma vida com o mínimo de dignidade.

No âmbito jurisprudencial a co-culpabilidade também traz grande divergência quanto a sua aplicação, tendo prevalecido, todavia o posicionamento pela não aplicação deste instituto, haja vista a ausência de previsão expressa, ou ainda por não se caracterizar uma circunstância relevante com o poder de atenuar a penalidade.

Por fim, salienta-se que foram concluídos os objetivos estabelecidos para este trabalho, demonstrando-se a grande relevância da co-culpabilidade e da exposição das divergências no que diz respeito a sua aplicação.

Fundamentar a não aplicação da co-culpabilidade tomando-se como base a segurança jurídica não é a melhor das justificativas, haja vista o posicionamento expresso do legislador em permitir a aplicação de uma atenuante genérica, por um fato relevante, anterior ou posterior ao cometimento do crime. Incumbindo ao Poder Judiciário, a análise fática, verificar se a inércia do Estado no caso em concreto foi um fato relevante, possuindo o poder de atenuar o delito.

REFERÊNCIAS

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

ARGENTINA. **Código Penal de La Nacion Argentina, Ley 11,179**. Disponível em: <http://www.codigopenalonline.com.br/>. Acesso em 31/10/2016

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 1.

BOLIVIA. **Código Penal Bolívia**. Disponível em: www.oas.org. Acesso em 01/11/2016

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em www.planalto.gov.br/ . Acesso em 25/09/2016

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 03/10/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Denegatória de Habeas Corpus. HC nº 179519/SP**. Paciente: Marco Antonio Subiarales Zambrana. Relatora Ministra Laurita Vaz. Acórdão 01 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 02/11/2016

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

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

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Recurso não provido. 20100910084518 APE.** Relator Desembargador João Timoteo de Oliveira. Acórdão 26 de novembro de 2010. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br>. Acesso em 01/11/2016

EQUADOR. **Código Penal Ecuador.** Disponível em: <http://www.miliarium.com>. Acesso em 01/11/2016

Fragoso, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto da Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 11ª ed. Niterói: Impetus, 2009. Vol. 1

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrine; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. Único.

PERU. **Código Penal del Peru.** Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_75.pdf. Acesso em 01/11/2016

PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 7ª ed. Revista dos Tribunais. Vol.1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelo defensivo parcialmente provido. Processo nº 70050515592. Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas. Acórdão 03 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 03/11/2016

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Vol. Único.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

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

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

_____, Apelação criminal nº 0554942014/MA, Relator: Des. Jose de Ribamar Froz Sobrinho, julgado em 27/04/2015.