



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

AUGUSTO JOSÉ COUTO DE FARIAS NETO

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

**SOUSA - PB
2007**

AUGUSTO JOSÉ COUTO DE FARIAS NETO

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

**SOUSA - PB
2007**



F224a Farias Neto, Augusto José Couto de.
Aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade no Código Penal Brasileiro. / Augusto José Couto de Farias Neto. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

53 f.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito Penal. 2. Código Penal Brasileiro. 3. Princípio da co-culpabilidade. 4. Garantismo Estatal. 5. Princípios constitucionais penais. I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II. Título.

CDU: 343.1(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Augusto José Couto de Faria Neto

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO CÓDIGO PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários para
obtenção do título de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: ____ de _____ 2007

BANCA EXAMINADORA

Professora Carla Pedrosa de Figueiredo
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

À Deus, que nesse momento me faz vivenciar a incrível satisfação de ser um bacharel em Direito.

Aos meus queridos pais: Ana e Faria, meu Porto Seguro, que sempre doaram incondicionalmente seu sangue e suor em forma de amor e trabalho por mim, despertando e alimentando em minha personalidade, ainda na infância, a importância de ser um homem de bem.

Ao meu único irmão e primeiro grande amigo Jackson Faria, que me faz lembrar as aventuras de infância.

À minha namorada, Maiara Lacerda por sua presença carinhosa e pelas palavras de conforto.

AGRADECIMENTOS

À todos aqueles que me mostraram, nesses cinco anos de curso, o valor de uma amizade pura e transparente. À vocês meu sincero agradecimento(Leonardo, Pedro Ivo e Tiago).

Ao amigo Alan Guedes que, como sempre prestativo, contribuiu com as suas habilidades técnicas para que esse trabalho fosse concluído em tempo hábil.

À minha orientadora, Carla Pedrosa Figueiredo, que sempre explorou meu melhor para que fosse aplicado nesse trabalho.

À todos aqueles que, de forma direta e indireta, contribuíram para a realização desse trabalho.

Um mapa do mundo que não inclui a utopia não é digno de uma olhada, porque omite justamente o país em que a humanidade está sempre desembarcando. E quando a humanidade desembarca, vê mais longe um país melhor, para o qual se dirige. O progresso é a realização das utopias.

Oscar Wilde

RESUMO

O Estado Democrático de Direito possui como uma de suas finalidades primordiais a de assegurar os valores elencados em sua Constituição. Contudo, o Estado brasileiro tem sido inoperante no tocante à sua função precípua de proporcionar ao corpo social a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na sua Carta Maior. Tudo isso vem gerando reflexos no âmbito social, uma vez que essa ineficiência do Estado em oferecer, aos seus cidadãos, condições necessárias para se obter uma vida digna tende a criar no íntimo de cada indivíduo certa vulnerabilidade para o cometimento de crimes. A partir dessa inoperância surge na doutrina Penal moderna uma forte discussão no que se refere à imputação de uma responsabilidade ao Estado ante a ocorrência de alguns crimes que se explicam, na sua origem, por sua própria inadimplência. É nesse contexto que brota o princípio da co-culpabilidade e é a partir dele que se desenvolve o presente trabalho. Busca-se explicar a problemática do crescimento da criminalidade como causa da inércia Estatal. Pretende-se, como objetivo geral deste trabalho, demonstrar que o crime é um fato social e que pode ser explicado, em alguns casos, pela ineficácia do ente estatal. Igualmente, têm-se como objetivos específicos a verificação dos aspectos conceituais e históricos do princípio da co-culpabilidade; demonstrar sua relação com a Carta Magna apontando-o como princípio implícito; investigar sua forma de recepção no Direito Comparado; propor sua posituação no ordenamento jurídico pátrio como circunstância atenuante genérica a ser prevista pelo artigo 65 do Código Penal. Para isso, serão empregados o método dialético, histórico, comparativo, exegético-jurídico e o bibliográfico. A conclusão apontada pela pesquisa desenvolve-se no sentido de propor a concretização do princípio da co-culpabilidade por meio de sua posituação no Diploma Penal brasileiro. Isso fará com que o sistema jurídico-penal pátrio se aproxime da realidade social, buscando um Direito mais humano e menos seletivo.

Palavras-chave: Co-culpabilidade. Princípios. Inadimplência.

ABSTRACT

The Democratic state of law has as one of its primary aims to ensure the values listed in its constitution. However, the Brazilian state has been ineffective in relation to the function essential to provide the social body to effective Rights and Fundamental guarantees enshrined in its Charter Higher. All this is reflected in generating social, as the inefficiency of the State in providing to their citizens, conditions needed to achieve a dignified life tends to create in the hearts of individuals some vulnerability for the commission of crimes. From that failure comes in the modern doctrine Criminal strong discussion regarding the allocation of responsibility to the state before the occurrence of some crimes which are explained in its origin, by its own default. It is in this context that flows to the principle of co-culpability and it is from there that develops this work. Search to explain the problem of the growth of crime as a cause of inertia State . It is intended as a general objective of this work to demonstrate that the crime is a social fact and that can be explained in some cases by the inefficiency of state ment. Likewise, there are specific objectives such as the verification of conceptual and historical aspects of the principle of co-culpability; to demonstrate their relationship with the Magna Charta pointing it as a implicit principle; to investigate their reception in the form of Comparative Law; to propose its positivation in the legal system national as a mitigating general to be provided by Article 65 of the Penal Code. Therefore, employees will be the methods exegetic-legal, historical and evolutionary, and bibliography. The conclusion drawn by the research develops in the direction of proposing the implementation of the principle of co-culpability through its Brazilian Criminal Diploma. It will make the legal system-criminal patriotic comes close of social reality, seeking a law more humam and less selective.

Key-words: Co-culpability. Principle. Insolvency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E O GARANTIRISMO ESTATAL.....	12
1.1 Histórico dos Princípios Constitucionais Penais no Brasil.....	12
1.2 Princípios do Direito Penal inseridos na Constituição Federal de 1988.....	14
1.3 O Estado como garantidor dos Princípios Constitucionais.....	21
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.....	24
2.1 Aspectos Gerais.....	25
2.2 Conceito.....	26
2.3 Reflexos da Teoria da co-culpabilidade no âmbito do Direito Comparado.....	29
CAPÍTULO 3 REFLEXOS DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	35
3.1 A co-culpabilidade no âmbito Constitucional.....	36
3.2 A inserção do Princípio da co-culpabilidade.....	42
3.3 A co-culpabilidade como atenuante genérica.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica intitulada como Aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade no Código Penal Brasileiro tem como objetivos evidenciar que o crescimento da criminalidade se deve a uma falha Estatal, analisar o princípio da co-culpabilidade no Direito Penal, por meio do qual se reconhece a co-responsabilidade do Estado e, por fim, demonstrar a sua possível forma de recepção na legislação pátria.

Na realização desse trabalho de conclusão de curso, serão empregados os métodos dialético, histórico, comparativo, exegético-jurídico e o bibliográfico. Para isso, serão utilizadas a análise de textos da internet, da doutrina e de outras publicações que tratem do tema em tela.

O Brasil, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito consagra em sua Constituição alguns princípios que tem por finalidade apoiar o desenvolvimento econômico e social do país, assegurando aos seus cidadãos condições de sobreviverem de forma digna, promovendo oportunidades de ascensão social para a população, devendo distribuir os Direitos Fundamentais de forma harmônica entre as pessoas, realizando, com isso, a tão imaginada justiça social.

Contudo, o que se enxerga no cenário atual é um Estado que se mostra inábil para satisfazer as necessidades mais gritantes da população, tais como a efetivação de políticas sociais de inclusão, investimento nos setores de ensino, saúde, saneamento básico, moradia, criação de novos postos de trabalho. Desta forma, o Estado brasileiro mostra-se por demais omissos, menosprezando um dever constitucional, tornando-se, portanto, responsável pelas conseqüências de sua inoperância.

Essa inadimplência quanto às garantias constitucionais gera repercussão em outros ramos do Direito, bem como no Direito Penal onde se observa uma grande tendência de reformulação.

A experiência do código em vigor veio demonstrar que o sistema se funda em ficções. Não se percebe o efeito preventivo da ameaça penal. Atualmente, o crime, se revela como um fenômeno sócio-político que se deve principalmente às condições estruturais da formação social, que não são afetadas pela ameaça penal. As nações Unidas têm insistido na necessidade de compreender que a tarefa essencial é a que se relaciona com a qualidade de vida, devendo a prevenção da criminalidade constar dos planos de desenvolvimento social, reforçando a afirmativa de que não é só com o direito penal que se controla o fenômeno da criminalidade.

O que explica, no cenário atual, o aumento da criminalidade indiferente à severidade do sistema repressivo é a marginalização crescente de extensas faixas da população através de uma ordem sócio-econômica que se caracteriza pela profunda desigualdade e pelo empobrecimento constante dos que vivem à margem da sociedade. Basta, também, para explicar o crescimento da criminalidade considerar a situação terrível dos menores carentes nos grandes centros urbanos, formando o que se pode denominar de “ exército de reserva da criminalidade”.

No primeiro capítulo, serão analisados alguns princípios constitucionais, adotados na legislação brasileira, que tenham repercussão na esfera do Direito Penal. Ainda nesse capítulo será apontada a ineficiência do Estado para propiciar a efetivação desses princípios demonstrando-se, com isso, a necessidade de adoção do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo tratará da origem histórica do referido princípio demonstrando, ainda, seu conceito e a sua aplicação nas legislações de outros países.

Por fim, no terceiro e último capítulo será abordado o princípio da co-culpabilidade sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, demonstrando a possibilidade de inclusão desse princípio, na legislação penal brasileira, como circunstância atenuante genérica.

CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E O GARANTISMO ESTATAL

A Constituição Federal estabelece em seus dispositivos princípios e normas que servem de fundamento de validade para todos os ramos jurídicos principalmente do Direito Penal. Com base nos ensinamentos do ilustre doutrinador Luiz Luisi (2003, p. 122) pode-se afirmar que, os princípios constitucionais penais servem para legitimar o poder punitivo estatal bem como orientar o legislador infraconstitucional para que este exerça a sua tarefa de criminalizar condutas e cominar penas.

Diante disso, defende-se a constitucionalização dos princípios penais levando em consideração os seguintes aspectos: a limitação do poder punitivo do Estado, o equilíbrio entre o *status libertatis* do cidadão e o *jus puniendi* estatal; a inexistência de direitos absolutos; e, a evolução do direito de punir com base nas novas formas delituosas que surgem ao longo dos tempos, devendo sempre respeitar o ordenamento constitucional.

Deste modo, é possível depreender da Carta Magna princípios penais, explícitos ou implícitos, quais sejam os princípios da legalidade, da irretroatividade, da intervenção mínima, da culpabilidade e da individualização da pena. Estes princípios serão analisados no decorrer deste capítulo bem como o dever do Estado em resguardá-los, pois tal estudo é de suma importância para o exame do princípio da co-culpabilidade.

1.1 Histórico dos Princípios Constitucionais Penais no Brasil

A Constituição de 1824, influenciada pelos direitos liberais da Revolução Francesa, já proclamava a igualdade entre os cidadãos e a irretroatividade das leis, que não eram princípios especificamente penais, mas de qualquer sorte, tais garantias já atingiam sede constitucional.

No campo penal a referida Carta consagrava os princípios da legalidade dos delitos e das penas, da pessoalidade e o direito de somente ser preso em virtude de ordem judicial (salvo a prisão em flagrante) e da inviolabilidade de correspondências. No âmbito do Direito Penal, apenas em 1830, ocorreu a promulgação do primeiro Código Criminal Brasileiro.

Em 1891, após a proclamação da República, foi promulgada nova Carta Constitucional, tendo como fonte inspiradora os princípios do liberalismo e a democracia pregada pelos iluministas. No âmbito do Direito Penal, a passagem da Monarquia para a República ocasionou uma aceleração tão grande no processo de edição de um novo Código Penal, que este chegou a ser promulgado em 1890, antes, portanto, da própria Constituição.

Em 1942, passou a vigorar no território nacional o Código Penal de 1942, o qual adotou dois sistemas: um baseado na responsabilidade moral e penal, e o outro nos conceitos de periculosidade e medida de segurança.

A Carta Constitucional de 1969 trazia, em seu art.153, § 16, implícitos os princípios do contraditório, da legalidade e da irretroatividade da lei penal, esta última somente admitida se benéfica para o réu. Trazia também, a obrigação da imediata comunicação da prisão à autoridade judiciária competente, para que esta, verificando a sua irregularidade, ordenasse o relaxamento da mesma.

Os princípios do contraditório e da presunção de inocência, embora não previstos expressamente nessas Constituições, já estavam implicitamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos princípios da pessoalidade e da individualização da pena, estes sempre estiveram presentes nas Leis Magnas anteriores.

A atual Constituição, por sua vez, traz valores e princípios colocados no texto de forma clara e expressa para que possam ser acessíveis e invocados por todos, sendo ela concebida como instrumento de efetivação do Estado Democrático. Tais princípios oferecem aos cidadãos uma maior segurança jurídica para o exercício da liberdade individual e os direitos

dela inerentes. Os princípios penais expressamente explicitados na vigente ordem constitucional e os implicitamente reconhecidos a partir de sua interpretação sistemática são juridicamente eficazes.

1.2 Princípios do Direito Penal inseridos na Constituição Federal de 1988

O primeiro princípio a ser analisado é o da legalidade o qual está previsto na Constituição Federal com uma redação muito similar com a que se encontra na legislação penal. Assim, pode-se observar no ordenamento jurídico pátrio a consagração do princípio da estrita reserva legal e da anterioridade da lei aparelhados em duas formas: a do artigo 5º XXXIX, da Constituição, e a do artigo 1º do Código Penal.

Nestes diplomas, tem-se que a legalidade é um princípio jurídico fundamental que vem a estabelecer que não há delito fora da definição legal e nem se pode impor uma pena que não esteja definida em lei, de modo que um fato não pode ser tido como crime e nem poderá emanar dele alguma penalidade sem que antes exista uma previsão legal que defina este fato como um crime.

Assim, convém apontar as funções desse princípio, a saber: proibir a retroatividade da lei penal mais severa; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, decretos e medidas provisórias; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e, proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Esse princípio deve ser analisado sob os aspectos da legalidade formal e o da legalidade material. Tais aspectos estão ligados ao Estado Constitucional de Direito, o qual tem por proposta adotar um modelo penal garantista que não observe apenas as formalidades e procedimentos impostos pela Constituição, mas também que tenha em vista as garantias e os direitos fundamentais previstos em sua disposição.

Assim sustenta Luigi Ferrajoli (apud Rogério Greco, 2006, p. 104):

O sistema das normas sobre a produção de normas-habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional – não se compõe somente de formas sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma - por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.

Deste modo, essas limitações impostas exigem que o legislador observe as normas substanciais de imposição e proibição da Carta Magna para não violar as garantias e os direitos fundamentais por ela consagrados. Entende-se que tal postulado não se restringe somente à mera legalidade, mas à um princípio de estrita legalidade.

Depois de analisar o princípio da legalidade, mister se faz comentar o princípio da irretroatividade da lei penal, o qual encontra-se expresso na atual Constituição e no diploma penal, em seus artigos 5º, XL e 2º, respectivamente. O aludido princípio estabelece que a lei penal só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência. Ou seja, os fatos anteriores à lei, mesmo que julgados posteriormente, não podem ter como parâmetro de julgamento esta lei, pois é necessária a preexistência da lei para regular a matéria. Neste sentido, o alcance dessa matéria remete ao problema da aplicação da lei penal no tempo.

Para a aplicação da lei penal, primeiramente, é imprescindível o desenvolvimento de uma relação jurídica entre o agente agressor e o Estado, na tutela dos interesses de ordem e pacificação social, que se instaura no momento em que o agente pratica um ato típico. Essa relação deve ser regulada pela lei em vigor ao tempo do estabelecimento desta, ou seja, no momento em que a conduta tipicamente descrita em lei foi praticada.

As hipóteses mais comuns de aparente conflito podem surgir com a ocorrência dos seguintes institutos: *Abolitio criminis*, *Novatio legis in pejus*, *Novatio legis in melius*, e Ultra-atividade das lei penais especiais e temporárias.

O instituto da *Abolitio criminis* ocorre quando uma lei posterior deixa de considerar crime uma conduta que era tipificada ao tempo do fato, ou seja, no momento em que o sujeito praticou determinada conduta, esta era considerada crime, porém no decorrer do processo ou mesmo na fase de execução da pena, tal conduta, por uma lei posterior deixa de ser considerada típica. Configura uma situação em que a lei penal posterior é mais benigna, devendo, portanto, ser aplicada. A *abolitio criminis* é uma consequência lógica da aplicação da lei posterior mais benigna, decorrente do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal que estabelece: “Ninguém pode ser punido por fato que posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

A *Novatio legis in pejus* se dá quando uma lei posterior for menos benéfica, agravando de qualquer modo a situação do sujeito. Nesse caso, a lei penal posterior não retroagirá. Assim, a lei anterior (mais branda) será ultra-ativa, e a posterior será irretroativa em sua parte mais agravante. *Novatio legis in melius* por sua vez, ocorre quando uma lei posterior, sem descriminalizar a conduta, dá um tratamento mais brando ao sujeito. Não importando em que fase esteja o processo, mesmo que em fase executória, prevalece sempre a lei mais benigna.

A lei temporária ou especial, como o próprio nome já induz, é uma lei criada para regular circunstância específica e transitória, e por isso mesmo, vigora apenas por um determinado período de tempo. A lei especial é aquela que tem a sua vigência limitada a um período de tempo não determinado, porém determinável, pois sua vigência encontra-se delimitada pela presença de uma circunstância especial, ou seja, tão logo cesse a ocorrência desta circunstância, falece a vigência desta lei. A lei temporária, por sua vez, embora bastante semelhante à lei especial caracteriza-se por possuir, no próprio texto de lei, tempo certo e

determinado de vigência. Contudo, é importante notar que a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessada as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.

Outro princípio de indiscutível importância para o Direito Penal é o da culpabilidade. A culpabilidade pode ser conceituada como sendo um juízo de reprovabilidade que incide sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente por esse ter agido de modo contrário ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a ordem jurídica. Esse princípio está implícito na Constituição Federal e é de volumosa importância para o sistema penal, pois é hoje requisito necessário para a existência de um crime e a sua conseqüente punição, não havendo possibilidade de responsabilidade penal sem responsabilidade subjetiva.

A adoção desse princípio faz suavizar da esfera de responsabilidade do indivíduo a produção de fatos que não tenham sido causados pelo próprio agente por dolo ou culpa. Abstrai-se daí que, a responsabilidade penal será sempre pessoal (artigo 5º, LVII), não ultrapassando o encargo do agente infrator.

É necessário, portanto, para configurar a culpabilidade que exista o requisito da culpa em sentido amplo, o qual compreende o dolo e a culpa em sentido estrito. Nestes termos assevera Eugênio Zaffaroni (*apud* Grégore Moure, 2006, p.28):

O princípio da culpabilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito. A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e da determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjunção de ambos determina o objeto que imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e exclui quando não alcança a mínima.

Para que ocorra o adequado amparo ao princípio da culpabilidade, se faz importante não só a exclusão de resquícios da responsabilidade objetiva do cidadão, ou a responsabilidade

por presunção como também deve ser esse princípio um elemento orientador no balanceamento de penas em relação ao elemento subjetivo.

Depois de analisar o princípio da culpabilidade, passa-se a analisar o princípio da intervenção mínima. Observa-se que este o princípio remonta ao surgimento da Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e do Cidadão, que determinava que “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias...”. Foi com este dispositivo que surgiu o princípio da intervenção mínima, também chamado de princípio da necessidade, direito penal mínimo ou princípio da subsidiariedade do Direito Penal. A garantia do Direito Penal mínimo é um sistema de normas de proteção à liberdade do cidadão que só autorizam a intervenção do Estado na esfera particular em situações extraordinárias, ou seja, como última medida a ser tomada após todas as outras fracassarem.

A Carta Magna não trouxe esta garantia de forma expressa, mas do conjunto de dispositivos e postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito ela se impõe como princípio a ser respeitado.

Do estudo deste princípio, chega-se a conclusão de que o direito penal deve sempre guardar um caráter subsidiário, ou seja, deve ser um último remédio, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se mostram ineficazes para dar a devida tutela aos bens jurídicos tutelados e importantes para a própria existência do homem e da sociedade.

Relacionando-o com o princípio da legalidade que preconiza a máxima de que não há delito sem prévia cominação legal verifica-se que, não são todas as lesões a bens jurídicos que são consideradas proibidas ou eleitas reprováveis pela norma, em outras palavras, a lei penal não estende sua tutela sobre todos os bens jurídicos. O princípio da lesividade busca, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal as condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros, defendendo que não se pode punir alguém pelo simples fato de não gostar de tomar banho regularmente, por tatuar o próprio corpo ou por se entregar

à vida sexual, desde que maior e capaz. Enfim, muitas condutas que agridem o senso comum da sociedade, desde que não lesivas a terceiros, não poderão ser proibidas ou impostas pelo Direito Penal.

O Direito Penal realiza uma tutela seletiva dos bens jurídicos que integram o patrimônio dos cidadãos, seleção esta que fica restrita às condutas subjetivamente consideradas relevantes em determinado momento social, no que diz respeito à intensidade e gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado.

É nesta natureza seletiva da proteção dispensada pelo direito penal que se assenta o seu caráter fragmentário, não sancionador de todas as condutas capazes de ameaçar bens jurídicos, mas apenas daquelas mais graves e mais perigosas realizadas contra bens mais valiosos. Um grande exemplo é o artigo 121 do Código Penal, quando define reprovável a conduta de matar alguém, protegendo o bem mais valioso que é a vida.

A sanção penal então, só se legitima quando for instrumento indispensável de proteção jurídica. O legislador ao proceder a criminalização de uma conduta deve evitar a cominação de pena privativa de liberdade se esta não for indispensável e deixar de fora do âmbito penal condutas também reprováveis em virtude de sua fraca lesividade, podendo, ainda, serem solucionadas no âmbito do Direito Civil por meio de indenizações. O legislador deve, dessa forma, valorar as condutas observando a reprovabilidade, a lesividade e a real necessidade de inseri-la no campo do direito penal procedendo a criminalização da conduta.

Considera-se, portanto, que a retirada de certas condutas do âmbito do direito penal e mesmo as formas alternativas de pena devem substituir a pena privativa de liberdade, pois aquelas já se mostram muito mais eficazes e compensadoras tanto para a sociedade, quanto para o indivíduo, se mostrando também intimidadoras.

Isto posto, nota-se que nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O direito penal

limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, pois se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Por fim, imprescindível é a análise a ser feita acerca do princípio da individualização da pena, o qual está previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal Brasileiro. Tais diplomas legais determinam que a individualização da pena é o processo através do qual se fixará a pena do delinqüente de acordo com a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Todas estas ponderações devem ser feitas no momento da individualização da pena a ser aplicada. Assim, individualizar a pena significa adaptar a pena ao condenado, levando-se em consideração as características do agente e do delito.

O processo de individualização da pena se dá em três fases distintas, a saber: a legislativa, a judiciária e a executiva. Na primeira etapa, o legislador elenca as condutas em abstrato do indivíduo e fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa. Nesta fase, o legislador tem uma liberdade mais ampla, podendo se utilizar das diversas possibilidades de penas previstas constitucionalmente, de forma a atribuir ao delinqüente uma pena justa e menos ofensiva possível, tanto para a sociedade, quanto para o condenado que terá que cumprir a pena. Além disso, o legislador fixa regras de progressão criminal, cria dispositivos para o juiz proceder à aplicação da pena na sentença, enfim, estabelece os comandos que vão permitir as ulteriores individualizações.

O segundo momento no processo de individualização das penas é a fase judiciária. A individualização judiciária apesar de deixar o juiz adstrito às regras legais não deixa de dar a este um grande poder discricionário para determinar a fixação da pena. O magistrado vai fixar

qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo legal para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.

As regras a serem seguidas para a individualização judiciária encontram-se previstas no Código Penal em seu artigo 59. Com isso, o juiz para proceder à fixação da pena base deve levar em conta o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, determinando uma pena base entre o mínimo e o máximo legal. Num segundo momento, o magistrado vai observar a ocorrência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, analisará as causas de aumento e diminuição de pena.

Uma vez sendo determinada a pena a ser cumprida, chega-se a fase de execução, último momento da individualização da pena. É o instante em que a pena pode ser concretizada permitindo que o magistrado aplique a sanção penal, com o sistema de progressão e benefícios contidos na Lei de Execução Penal, de modo a melhor cumprir a tarefa de reconduzir o sentenciado de volta à sociedade.

1.3 O Estado como garantidor dos Princípios Constitucionais

O garantismo é um modelo de Estado que adota, como núcleo primário de sua atuação, a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos. Possui este sistema como característica peculiar a ampliação do rol de liberdades individuais, protegendo-as do exercício abusivo ou arbitrário do poder-dever de repressão do Estado.

A concepção do modelo garantista de Estado está intimamente ligada à evolução e ampliação do âmbito de aplicabilidade dos princípios constitucionais. Este modelo de Estado teve grande influência, na consagração de suas garantias, com as idéias iluministas. Foi com

este ideário que passou a estar expressamente inscritas na Declaração Francesa, na Constituição que a seguiu e na maioria das ordens constitucionais princípios como o da legalidade dos delitos e das penas, a abolição da tortura, a jurisdicionalidade da persecução penal, a irretroatividade, dentre outros.

A partir de então, estes princípios penais passaram a integrar a ordem jurídica da grande maioria dos países civilizados. Deste modo, a partir da Declaração de Direitos do século XVIII até os dias atuais, vêm se destacando inúmeros preceitos específicos de proteção dos indivíduos sujeitos aos mecanismos de repressão penal do Estado.

O garantismo vincula-se, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal. É um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades ou mesmo com interesses do Estado. O objeto sob o qual recai sua tutela são os direitos subjetivos ou a pretensão de acessar os bens da vida para satisfação das necessidades humanas

O compromisso do Estado Social, Democrático e de Direito, deve ser, desta forma, tanto com suas atividades sociais, quanto com as garantias democráticas. A emancipação do homem, nesse Estado Social e Democrático, se dá tanto com a ação do Estado dirigido a reduzir as desigualdades, quanto à de impedir que o homem seja esmagado por objetivos sociais, tratado como mero objeto de exercícios do poder de punir.

O Brasil adota a forma de Estado garantista e isso pode ser claramente verificado ao se observar os princípios e garantias individuais inseridas no artigo 5º da Constituição de 1988, principalmente ao recepcionar, em sua ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana. A Carta Magna adota esse princípio como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, III, servindo para ancorar os demais direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana além de fundamento constitucional entra na esfera penal para passar a ser um ditame axiológico-normativo-penal. Assim, tanto o princípio da dignidade quanto a necessidade da prevalência dos direitos humanos tornam-se os elementos de hermenêutica penal e os fatores de habilitação do sistema punitivo, além de desempenharem as funções de limites do *jus puniendi* e das finalidades prestacionais do Estado realizadas por meio da atividade punitiva.

Contudo, observa-se no Brasil que a dignidade humana não está sendo respeitada e aplicada, nas ações estatais, como fundamento constitucional e penal dispostos no ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, o crime se revela como sendo um fenômeno sócio-político que se deve principalmente às condições estruturais da formação social. Visto isto, as Nações Unidas têm insistido na necessidade de compreender que a tarefa essencial do Estado é a que se relaciona com a qualidade de vida, devendo a prevenção da criminalidade constar dos planos de desenvolvimento social reforçando, assim, a afirmativa de que o direito penal não é o único meio utilizado para controlar o fenômeno da criminalidade.

Uma vez observado o princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva de um Estado Democrático de Direito nota-se que, o Estado Brasileiro não se mostra eficiente na realização dos fins consagrados na ordem Constitucional, vez que é incapaz de oferecer aos seus cidadãos condições suficientes para que consigam viver de forma digna, com vista a diminuir inclusive a criminalidade.

Destarte, interessante seria que fosse inserido no ordenamento jurídico pátrio mais um princípio, qual seja o princípio da co-culpabilidade, como forma de aplicar o valor igualdade e a dignidade da pessoa humana na ordem penal, responsabilizando o Estado por sua ineficiência em garantir a efetivação dos Princípios Constitucionais. Desta feita, esse princípio será o objeto do estudo nos capítulos subseqüentes.

CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Traçar uma linha histórica acerca do princípio da co-culpabilidade é de grande dificuldade, pois o mesmo não é tratado pela doutrina pátria ou estrangeira. Contudo, a doutrina moderna prega que este princípio surgiu com a criação dos Estados Liberais e das idéias iluministas do século XVIII.

Ante as divergências que surgem em torno dessa matéria, explica-se o fato de que a co-culpabilidade nasceu no âmbito do Estado Liberal, ignorando-se o Absolutismo, pelo fato de que este último não respeitava as garantias básicas do cidadão, pois nessa época considerava-se como verdade absoluta a vontade dos reis. Além disso, observava-se naquela época a total irresponsabilidade penal dos reis, exatamente em face da ligação existente entre o Direito e a Religião.

A criação dos Estados Liberais e a adoção das novas idéias trazidas pelos iluministas, propiciaram um liberalismo e um individualismo exacerbado ocasionando um aprofundamento da desigualdade social. A partir daí, pôde-se perceber que o Direito é um instrumento de controle social e tem a função de manter o equilíbrio das classes sociais ditas inferiores.

Com isso, essa corrente se agarra na afirmativa de que apenas com o nascimento do iluminismo e a criação dos Estados Liberais acarretando no conseqüente desligamento entre o Estado, Direito e a Religião, torna-se possível determinar o surgimento do princípio da co-culpabilidade.

Desta forma, a co-responsabilidade do Estado, no cometimento de determinados delitos, surgiu com o advento do Estado Liberalista e o seu contratualismo, ou seja, o delito aparece como forma de quebra de contrato social. Entretanto, o Estado também quebra o contrato

social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana.

Esses apontamentos históricos referentes a esse princípio vêm a reforçar o conceito contemporâneo de que a co-culpabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo, desta feita, assumir sua inadimplência e reconhecendo sua co-responsabilidade, dando ensejo a uma menor reprovação do delinqüente quando da aplicação e execução da sua pena.

2.1 Aspectos Gerais

Ao se traçar o conceito desse princípio convém perceber a influência que o meio social pode exercer sobre as pessoas. Os Estados que adotam o ideal democrático, a exemplo do Brasil, estabelece em suas Cartas a igualdade de todos perante a lei, a qual a doutrina define como sendo uma igualdade formal. Contudo, há algum tempo já se aponta para a insuficiência de se considerar a idéia de igualdade em uma perspectiva meramente formal, uma vez que a noção de igualdade pressupõe a constatação das diferenças, ou seja, tratando-se igual o que em essência é diverso o que, na verdade, é tratar diferente.

O princípio da igualdade não deve ser visto como algo estático, indiferente à eliminação das desigualdades, mas sim como um princípio dinâmico, impositivo de uma igualdade material implicando na compensação positiva das desigualdades de oportunidades.

A noção de igualdade tem uma relação muito próxima com a liberdade individual do sujeito, ou seja, o seu âmbito de autodeterminação. A aferição das desigualdades fáticas, no que tange às condições e oportunidades reais de vida, tem direta implicação no âmbito de liberdade de que o agente social desfruta. Para consecução dessa liberdade fática, faz-se necessária a efetivação da igualdade real de oportunidades sociais, ou seja, o individuo conta

com maior ou menor grau de liberdade na medida e proporção das oportunidades sociais, das possibilidades de escolha e das alternativas que lhe são apresentadas.

Desta forma, seguindo esse mesmo entendimento, Zaffaroni e Pierangeli (*apud* Rogério Greco, 2006, p.454) asseveram que:

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito 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 menor 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 há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Desta forma, se faz pertinente apontar que essa noção de desigualdade fática com a conseqüente repercussão no poder de autodeterminação dos indivíduos integra o conceito de co-culpabilidade. Isso gera reflexos no âmbito social, uma vez que condiciona os indivíduos marginalizados para a prática de crimes.

Nesse sentido, a co-culpabilidade da sociedade organizada pode ser admitida como uma minimização da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas. Assim, o Estado deve arcar, pelo menos em parte, com as conseqüências de sua falha em oferecer ao corpo social as condições e os pressupostos mínimos de dignidade. Desta forma, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, em face de sua ineficiência.

2.2 Conceito

Na tentativa de definir o princípio da co-culpabilidade buscando a aproximação de seu real sentido e alcance, pode-se concluir que consiste a co-culpabilidade na evidenciação e

reconhecimento da parcela de responsabilidade atribuível à sociedade, diante da prática de infrações penais por indivíduos excluídos do processo de inserção social, a quem foram songadas as mínimas perspectivas de vida.

Os defensores da co-culpabilidade da sociedade organizada apontam que é de grande relevância que a sociedade, que delegou o *jus puniendi* estatal, assuma sua influência sobre alguns crimes, ao colocar o indivíduo em uma conjuntura social adversa, sem maiores alternativas e expectativas de vida deixando-o vulnerável a criminalidade. Com isso, a sociedade assumiria parcela de sua responsabilidade. Tal fator teria por efeito uma redução do juízo de reprovação incidente sobre o indivíduo, atenuando a correspondente reprimenda penal. Haveria, portanto, um compartilhamento de responsabilidades entre o agente e a sociedade.

A co-culpabilidade da sociedade passa pela noção de culpabilidade circunstanciada ou contextualizada, ou seja, deve-se levar em consideração que o crime, antes de ser uma construção da dogmática jurídica, é um fato social. Assim, ter-se-ia em conta ao proceder à mensuração do juízo de censura penal alguns fatores, bem como as oportunidades de vida oferecidas ao acusado e a realidade em que se encontra inserido. Com isso, a culpabilidade do agente não pode se reduzir a um mero juízo abstrato de reprovação, sob pena de desvirtuamentos.

Desta forma, trata-se de considerar no juízo de reprovabilidade a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhe deparam e a assistência que lhe foi ministrada pelo Estado. A reprovação incidente sobre o sujeito seria dosada com observância de sua conduta lesiva a bens e interesses ensejadores da tutela penal em correlação com as oportunidades e perspectivas que o corpo social apresenta ao mesmo. Observa-se, com isso, que a co-culpabilidade tem o mérito de introduzir na construção da culpabilidade normativa, normalmente radicada em concepções idealistas, um forte componente de realismo.

Cabe lembrar, ainda, que a Constituição de 1988 consagrando um modelo estatal Democrático de Direito segue uma tendência das constituições modernas as quais incorporam tanto princípios do Estado Liberal quanto do Estado Social, introduzindo não só novas garantias individuais, como também um conjunto de normas destinadas a torná-las concretas, ampliando, desta forma, a área de proteção da esfera individual dos cidadãos.

Isto posto, analisada sob o prisma da Carta Maior, entende-se que a 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 consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. Essa afirmativa pode encontrar fundamento no artigo 5º, parágrafo 2º, da própria Constituição, quando dispõe que os direitos e garantias fundamentais nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Assim, a aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento, por parte do Estado, de sua responsabilidade indireta no fato criminoso, em face da exclusão social do indivíduo delinquente ocasionada por sua própria inoperância.

Com efeito, assevera Rogério Greco (2006, p. 454):

A teoria da co-culpabilidade se integra ao mundo do Direito Penal para apontar e demonstrar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus "supostos cidadãos". Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar criando, dessa forma, condições dignas de sobrevivência. Devido a esse descaso do Estado hoje, se tornou habitual observar pessoas que vivem a mendigar um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir a realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, deve-se apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Deste modo, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhecendo o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas e em certas condições, propicia a diminuição da severidade na aplicação da pena a ser imposta ao delinqüente.

2.3 Reflexos da Teoria da Co-culpabilidade no âmbito do Direito Comparado

O princípio da co-culpabilidade vem sendo tratado em diversas legislações, de modo a ser motivo de constantes debates na doutrina desses países. É assim, em países como os Estados Unidos e até em alguns países latino-americanos, quais sejam: Argentina, México, Peru, Costa Rica, etc. Assim sendo, a simples positivação da co-culpabilidade nos diversos Códigos Penais faz com que estes Estados reconheçam a sua meia culpa na questão da criminalidade.

Logo, a aplicação da co-culpabilidade nessas legislações, se ainda não é uma solução, pelo menos pode ser encarada como uma busca de um Direito Penal mais humanitário, voltado para o cenário nacional, onde será inserido.

Isso se explica a partir do entendimento de que a co-culpabilidade foi desenvolvida tendo em vista as peculiaridades econômico-sociais dos países subdesenvolvidos, isto é, seu maior âmbito de aplicação se dá e se faz necessário naqueles países em que o Estado é omissivo no cumprimento de suas obrigações, mormente no que tange à inserção social, cultural, intelectual e econômica de seus cidadãos.

Ante o exposto, percebe-se que a normatização da co-culpabilidade também se faz necessária também em alguns países desenvolvidos como, por exemplo, nos Estados Unidos e na França.

O Código Penal da República Argentina traz expressamente o princípio em tela como fator a ser observado na dosimetria da pena. Neste país, a co-culpabilidade é prevista como uma circunstância legal que agrava ou atenua a pena, malgrado os doutrinadores sempre a tratem como circunstância atenuante.

Com efeito, pode-se perceber a natureza jurídica da co-culpabilidade no direito argentino, ou seja, equivaleria no Brasil ao que se denomina de circunstância legal, que incidiria na aplicação da pena em sua segunda fase, na forma do artigo 68 do diploma penal pátrio.

O dispositivo penal Mexicano dispõe sobre o princípio da co-culpabilidade em seu artigo 52 trazendo uma redação muito similar à utilizada pela legislação Argentina. No seu ordenamento, a co-culpabilidade é uma circunstância judicial, incidindo na primeira fase de aplicação da pena, sendo também estendida expressamente à aplicação das medidas de segurança, denotando ser uma inovação.

Assim sendo, ao traçar-se um paralelo entre o direito penal mexicano e o brasileiro em face dos impactos causados pela globalização e pelo neoliberalismo, chega-se a conclusão de que esses fenômenos acentuam mais a exclusão e desigualdade social, tanto no Brasil como no México. Contudo, o México já se adiantou na tentativa de minorar as perversas conseqüências, que o novo modelo econômico internacional causa, com a previsão expressa da co-culpabilidade no artigo 52 do seu Código Penal.

Na Costa Rica, o Código Penal não prevê expressamente a co-culpabilidade. No entanto, esta poderia ser aplicada quando da interpretação do artigo 71, o qual, *mutatis mutandis*, equivale ao artigo 66, do Código Penal Brasileiro, que trata das atenuantes inominadas. Todavia, há o reconhecimento da co-culpabilidade no *proyecto Del código penal de Costa Rica*, de 14 de abril de 1998, em seus artigos 73 e 74.

Na observância desse projeto, pode-se notar uma grande evolução no que tange a co-culpabilidade, visto que ela não só servirá para apurar o limite e a medida da pena do autor no momento da aplicação da pena, mas também vinculará o juiz, de modo que ele deverá aplicar a pena adequada para suprir as carências sociais da pessoa condenada.

Isso nada mais é do que o reconhecimento da função ressocializadora da pena, bem como o reconhecimento da co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos. Esse Anteprojeto teve grande importância ao reconhecer uma parcela de responsabilidade na sociedade frente a alguns delitos tipificados naqueles países.

A exemplo do Código Penal Argentino, que manda ter em conta, para fixação da pena a miserabilidade e a dificuldade de garantia de sustento próprio para viver em situação digna (artigo 41, II), o anteprojeto Costa Riquenho, no seu artigo 45, determina que na classificação da pena, o juiz considerará as condições econômicas sociais e culturais do autor.

Visto isto, observa-se que o anteprojeto apresenta algumas vantagens sobre o diploma argentino, uma vez que permite considerar mais intenso a reprovação nas hipóteses de agentes que desfrutaram de largo espaço social e, inobstante, vieram a cometer delitos contra o patrimônio público.

A referida interpretação dada pelo estudioso demonstra que a co-culpabilidade também serviria para aumentar a reprovação social do agente nos casos em que ele fosse incluído socialmente.

Quanto ao Diploma Penal Boliviano, a co-culpabilidade é prevista em seus artigos 38 e 40, traduzidos respectivamente abaixo, como circunstância judicial para medir a personalidade do autor e como atenuante genérica, quando o agente pratica o fato impulsionado:

Art. 38 – CIRCUNTÂNCIAS

Para apreciar a personalidade do autor, se tomara principalmente em conta:

A idade, a educação, seus costumes e a conduta precedente e posterior do sujeito, os motivos que impulsionaram a delinquir além de sua situação econômica e social.

Art. 40 – ATENUANTES GERAIS

Poderá também atenuar a pena:

Quando o autor for movido por motivo de honra, impulsionado pela miséria

(...)

Observa-se aí, a carga valorativa trazida no texto legal, principalmente no que tange às condições sócio-econômicas do agente, para que seja menor a reprovação penal, em face da condição miserável em que vive. Portanto, a disposição legal é um reconhecimento estatal ante o seu descaso em relação à sociedade por não garantir-lhe condições dignas de sobrevivência, promovendo, assim, a inclusão social.

O Código Penal da Bolívia demonstra desta forma, a preocupação em reconhecer a co-culpabilidade na fixação da pena, pois a miséria pode ser considerada e levada em conta nas circunstâncias inseridas em seu artigo 38. O legislador, no entanto, preferiu trazê-la expressamente como atenuante genérica para efetivar sua aplicação pelo magistrado, bem como gerar maior segurança jurídica para o cidadão.

A legislação penal do Peru consigna de forma expressa a co-culpabilidade no reconhecimento da parcela de responsabilidade atribuível à sociedade na atividade criminosa dos sujeitos afetados pela omissão do Estado. A comissão revisora do projeto de lei, que inseriu este princípio no ordenamento jurídico daquele país em seu artigo 45, inciso I, se manifestou da seguinte forma:

O projeto consagra o importante princípio da co-culpabilidade da sociedade no cometimento do delito quando prescrevem que o julgador deverá ter em conta, no momento de fundamentação em relação ao fato e determinar a pena, as carências sociais que afetaram a gente (artigo 48 do projeto que deu origem ao artigo 45 inciso I do diploma vigente). Assim, a coletividade estaria reconhecendo que não brinda com iguais possibilidades a todos os indivíduos para se comportarem com adequação aos interesses gerais, aceitando uma responsabilidade parcial na conduta delitiva.

Contudo, este princípio não deve ser analisado apenas numa perspectiva dos países subdesenvolvidos, uma vez que alguns países de primeiro mundo também demonstram a necessidade de adoção da co-culpabilidade, como é o caso dos Estados Unidos.

A necessidade de se disciplinar o princípio da co-culpabilidade nos Estados Unidos, pode ser demonstrada pelas pesquisas de Wacquant (apud Grégore Moura, 2006). Malgrado a aplicação desse princípio ter sido desenvolvida e estruturada nos países subdesenvolvidos, em face de suas precárias condições de vida, o autor demonstra o mister de inserir a co-culpabilidade também nos países desenvolvidos.

O autor destaca que, os países do primeiro mundo tentam maquiagem sua realidade para o resto do mundo através de seus produtos de exportação, quais sejam filmes, jogos, revistas, jornais dentre outros.

Após fazer uma comparação entre a prisão e o gueto, apontando que a prisão é uma espécie de gueto judiciário que tem a função de separar a convivência entre ricos e pobres, e fazer uma análise da cultura racista norte-americana com seus reflexos no sistema penal, a pesquisa de Wacquant (apud Grégore Moura, 2006) chega a algumas conclusões, a saber, que diante do cenário em que se encontram os EUA se faz imperioso a adoção do princípio em tela no seu ordenamento jurídico; além disso, chega-se ao entendimento de que a co-culpabilidade não deve ser pensada apenas nos países subdesenvolvidos.

Segundo Wacquant (apud Grégore Moura, 2006), a democracia norte-americana, ao que parece, fez um retorno ao darwinismo, onde prevalece a lei do mais forte e o desrespeito ao indiferente, impondo aos cidadãos uma falsa moral. Porém, essa situação interna é maquiada para o resto do mundo como sendo um modelo ideal.

Assim sendo, nota-se que a recepção da co-culpabilidade no sistema penal norte-americano é importante no sentido de diminuir a função seletiva imposta pelo Direito Penal

naquele país. A co-culpabilidade apresentaria uma mudança de exemplar no modelo jurídico norte-americano tornando-o mais humano e democrático.

Ante esses apontamentos, acerca do Direito comparado, percebe-se que a co-culpabilidade é uma nova tendência do Direito Penal moderno que pretende frisar a responsabilidade que a sociedade e o Estado têm diante do fato criminoso. Assim, a co-culpabilidade deve ser considerada a ponto de não ser ainda mais injusta com aqueles indivíduos com os quais as condições de vida sempre foram injustas por força de um Estado omissivo e de uma sociedade excludente.

CAPÍTULO 3 REFLEXOS DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito possui dupla responsabilidade, a primeira é a de cumprir a lei, a segunda é assegurar os direitos e garantias fundamentais, pois a partir do momento em que os consagra como valores primordiais, o ente estatal torna-se o maior responsável pela concretização desses direitos. Portanto, não bastam apenas as leis, mas sim, ordenações estatais direcionadas para a efetividade das necessidades sociais.

O Brasil é imbuído do ideário democrático consagrando, em sua Constituição, alguns princípios que têm o ideal de propiciar aos seus cidadãos uma vida digna, de modo a distribuir os direitos fundamentais de forma harmônica entre as pessoas, proporcionando a igualdade de todos perante a lei.

Contudo, o que se observa no cenário brasileiro é a marginalização de sua população, sobretudo quando esta sofre o menosprezo em seus direitos fundamentais por parte de um Estado omissivo no campo social. Desta feita, consagra-se se o princípio da co-culpabilidade o qual trata da responsabilidade conjunta do Estado sobre os atos praticados por seus cidadãos.

Nesse contexto e diante de tal imperativo fático, de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça nas condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Assim sendo, o ente estatal negligente em seus deveres constitucionais e omissivo na criação de oportunidades de vida para sua população, diminuindo o acesso desses indivíduos aos serviços públicos essenciais, termina por provocar a diminuição do âmbito de sua autodeterminação devendo arcar pela sua negligência no momento da formação do juízo de reprovação. Mais especificamente, a forma com que tal co-responsabilidade deve se dar é

através da redução da sanção penal a ser imposta nos termos do artigo 66 do Código Penal Brasileiro como se fosse uma atenuante genérica.

3.1 A co-culpabilidade no âmbito Constitucional

A Carta Constitucional de 1988, munida por ideais Iluministas, traz ínsitas as idéias de liberdade, justiça, fraternidade, igualdade e humanidade. A partir desses valores pregados pela ordem constitucional pode-se apontar a co-culpabilidade como sendo a concretização dessas idéias Iluministas.

Por conseguinte, é imperativo estabelecer a ligação do princípio da co-culpabilidade com a Constituição Federal, uma vez que esta é fundamento daquele. No entanto, não há harmonia apenas quanto à fundamentação, mas também em outros aspectos. O princípio da co-culpabilidade, como princípio constitucional implícito na Carta Magna, é decorrência, também dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana como forma de evitar a marginalização do homem e da individualização da pena que serão analisados no decorrer deste tópico.

A interpretação do princípio da igualdade deve levar em consideração a existência de desigualdades de um lado, e de outro, as injustiças causadas pela situação de marginalização presente no atual cenário nacional para, assim, promover-se uma igualização. É dispositivo constitucional que de um lado representa promessa legislativa pela busca da igualdade material e, por outro, mostra a necessidade da conscientização de que promover a igualdade é, também, levar em consideração as particularidades que desigalam os indivíduos.

O conceito de igualdade, inevitavelmente, denota a idéia de desigualdade, em contraposição à primeira. Afirma Rousseau (*apud* Maria Cristina Castilho Costa, 1987, p.57) que há dois tipos de desigualdade entre os homens: física, ou natural, e política. A primeira é

estabelecida pela diferença de idade, saúde, força, inteligência etc. A segunda, por sua vez, é aquela que rege a hierarquia social ou divisão de poder tendo por base as necessidades históricas, surgindo com a mesma, por exemplo, os privilégios de classe.

Contudo, um desafio existe, qual seja: o de determinar os conceitos de "iguais" e "iguais perante a lei". Assim, é de extrema relevância que o jurista ao interpretar o conteúdo dessa norma, tenha em vista a sua finalidade e os princípios consagrados no texto constitucional, para que, desta forma, o princípio realmente tenha efetividade.

Tentando amenizar essas disparidades, conferiu-se aos cidadãos uma igualdade jurídica, no art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional, onde se proclama: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade".

Contudo, a igualdade proclamada nesse diploma deve ser encarada e compreendida basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade formal e o da igualdade material. A igualdade formal seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais, enquanto a igualdade material deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades, ou seja, ocorreria no momento em que a igualdade formal fosse, de fato, efetivada.

Indispensável reconhecer que, a igualdade jurídica com previsão constitucional foi uma grande conquista resultante da consagração dos ideais iluministas do século XVIII. No entanto, essa igualdade jurídica é rebatida por alguns doutrinadores, pois estes defendem que o ser humano aspira muito mais que uma simples igualdade formal. Ele necessita e luta por uma igualdade social e econômica, por meio da qual possa efetivar a plenitude de sua dignidade e de seus direitos de liberdade.

Nesse sentido afirma sobre a igualdade formal ou política e a igualdade substancial ou social, Luigi Ferrajoli (2002, p.726 - 727):

(...) o princípio da igualdade não é uma tese descritiva, mas um princípio normativo; não um juízo de fato, mas um juízo de valor, ou mais simplesmente um valor, que vem postulado justamente porque se reconhece que os homens são diversos. A sua normatividade tem, todavia, nos dois casos, uma função oposta. Com a prescrição da igualdade formal convencionam-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião políticas e afins. Com a afirmação da igualdade substancial se convencionam, ao invés, que eles devem ser considerados tão iguais quanto possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais (...).

No cenário atual, a solução é dada no sentido de que a igualdade consiste em tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, conforme a medida das suas desigualdades. Contudo, não é o que vem se demonstrando na realidade onde é buscado constantemente o equilíbrio desse conceito, pois o que se percebe é que os indivíduos, na tentativa de serem iguais, tornam-se cada vez mais desiguais, e, conseqüentemente, a igualdade desejada torna-se apenas aparente, em contraposição a igualdade material tão almejada.

Diante do exposto, percebe-se a necessidade do reconhecimento da co-culpabilidade nas esferas constitucional e penal, como instrumento capaz de buscar e concretizar o princípio da igualdade, no sentido de diminuir as desigualdades sociais e econômicas. Nestes termos, o reconhecimento da co-culpabilidade se mostra imprescindível, uma vez que o legislador penal e o estudioso do Direito Penal deixarão de ser meros expectadores da vida social e passarão a atuar efetivamente na concretização do princípio da igualdade, ou melhor, na atenuação das desigualdades sociais surgidas em um país que se encontra à margem do desenvolvimento econômico e social, como é o caso do Brasil.

A co-culpabilidade é, portanto, o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação ocorre em virtude da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem da sua exclusão social e da desigualdade que ela gera.

Logo, ao reconhecer este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade – estar-se-ia igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de suas desigualdades.

Assim sendo, se faz pertinente os apontamentos de Norberto Bobbio (2000, p. 31-32):

Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mas significativo, a partir de posições iguais.

Com isso, cabe ao Estado criar essas condições favoráveis para que os membros de sua sociedade possam auferir melhores condições de vida, promovendo, desta forma, a igualdade de todos.

Diante disto, impõe-se ao Estado sua parcela de responsabilidade e, em contrapartida, diminui-se a reprovação penal do cidadão que se encontra em condições socioeconômicas adversas, com o objetivo de diminuir as desigualdades.

O princípio da co-culpabilidade, portanto, está em constante interação com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), visto que enseja não só a igualdade formal, mas também aproximar o Direito da tão sonhada igualdade material, consubstanciada na igualdade de oportunidades.

O segundo princípio a ser analisado é o da dignidade da pessoa humana, o qual é de extrema importância e que tem sua disposição no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal,

norteando todo o cenário jurídico nacional, ou seja, este valor deve ser buscado em todos os institutos jurídicos e ser aplicado pelos Poderes Estatais, ou seja, pelo Estado.

Muito embora a Constituição de 1988 tenha recepcionado esse princípio, o que se vê na realidade é que esse direito adquirido pelo cidadão não passa de uma inclusão social meramente formal. A máquina governamental ainda não conseguiu efetivar essa garantia de modo a torná-la algo material, fazendo, assim, com que essa inclusão social “saia do papel” tornando-se substancial e efetiva, hábil a concretizar seu desenvolvimento pleno e irrenunciável.

Diante disso, o Direito surge como um instrumento transformador, capaz de diminuir as disparidades existentes entre os membros da coletividade. Portanto, na esfera penal, o princípio da co-culpabilidade funcionaria como uma proteção dada ao hipossuficiente.

Essa proteção surgiria do reconhecimento da ineficiência do Estado na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Com isso, tentar-se-ia minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes das desigualdades de oportunidades, considerando o acusado como sujeito de direitos e não como objeto do mesmo.

Deste modo, a co-culpabilidade se mostra como um instrumento indispensável no reconhecimento da co-responsabilidade do Estado inadimplente, que não garante aos seus cidadãos a proteção dos seus direitos fundamentais. Trata-se de reconhecer a dignidade do acusado, evitando a degeneração do homem, na forma do artigo 1º, III da Constituição Federal, muito embora o certo seja que o Estado cumpra seus deveres constitucionais, promovendo a inclusão social de seus cidadãos.

Por fim, o princípio da individualização da pena, está previsto no art. 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição tendo por objetivo limitar o poder punitivo estatal. A individualização da pena pode ser dividida em três fases distintas, quais sejam os planos legislativo, judiciário e executório, como já foi analisado no primeiro capítulo deste trabalho. Somente serão

analisadas as fases judicial e executória do aludido princípio com o intuito de reforçar as idéias lançadas acerca da co-culpabilidade.

Na fase judiciária da individualização da pena, o magistrado chegando a conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, determinará qual a infração penal praticada pelo agente, passando neste momento, a individualizar a pena a ele correspondente, ou seja, o julgador assume a tarefa de eleger a pena adequada ao caso concreto (fato típico, ilícito e culpável) dentro dos limites estabelecidos pelo legislador procurando estabelecer uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Nestes termos preleciona Giuseppe Bettiol (2000, p.336):

Todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das penas, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para as características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.

Sendo assim, a aplicação e execução da pena devem atender não só aos aspectos objetivos do delito, mas também aos seus aspectos subjetivos e as individuais características do condenado, concomitantemente.

A fase executiva da individualização da pena está inserida na fase da execução penal, de acordo com o que determina o artigo 5º da lei 7.210/ 1984, qual seja a lei de execução penal que assim dispõe: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Sob o ponto do princípio da igualdade, no que tange a problemática da individualização penal no momento da execução, interessante citar a análise feita por Mirabete (1990, p. 60-61):

(...) a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumariamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e 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.

A co-culpabilidade é, portanto, neste contexto, uma forma de concretização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução, levando em consideração as condições sociais e pessoais do autor do delito.

Assim, a positivação da co-culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, viria para conferir ao julgador, no momento da aplicação da pena, a prerrogativa de atribuir ao caso concreto circunstâncias relevantes que compõem o delito, como por exemplo, as condições de miserabilidade, nível intelectual, desemprego, enfim, as condições socioeconômicas do agente uma vez tendo estas, influência na prática do fato criminoso.

Por fim, a penalidade do delinqüente será bem mais individualizada não só no plano abstrato, por meio da previsão legal de uma circunstância que altera a medida da pena, mas também na sua concretização, quando da sua aplicação e execução, pois se estará considerando os diversos aspectos que envolvem o delito, aplicando-se justiça no caso concreto.

3.2 A inserção do princípio da co-culpabilidade no Código Penal Brasileiro

A co-culpabilidade não encontra regulamentação expressa na legislação penal brasileira, diferente do que se observa em legislações alienígenas. Apesar disso, já se pode notar, no

país, uma considerável discussão em torno desse tema, inclusive entre os doutrinadores pátrios onde já existe uma leve sensibilidade para que haja a sua positivação. Também a jurisprudência a reconhece, assim como o Código de Processo Penal.

A doutrina vem apoiando a aplicação da co-culpabilidade com alicerce no artigo 66 do Código Penal o qual alude às atenuantes inominadas. Esse artigo dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo as peculiaridades do caso concreto. Defendendo essa posição sustentam Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 613):

Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat, e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do artigo 66.

No sistema jurídico brasileiro alguns Tribunais já se posicionam com orientação nesse princípio, não obstante o Código Penal não adotar disposição expressa. Como pode ser verificada com a inserção da seguinte ementa:

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).

Esse julgado demonstra que além da ciência do Direito estar se modernizando, os magistrados pátrios estão atentos aos aspectos econômicos e sociais que cercam a atual conjuntura social, ao recomendarem a necessidade de positivação da co-culpabilidade para obter uma ampla igualdade e humanidade na legislação penal brasileira.

Diante desta pendência, e tomando-se por base a experiência estrangeira, o legislador brasileiro pode encontrar uma grande fonte de idéias e opções de posituação da co-culpabilidade, quais sejam: circunstância judicial prevista no artigo 59 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no artigo 29 do Código Penal; e, por fim, como atenuante genérica prevista no artigo 65 do Código Penal defendida nesta pesquisa científica.

A primeira opção da posituação da co-culpabilidade é a sua inserção no artigo 59 do Código Penal como uma circunstância judicial, que incidiria na primeira fase de aplicação da pena. É a proposta do anteprojeto de reforma do Código, sendo a mais acanhada entre as demais.

Por conseguinte, a segunda hipótese consistiria em acrescentar um parágrafo ao artigo 29 do Código Penal que, conforme Grégore Moura (2006) iria dispor da seguinte forma: 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 terços (2/3), desde que estas condições tenham influência e sejam compatíveis com o crime cometido. Com isso, quanto pior as condições elencadas no supracitado parágrafo, maior seria a redução da pena.

Na terceira situação, a co-culpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade, levando-se em conta que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência exclusiva da inadimplência do Estado. Seria uma espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento, não surgindo daí direito a ser tutelado.

Por outro lado, é de grande importância atentar para o fato de que seja qual for a idéia adotada, pelo legislador pátrio, na positivação da co-culpabilidade, quem realmente manterá a prudência na aplicação desse princípio será o intérprete. Este deverá analisar a compatibilidade entre o estado de miserabilidade e o crime cometido para que haja sua aplicação no caso concreto, ou seja, o estado de miserabilidade do agente deve ser uma das causas determinantes do crime.

3.3 A co-culpabilidade como atenuante genérica

As circunstâncias legais atenuantes genéricas estão previstas no artigo 65 do Código Penal. O rol constante do dispositivo não elenca a co-culpabilidade como circunstância atenuante, porém uma hipótese muito bem abraçada por alguns doutrinadores é a sua positivação nesse artigo com a previsão de mais uma alínea em seu inciso III.

No entanto, a enumeração das atuais circunstâncias, no diploma vigente, não é taxativa, haja vista o que dispõe o artigo 66 da legislação penal, *in verbis*: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Sendo assim, o diploma em vigor, desamparando o sistema da enumeração exaustiva de atenuantes, adotado pela legislação penal de 1940, inseriu esta regra que vem a ser, segundo interpretação da própria doutrina, o reconhecimento de atenuantes não expressamente previstas na legislação.

Destarte, é importante destacar a idéia segundo a qual qualquer circunstância relevante relacionada com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento de pena, deve ser considerada como circunstância relevante.

Com isso, alguns doutrinadores brasileiros advogam a favor da consideração da co-culpabilidade enquanto circunstância atenuante genérica ou inominada, mediante a sua aplicação no artigo 66 do Código Penal brasileiro, em face de algumas situações de ordem social e pessoal do agente, bem como a reincidência do delinqüente, seu nível intelectual e sua situação econômica.

À medida que o órgão jurisdicional proclama a sentença condenatória impondo uma medida a ser cumprida pelo infrator, está formando uma relação de antagonismo entre o delinqüente e a sociedade. A partir daí, visa-se a reclusão do detento com o posterior intuito de reeducá-lo e de inseri-lo no convívio social. Assim sendo, cabe ao Estado garantista prover pela instrumentalização dessas metas.

Contudo, diante das más condições em que se encontram as penitenciárias no Brasil, onde o delinqüente deve adaptar-se aos padrões da prisão, o sentenciado está cada vez mais longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, uma vez que tem que adequar-se àquela ordem imposta no cárcere. Dessa forma, ao voltar à liberdade, não consegue adaptar-se de forma satisfatória às situações de convívio social, o que tende a motivar a prática de outros delitos.

Assim, diante do fracasso do Estado, que se mostra falho ao impor uma pena criminal desprovida de eficácia preventiva, é de grande aceitação entre os doutrinadores pátrios o princípio da co-culpabilidade em casos de reincidência.

Inobstante os estudos acerca da inadmissibilidade da aplicação dos efeitos da reincidência, há setores da doutrina que não só a rechaçam como invertem sua existência para que possa beneficiar a situação do réu, ao torná-la atenuante inominada, conforme ensina o elogiável penalista Eugênio Raúl Zaffaroni (2003, p. 133):

(...) não é possível que o Estado presuma possuir a conduta do autor um maior conteúdo de injusto, por demonstrar um desprezo para com a autoridade estatal, com a prática de uma nova infração depois de uma condenação, quando,

anteriormente, foi esse mesmo Estado e o mesmo sistema penal que atuaram de forma a condicionar a pessoa para isso.

Diante desses apontamentos e da interpretação do artigo 66 do Código Penal, segundo o qual pode-se considerar como atenuante da pena “circunstância relevante não prevista expressamente em lei”, nota-se que essa determinação, não taxativa, garante a posição acima defendida, com base no princípio em tela.

Ainda nesta mesma matéria, podem-se incluir algumas outras situações, bem como as condições de formação intelectual do réu que, juntamente com a sua precária situação econômica deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da imposição de pena, visto que estas circunstâncias são de fundamental relevância para a averiguação do grau de autodeterminação do sujeito.

Com base na carência de formação intelectual do agente, como previsão de circunstância atenuante genérica, para aplicação do princípio da co-culpabilidade pode-se perceber analogia com o artigo 14, inciso I, da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) que dispõe: “São circunstâncias que atenuam a pena: baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”.

Diante desse dispositivo da legislação ambiental, alguns defensores do princípio em tela levantam a discussão no que tange a possibilidade da utilização extensiva da supracitada circunstância atenuante para outras espécies de condutas ilícitas. É o que assevera Salo de Carvalho (2002, p. 87): “é mister lembrar que é plenamente admissível, na estrutura do direito de garantias, a utilização da analogia, desde que não seja em prejuízo do réu. A admissão é tida como pacífica na jurisprudência e na doutrina, dispensado maiores divagações”.

Deste modo, possível se torna, sem nenhum óbice, a aplicação analógica do artigo 14, inciso I, da Lei n. 9.605/98 com o Código Penal, permitindo a inclusão, como atenuante, o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente.

Portanto, Carvalho (1998, p. 87) sustenta a aplicação ampliativa da referida regra, porque segundo ele mesmo afirma, "... não entendemos que existia vínculo necessário e suficiente que a restrinja aos delitos ecológicos, como ocorre, por exemplo, com as outras atenuantes mencionados no art. 14 da Lei n. 9.605/98".

Sob este enfoque, a circunstância prevista no inciso I daquele artigo, qual seja "grau de escolaridade", não se vincula tão somente a minimização do dano ambiental, como ocorre com as outras circunstâncias previstas – arrependimento, reparação, comunicação e colaboração.

Não existindo este vínculo direto entre o grau de instrução do agente e a minimização do dano ao meio ambiente, nada obsta que aquela circunstância atenuante seja aplicada para outros delitos que não os ambientais.

Com isso, analisada as circunstâncias genéricas sob o enfoque da co-culpabilidade, pode-se entender que deve também ser verificada a formação intelectual do réu, emergindo daí, o denominado erro de proibição que sustenta que ao se tratar de erro evitável, a pena será amenizada e, em se tratando de erro de proibição inevitável, a pena deverá ser excluída.

Quanto à aplicação do princípio da co-culpabilidade como atenuante inominada, vindo diminuir a pena em virtude das condições econômicas do réu, vale transcrever a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citada por Gregore Moura (2006, p.90):

Ementa: Roubo. Concurso. Corrupção de Menores. Co-culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de "bis in idem". Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (lei 2252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela pratica de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão-Réu. Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante. (16 fls.). (Apelação crime nº70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21 /3/2001). Apelação-crime nº70002250371 (grifos nossos).

A decisão merece elogios pelo simples fato de demonstrar a sensibilidade de alguns juízes com os fatores sociais na medida em que tais circunstâncias podem se exteriorizar no mundo da criminalidade aplicando-se, portanto, o princípio da co-culpabilidade, entendendo que ao lado da reprovabilidade do criminoso existe uma parcela da culpabilidade que a sociedade deve suportar, em virtude das possibilidades songadas pelo organismo estatal àquele que agiu contrariamente ao Direito.

Em face da consideração da co-culpabilidade como circunstância atenuante genérica arremata Salo de Carvalho (2002, p. 143):

(...) tal interpretação possibilita no interior da dogmática jurídico-penal, criar um mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado – Administração, via Judiciária, uma ‘sanção’, mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito que congloba, como vimos, a matriz do Estado Liberal e do Estado Social.

Deste modo, importante destacar, aqui, o posicionamento de Nilo Batista (1993, p.186), segundo o qual, “propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença – em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida”.

Estas circunstâncias atendem, antes de qualquer coisa, ao princípio da isonomia, uma vez que centram-se na análise da real capacidade de o autor socialmente referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito.

Diante do exposto, pode-se concluir que, para a aplicação de um Direito Penal Justo, o juiz criminal deve ser mais que um autômato que anda a procura do tipo legal para determinada conduta típica, antijurídica e culpável, seu trabalho deve ser mais do que isso e o princípio da co-culpabilidade emerge aqui como uma importante ferramenta para a humanização do Direito Penal, com a finalidade de atenuar os efeitos terríveis da exclusão

social e econômica, de determinadas camadas, que se deve, em grande parte, pelo descaso e pela inoperância do Estado em satisfazer as necessidades mais gritantes da população, como um todo.

A busca da justiça penal, principalmente na adequada aplicação do princípio da culpabilidade, não é tarefa fácil, porém não é impossível. Sem embargo disso, qualquer aplicação da pena que enxergue no criminoso uma pessoa com dignidade a ser respeitada, já é uma tentativa de se chegar a um direito penal mais justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo traçado nesse trabalho constatou-se que o Brasil, instituído pela Carta Constitucional como Estado Democrático de Direito, não vem cumprindo com sua função garantista de assegurar ao corpo social a efetivação, de forma igualitária, dos princípios consagrados em sua Carta Magna, quais sejam àqueles destinados a garantir a concretização do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade e segurança de todos, do bem-estar da coletividade, de modo a promover a harmonia social elucidada em seu preâmbulo.

Percebeu-se, com isso, que o aumento da criminalidade é um fato social que encontra sua origem na própria falha do Estado, o qual se mostra, historicamente, inoperante e ineficiente no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum e de proporcionar condições dignas de sobrevivência à coletividade.

Foi nesse contexto social que surgiu no Brasil forte discussão a respeito da adoção do princípio da co-culpabilidade. Esse princípio tem como objetivo primordial co-responsabilizar o Estado no acontecimento de determinados crimes praticados por indivíduos que possuem menor âmbito de autodeterminação em face das circunstâncias do caso concreto, favorecidas pela inércia Estatal. Constatou-se que, o princípio da co-culpabilidade do Estado foi criado pela doutrina moderna, a qual aponta sua origem na criação dos Estados Liberais, inspirados em ideais iluministas.

Verificou-se nesse estudo, após a análise dos princípios constitucionais penais, que o princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito encontrando fundamento no artigo 5º, parágrafo 2º da C.F., uma vez que ele propõe, indiretamente, a efetivação dos valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana consagrados na Constituição Federal.

desenvolvidos, pois o mesmo se aplica perfeitamente à realidade de alguns países desenvolvidos como pôde ser observado na pesquisa do direito comparado dos Estados Unidos.

Visto isso, conclui-se nesse trabalho pela inserção do princípio da co-culpabilidade no sistema jurídico brasileiro, como forma de aplicar a igualdade e a dignidade da pessoa humana na ordem penal, responsabilizando o Estado por sua ineficiência em garantir a efetivação dos princípios constitucionais.

Após o estudo da co-culpabilidade no direito comparado , concluiu-se nesse trabalho que a melhor forma de recepção desse princípio no ordenamento jurídico pátrio é como circunstância atenuante genérica, sendo inserido no artigo 65 do Código Penal com a previsão de mais uma alínea em seu inciso III, onde seria aplicado, conforme os apontamentos desse estudo, em algumas situações, bem como em caso de reincidência do delinqüente, quando o Estado não consegue ressocializá-lo, diante da observação de seu nível intelectual e da sua situação econômica.

Conclui-se, portanto, pela positivação da co-culpabilidade no sistema jurídico pátrio como forma de minorar os efeitos da exclusão social e econômica que a atual ordem jurídica proporciona e para que se consagre um Direito Penal mais humano, através da aplicação de fato daqueles valores pregados pela Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOLÍVIA. Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972. Elevando a rango de Ley el 10 de marzo de 1997. Modificado pela Ley. Actualización según Ley 2494 de 04 de agosto del 2003

CARVALHO, Amilton Bueno de (Relator). Apelação Crime nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 21/3/2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acessado em: 20/08/07.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen júris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1990.

MOURA, Grégore Moura de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

VADE MECUM. Saraiva. Obra coletiva de autoria da editora com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. Al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.