

REINTERPRETANDO A CO-CULPABILIDADE NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO¹

REINTERPRETING THE CO-CULPABILITY IN THE SOCIAL STATE OF BRAZILIAN LAW.

*Daniel Cardoso de Moraes**

*Eduardo Lipus Gomes***

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Fundamentos do princípio da co-culpabilidade; 3. Reinterpretando a co-culpabilidade no Estado Social de Direito Brasileiro; 4. Considerações finais; 5. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de pesquisar no sistema jurídico brasileiro e no direito comparado os fundamentos do princípio da co-culpabilidade, para questionar se no atual estágio do Estado Social de Direito brasileiro é justificável a aplicação deste princípio. Para tanto, são analisados os argumentos que estruturaram a construção do princípio da co-culpabilidade, a fim de reinterpretá-lo dentro das conquistas sociais do Estado Brasileiro. Desse modo, esse artigo sustenta sua aplicabilidade não só para de mitigação da pena, mas também como critério de maior rigor sancionatório aos infratores que obtiverem melhores oportunidades sócio-econômicas. Muito embora parecer paradoxal a princípio, entende-se que somente assim a pena aplicada pautar-se-á por valores sociais indispensáveis para a valoração da reprovabilidade de cada conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Co-culpabilidade; Estado Social de Direito brasileiro; Reprovabilidade da conduta; Dosimetria da pena.

¹ O presente artigo representa uma elaboração conjunta de Daniel Cardoso de Moraes e Eduardo Lipus Gomes, mestrands do Programa de Pós-graduação de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, para apresentação no XXI Congresso Nacional do Conpedi.

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, especialista em Direito Público Municipal - Facisa, especialista em Direito Civil - Fij, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC, procurador do Município de Teixeira de Freitas-BA e advogado inscrito na OAB Seção do Estado da Bahia.

** Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Procurador Federal membro da Advocacia-Geral da União, especialista de Direito Público pela UCAM/RJ e graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the Brazilian legal system and comparative law in the grounds of the principle of co-culpability, to ask if the current stage of Brazilian social rule of law is justified on this principle. For this purpose, we analyze the arguments that shaped the construction of the principle of co-culpability in order to reinterpret it within the social achievements of the Brazilian State. Thus, this article maintains its applicability not only for mitigation of sentence, but also as a criterion for stricter penalties for violators who obtain the best socio-economic opportunities. Although at first seem paradoxical, it is understood that the only way the penalty will be guided by social values necessary for the valuation of each reprehensible conduct.

KEYWORDS: Co-culpability; social rule of law in Brazil; disapprovability of conduct, Dosimetry of the sentence.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No início da civilização humana a responsabilidade penal era objetiva e difusa. Objetiva porque bastava o nexo entre a conduta e o dano, prescindindo a intencionalidade na ação. Ou seja, mesmo que o sujeito não tivesse a intenção ou a previsão de que sua ação viesse a provocar um ilícito penal, ele seria responsabilizado. Havia, assim, uma total supremacia do ato em relação à intencionalidade. Já era tida como difusa, pois a sanção poderia alcançar pessoa diversa daquela que praticou o ato que causou o ilícito. O pai poderia pagar pelo erro do filho e vice-versa. Até os bens e semoventes poderiam ser alvo da vingança privativa do Estado. Ou seja, imperava a completa insegurança quanto aos limites e alcance da punição pelo ilícito.

O princípio da culpabilidade surge, então, para afastar a possibilidade de responsabilização objetiva e difusa na esfera penal, que imperou nos primórdios da história humana. Ele rechaça qualquer tipo de penalização ou majoração da pena por ato que independa do discernimento da ilicitude, sendo imanente ao grau de consciência da reprovação social da conduta praticada. E, garante ainda ao indivíduo a certeza que somente poderá ser responsabilizado por seus próprios atos. É o que afirma Nilo Batista:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável (...). Para além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena. (BATISTA, 2007:103)

Ele afasta a punição de condutas desconexas ao elemento subjetivo da consciência de sua reprovabilidade, sendo fundamental essa constatação no processo penal. Impede que o indivíduo pague pelos erros de outro, consagrando a intranscendência da pena, tornando a responsabilidade penal personalíssima². E garante a individualização da pena, de maneira que na aplicação da lei penal será analisado cada caso, de acordo com as particularidades, dosando-se a pena na medida do grau de consciência da reprovação do ilícito³. Sendo, portanto, a culpabilidade um dos pilares do garantismo penal⁴.

A quase uníssona doutrina entende a *culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido* (BITENCOURT, 2004:337). Estas

² A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. XX, garante a intranscendência da pena: citar a constituição. E à título de curiosidade, a bíblia relata sedimentação do caráter personalíssimo da pena, no livro de deuterônomo, quando Moisés ao estabelecer as leis de Deus para o povo de Israel prescreveu que *o filho não morrerá pelo pecado do pai e nem o pai pelo pecado do filho*.

³ Nesse sentido o Código Penal Brasileiro prevê no art. 29 que todos aqueles que de alguma forma concorreram para a prática do ilícito incidirão em sua pena na medida de sua culpabilidade. Ademais no a culpabilidade será examinada quando da individualização da pena, pois o art. 59, do Código Penal, estabelece que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁴ Acerca deste enfoque, Ferrajoli, em *Direito e Razão*, ensina o princípio da Culpabilidade é uma das condições materiais requeridas pelo modelo garantista, como justificação de “quando proibir” e “o que proibir”. Explica que o homem só pode ser castigado pelo fato que tenha praticado de maneira consciente, voluntária, e com total capacidade de compreender a reprovabilidade da conduta. Expõe ainda que o princípio da culpabilidade impõe que a estrutura normativa penal seja regulativa. Isto é requer que a proibição diga respeito a uma ação, uma conduta comissiva ou omissiva que seja passível de descumprimento: a norma reguladora tem que ser observável e violável. Assim, o autor apresenta a culpabilidade como elemento normativo do fato, pois o que se regula não é o autor, mas a ação o fato comissivo ou omissivo perpetrado por este (FERRAJOLI, 2006).

definições reportam a culpabilidade para a ideia do sujeito que tendo consciência da reprovação social da conduta e que podendo agir de outra maneira opta por aquela que é mais reprovável.

Na atual dogmática jurídico-penal, o Princípio da culpabilidade exerce três funções, a primeira é integrar o conceito de crime, definido pela doutrina majoritária como a conduta típica, ilícita e culpável.⁵ A segunda função é ser avaliada como medidor da pena. A primeira circunstância judicial a ser avaliada na primeira fase de aplicação da pena (art. 59 do C.P.) é exatamente a culpabilidade, oportunidade em que o Juiz deverá realizar o juízo de censura sobre a conduta praticada pelo agente. A terceira função é obstar a responsabilidade penal sem culpa, ou seja, um fato somente pode ser imputado penalmente a alguém se houver agido de forma dolosa ou culposa.

O ponto fulcral é que independente da divergência doutrinária acerca de sua classificação ou não como elemento do delito⁶, a culpabilidade é inerente à capacidade de autodeterminação do indivíduo⁷. E é justamente neste ponto que se assenta o princípio da Co-culpabilidade.

Se culpabilidade remete à capacidade de se autodeterminar, à capacidade de se ter o domínio consciente de sua ação, à capacidade de poder agir movido única e exclusivamente por sua vontade livre, consciente e desembaraçada (dolosa ou culposa), a co-culpabilidade reporta à uma co-responsabilidade, a uma divisão da

⁵ Para representar a doutrina majoritária (tripartida) podemos citar o mestre Heleno Cláudio Fragoso, IN: Lições de Direito Penal, 13ª Ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Pág. 141.

⁶ A teoria tradicional concebe o crime como fato típico, antijurídico e culpável, sendo partidário dessa estruturação Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (ZAFFARONI, 2009:339). Contrariamente, Damásio de Jesus concebe uma estrutura bibartita, na qual a culpabilidade não figura como elemento do crime, mas somente como causa de sua não aplicação. Este autor afirma que *o crime existe por si mesmo com os requisitos "fato típico" e "ilicitude. Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável* (JESUS, 2011:500).

⁷ Sobre a capacidade de autodeterminação do sujeito, Ferrajoli contrapõe as deterministas e do livre arbítrio. Pelo *determinismo*, a intencionalidade da ação e a imputabilidade do agente não tem importância alguma. Todo fato delituoso é efeito necessário e inevitável, tendo causas absolutamente condicionantes de tipo físico, psíquico, sócio-econômico e ambiental. Já pela corrente do *livre-arbítrio*, a vontade humana é livre e incondicionada, possuindo todos os seres humanos a faculdade de se autodeterminar. O extremismo de ambos leva a resultados críticos. O determinismo extremo leva à responsabilidade objetiva, que prescinde da culpabilidade. É resultado sem culpa, punindo-se o autor por seu modo de vida. O livre-arbítrio extremo leva à concepções subjetivistas de modelos normativos do direito penal do autor ou da vontade. É culpa sem resultado, culpa-se pelo que o homem é, bastando suas intenções. O extremismo destas correntes objetivistas e subjetivistas convergem, assim, para análogos resultados substancialistas e decisionistas (FERRAJOLI, 2006).

responsabilidade do sujeito desviante com a Sociedade que influenciou na capacidade de sua autodeterminação. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos⁸:

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

Co-culpabilidade é, então, definido como a *co-responsabilidade do Estado por determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto* (MOURA, 2006:36). Seu conceito é relacionado à influência direta das circunstâncias sociais desfavoráveis na capacidade da compreensão da reprovabilidade social da conduta do indivíduo⁹. Indica aproximação e a importância da sociologia no estudo e na aplicação do direito penal, explicando Zaffaroni que:

Esta realidade social tem um imediato efeito jurídico no campo da culpabilidade: se a sociedade não brinda a todos com iguais possibilidades, resulta da existência de uma margem de possibilidade que se oferecem a uns e se nega a outros e, por isso, quando a infração é cometida por aquele a quem se tem negado algumas possibilidades que a sociedade deu a outros, o justo será que a parte de responsabilidade pelo fato que corresponda a essas negações seja suportada pela mesma sociedade que nessa medida foi injusta. Esta é a co-culpabilidade: ao lado do homem culpável por seu ato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, que existe uma parte da culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a que deve suportar a sociedade em razão das possibilidades que não ofereceu. (ZAFFARONI, 1981:167)

Desse modo, o presente artigo busca questionar se no atual estágio do Estado Social de Direito brasileiro é justificável a aplicação do princípio da co-culpabilidade para reparar eventuais criminalizações sociais advindas de um contexto de omissões estatais. Para tanto, inicialmente será apresentado os fundamentos do princípio da co-culpabilidade, percorrendo sobre as teorias que o estruturaram. Posteriormente, será feita uma leitura deste princípio dentro das conquistas sociais do Estado Brasileiro, analisando também o direito comparado, a fim de sustentar sua aplicabilidade não só como fundamento de mitigação da pena, mas também para sustentar uma nova leitura

⁸ Apud MOURA, 2006:36.

⁹ Moura, em seu fundamento, afirma que co-culpabilidade é significa uma culpabilidade pela maior vulnerabilidade do indivíduo mais desfavorecido frente ao poder punitivo do Estado. Em razão da ausência de prestações positivas do Estado, este estará mais propenso ao cometimento de delitos, por ter uma visão turva, uma percepção menos nítida da reprovabilidade social de sua conduta (MOURA, 2006:39).

desse princípio como critério de maior rigor sancionatório aos infratores que obtiverem melhores oportunidades sócio-econômicas.

2. OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Se, então, o Estado deve proporcionar aos acusados uma menor reprovabilidade de sua conduta, em razão de sua omissão na promoção da inclusão socioeconômica de seus cidadãos (MOURA, 2006:39), o fundamento do princípio da co-culpabilidade está fortemente ligado à ideia do contratualismo penal. Esta teoria surge da necessidade de fundamentar de forma racional a legitimidade e os limites do poder punitivo do Estado. Sendo a liberdade a regra e sua privação a exceção, os teóricos do contratualismo sustentam que o *jui puniendi* é firmado no Contrato Social, onde o consenso coletivo, para manutenção de condições mínimas de coexistência social, impõe obediência às regras de conduta do pacto firmado.

Pelo contratualismo é o Estado que possui o compromisso de tutelar os bens jurídicos, reprimindo as violações que atentem contra os direitos do homem. Bobbio ressalta que o ponto fulcral na explicação do surgimento da sociedade *não é tanto se o estado de natureza é pacífico ou belicoso, mas se é um estado positivo ou negativo (...) de tal ordem que não permite a sobrevivência e o desenvolvimento da humanidade* (BOBBIO, 1994:54). Então é o instinto de sobrevivência social que faz com que os indivíduos abdicuem de sua liberdade absoluta para instituir um poder central que passará a organizar o convívio social e a responsabilizar os desviantes.

Nesta toada, a sanção é a consequência da violação do contrato. Zaffaroni afirma a que própria privação da liberdade como pena surgiu para punir a massa marginalizada, e não os detentores de bens. Inicialmente, a sanção pela violação a um bem jurídico era uma indenização. Ocorre que os marginalizados desviantes não possuíam condições para indenizar os ofendidos, de modo que o único bem que possuíam – a liberdade e a força de trabalho, eram retirados de sua autonomia (ZAFFARONI, 2009:229).

Todavia, não foi somente a o direito de vingança que os indivíduos transferiram para o Estado. Com o contrato social o homem também depositou no Estado suas expectativas de se desenvolver em sociedade, de obter condições para satisfazer seus desejos e de alcançar a realização de seu projeto de vida. Só que com a queda do Absolutismo, surge um Estado mínimo idealizado e institucionalizado para não intervir nas liberdades individuais e garantir a propriedade daqueles que articularam a derrubada do Antigo Regime.

O Estado Liberal prezava apenas pela sujeição do indivíduo às leis, podendo influir no governo para ter garantida a não interferência do Estado em sua liberdade de desenvolvimento político e econômico. O liberalismo foi, assim, erguido na negação do Estado na vida social. Quanto menos intervenção melhor. Quanto maior a liberdade de desenvolvimento econômico melhor. Os ideais de liberdade burgueses não eram voltados para uma democracia social. A burguesia precisava da liberdade e para isso esforçou-se em neutralizar o Estado e toda intervenção que pudesse embarçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo. E esse foi o cenário que a classe dominante em ascensão explorou ao máximo a representação da liberdade sob um cunho político para concretizar seus interesses. E essa forma de garantir o indivíduo pelo negativismo estatal encobriu o vasto círculo dos direitos sociais necessários ao desenvolvimento daqueles que estavam à mercê dos meios de produção (BONAVIDES).

E é justamente subjacente a esta estrutura liberal que se assenta a justificativa de atribuir ao Estado a culpabilidade pela vulnerabilidade, a distorção na capacidade de percepção da reprovabilidade social da conduta daqueles cujas oportunidades de inclusão socioeconômica lhe foram cerradas. Com esta ótica, MOURA confirma que:

Somente com o advento das ideias iluministas e a conseqüente criação dos Estados Liberais, bem como a adoção do princípio da secularização e laicização, torna-se possível determinar o surgimento do princípio da culpabilidade, ressaltando o seu total desrespeito pelos Estados, desde aquela época. Todavia, as ideias trazidas pelos iluministas, quando da sua aplicação pelos Estados Liberais, propiciaram um liberalismo e um individualismo exacerbado, o que ocasionou o aprofundamento das desigualdades sociais e a sensação de que o Direito é um instrumento de controle social para manter o controle das classes sociais ditas inferiores (...) a origem histórica da culpabilidade se confunde com o surgimento do Estado Liberal fundado com fulcro nas ideias iluministas, pois, na verdade, a co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos surgiu com advento do Estado Liberal e o seu contratualismo, ou seja, o delito como forma de quebra do

contrato social. Em contrapartida, o Estado também quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, 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 essa “inadimplência” reconhecendo a co-culpabilidade. (MOURA, 2006:42-44)

Como a mesma sintonia, Zaffaroni reconhece o rompimento do contrato social pelo Estado Liberal ao afirmar se filiar ao pensamento de Jean Paul Marat ao fundamentar a origem do princípio da co-culpabilidade. Marat defendia que a dominação econômica do homem sobre outro rompe o contrato social na medida em que extirpa a igualdade social. A exploração da força produtiva e o acúmulo da fortuna nas mãos de poucos fazem surgir um exército de excluídos que não tem acesso à oportunidade de desenvolver. E essa situação faz com que esses desfavorecidos retornem ao estado de natureza para recobrar seu espaço através da força, vilipendiando as leis impostas por uma sociedade que não também não cumpriu o contrato ao permitir sua marginalização social. Então, para ele o caráter retributivo da pena somente seria justo em uma sociedade que garantisse uma justiça distributiva¹⁰. Dessa maneira, o Estado que permitiu a marginalização socioeconômica do indivíduo desse ser co-responsável por sua incorrência, pois não seria legitimado para lhe impor uma pena baseada num contrato em que o próprio Estado quebrou (ZAFFARONI, 2009:234-235). Assim Marat sustentava que:

Se para mandar e sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se as suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza (...) somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis (...) Contudo esta lei não seria justa a não ser num Estado fundado sobre a igualdade e cujos membros gozassem mais ou menos das mesmas vantagens (...) A natureza estabeleceu grandes diferencias entre os homens e a fortuna as estabeleceu muito mais. Quem não vê que a justiça deve levar sempre em consideração as circunstancias em que o culpado se encontra, circunstancias que podem agravar ou atenuar o crime? (MARAT, 2008:75-88)

¹⁰ Zaffaroni cita uma passagem de Marat na qual este faz uma ilustração acerca da situação dos indivíduos desviantes perante a sociedade: *perguntava-se 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 se lhes oponha será tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino* (ZAFFARONI, 2009:234).

A teoria da culpabilidade adentra ao mundo jurídico para mostrar como a Sociedade e o Estado podem contribuir para o cometimento de infrações penais, seja por não oferecer condições dignas de desenvolvimento a seus cidadãos, seja por colocar certo grupo à margem do gozo de fruição de bens e valores tidos como importantes para a não formação de uma personalidade desviante.

No entanto, a co-culpabilidade não é e nem pode ser fundamento para a excludente de ilicitude, e tampouco para isenção de pena. Isto porque o fato do indivíduo ser um excluído social não o torna determinado ao crime. O que a co-culpabilidade pretende é reduzir o peso da mão forte do Estado ao punir os que estão mais propensos a incorrer nos delitos pelas carências geradas em razão da não efetivação dos direitos sociais de responsabilidade do próprio Estado. E, é somente do Estado Social de Direito¹¹ em que o reconhecimento desta “meia culpa” pode ser realizado.

3. REINTERPRETANDO A CO-CULPABILIDADE NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO.

A Constituição 1988, ao estabelecer em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, consagrou o Estado Brasileiro ao sacerdócio da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a legitimidade da atuação Estatal está vinculada promoção e concretização dos mínimos direitos necessários ao desenvolvimento do homem em sociedade¹². A construção da noção do Brasil como Estado Social e Democrático de Direito se dá na medida em esse Ente garante uma democracia efetiva e preza pelos direitos e garantias

¹¹ Acerca do Estado Social, Paulo Bonavides ensina que esse é o estado de todas as classes, conciliador, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Ele busca superar as contradições entre a igualdade política e a desigualdade social, estando contido juridicamente no constitucionalismo democrático, esforçando-se para amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social e a paz econômica (BONAVIDES, 2004).

¹² Ao tratar dos direitos fundamentais, Ferrajoli sustenta que *todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Democrático de Direito* (FERRAJOLI, 1997:97).

fundamentais, em especial os direitos sociais, que podem ser exigidos pelos cidadãos, ante a obrigação de realização dos direitos sociais e de preservação dos direitos humanos de terceira geração (SUNDFELD, 2006:56).

Certo é que não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa da aplicação do princípio da co-culpabilidade, seja na Constituição de 1988, seja no Código Penal. Entretanto, sustenta-se que a previsão da individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI, juntamente com a análise da primeira fase da dosimetria da pena, prevista no artigo 59, do Código Penal, bem como com previsão de atenuantes inominadas, estipuladas no artigo 66 (segunda fase), do Código Penal, dão ensejo distribuição da carga penal do indivíduo vulnerável com o Estado que não lhe deu condições de desenvolver sua individualidade dentro da sociedade.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz, atendendo à culpabilidade, à personalidade do agente e aos motivos, dentre outras circunstâncias, estabelecerá e individualizará a pena do acusado. Ou seja, ao iniciar a aplicação da pena, logo na primeira fase, o juiz poderá analisar se é o caso de aplicação da co-culpabilidade. Isto porque o legislador deixou ao magistrado a possibilidade de avaliar o nível da capacidade de autodeterminação do indivíduo a depender do seu histórico socioeconômico. A culpabilidade ali destacada é justamente a consciência da reprovabilidade social de sua conduta que, certamente é potencializada ou mitigada a depender dos fatores socioeconômicos e morais que influenciaram a formação da personalidade do indivíduo¹³. Nesse sentido Mirabete destaca que:

Além disso, a utilização na lei da palavra “culpabilidade”, que tem caráter de juízo de reprovação, deve levar o julgador a atentar para as circunstâncias pessoais e fáticas, no contexto em que se realizou a ação, conduzindo-o a uma análise da consciência ou do potencial de conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa, como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime. (MIRABETE, 2010:282)

¹³ Segundo Nucci *o bem nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir sua sobrevivência* (NUCCI, 2006:420), sendo uma clara afirmação prática da teoria da co-culpabilidade.

A Lei 10792/03, ao regular o interrogatório do Réu, trouxe expressamente a determinação de se apurar a condições sociais que permearam a formação da personalidade do réu, conforme previsão do art. 187 do CPP:

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

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

Já a Lei de crimes Ambientais (Lei 9605/98) traz de forma expressa¹⁴ uma atenuante pela baixa escolaridade do agente, o que poder ser interpretado como uma espécie de aplicação do Princípio em estudo, vez que a falta de oportunidades para a formação intelectual do indivíduo contribui para sua marginalidade e conseqüentemente mais inclinação para cometimento de infrações penais.

Moura destaca que, malgrado a possibilidade construtiva acima esposada, já existem esforços para tornar mais explícita a possibilidade de aplicação da teoria da culpabilidade (MOURA, 2006:89). O autor remete à leitura do Projeto de Lei 3.473/2000, que trata da reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro que propõe, dentre outra reforma, uma nova redação para o artigo 59, do Código Penal. Pela proposta o novo texto estipularia expressamente a possibilidade do juiz analisar as oportunidades de inclusão socioeconômica do acusado, para fixar sua pena, conforme se observa:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível

¹⁴ Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:

I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

Esta louvável posituação do Princípio da co-culpabilidade já existe em outros países vizinhos, como exemplo podemos citar o Código Penal Argentino, que assim prevê:

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

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

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

2. La edad, **la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos**, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso¹⁵. (destaques nossos)

Também podemos citar a previsão do Princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico-penal colombiano:

ARTÍCULO 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.¹⁶

No Brasil, a melhor hipótese de aplicação do Princípio está no art. 66, do Código Penal, que estabelece que *a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*. Dessa forma, à par das atenuantes condicionadas do artigo 65, do Código Penal, o juiz pode analisar livremente a condição socioeconômica do acusado para dosar sua pena na medida de sua vulnerabilidade, desde que fundamente sua decisão¹⁷. De acordo com Damásio, *são circunstancias que escapan à especificação*

¹⁵ http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos/codigo_penal/CP_art34a41quater.htm
Acesso em 06/03/2012.

¹⁶ <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html> Acesso em 06/03/2012.

¹⁷ Sobre a relevância do artigo 66, do Código Penal, Paulo José da Consta Junior expõe que *nenhuma lei será 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*

legal e que servem de meios diretos para o juiz aplicar a pena (JESUS, 2011:623). E completa Mirabete ensinando que:

É uma circunstancia inominada, facultativa e de conteúdo variável, que permitirá ao juiz considerar aspectos do fato não previstos expressamente (...). Visa o dispositivo uma possibilidade de flexível individualização da pena. A rigor, porém, o juiz já poderá levar em conta na fixação da pena qualquer circunstancia do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base. Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio. (MIRABETE, 2010:298)

Assim, o fato do indivíduo não possuir as mesmas oportunidades de educação, saúde, lazer, moradia, alimentação, segurança, emprego, pode ser levado em consideração pelo magistrado quando a aplicação da pena, seja na fixação da pena base, seja na aplicação de uma atenuante inominada, pois tais negações, conforme sustentado acima, são capazes de influir na capacidade de autodeterminação e da consciência da reprovabilidade social de sua conduta. Sobre o assunto, ROGÉRIO GRECO se posiciona da seguinte maneira:

Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com suas próprias mãos aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidade entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida. (GRECO, 2007:426)

Apesar de tímida, alguns Tribunais vezes por outra aplicam o Princípio da co-culpabilidade, a título de exemplo podemos citar o seguinte julgado recente:

EMENTA: PENAL. CRIME TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, PARÁGRAFO 4º, I, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA NA RAZÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ART. 66, DO CP. PENA DEFINITIVA REDUZIDA PARA 1 (UM) ANO. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA PELA DETRAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 6- Melhor sorte não socorre a alegação de que os atos do acusado foram praticados sob o efeito de drogas e bebidas alcoólicas, no caso, o conjunto probatório aliado à circunstância em que foi flagrado não logram afastar a culpabilidade, **porém, o fato de sua situação de vulnerabilidade, miséria absoluta que o leva a viver sem moradia fixa nas ruas da cidade, autoriza**

molde a adequá-la à culpabilidade do agente. Não se dispensa, todavia, o juiz de motivar suficientemente a decisão (CONSTA JR., 2007:220).

a diminuição de sua pena, a teor da previsão do art. 66 do CP. 7- Possibilidade de, para o caso concreto, uma solução mais benéfica para o acusado, no reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo, morador de rua, que não completou os estudos, vivendo à margem da sociedade, catando lixo para sobreviver, acatando a sugestão, tanto do Ministério Público Federal local quanto da Procuradoria Regional, no reconhecimento da co-culpabilidade do Estado, no dizer da doutrina garantista para reduzir-lhe a pena. 8- Mantendo inalterado o cômputo inicial até a segunda fase da dosimetria da pena, em que se chegou a 3 (três) anos de reclusão, aplico a redução em virtude da tentativa, art. 14, II, parágrafo único, do CP em 2/3 (dois terços) tornando definitiva a pena em 1 (um) ano de reclusão, reduzindo proporcionalmente a pena de multa para R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais). 9- Noticiando os autos que o acusado se encontra preso desde 08/12/2009 e, em razão da pena reformada para 1 (um) ano de reclusão, deve ser acolhido o requerimento do eminente Procurador Regional da República para decretar a extinção da pretensão executória estatal pela detração, art. 42, do Código Penal. Apelação parcialmente provida, decretação da extinção da pretensão executória pela detração. Data da Decisão 17/02/2011¹⁸. (Processo ACR 00005328120104058201, ACR - Apelação Criminal – 7868, Relator(a) Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, TRF5, 1ª TU, DJE - Data::25/02/2011 - Página::193 Decisão Unânime) (destaques nossos).

Entretanto, em que pese todo fundamento acerca das omissões do Estado na prestação de ações afirmativas de direitos sociais, é irrefutável que a realidade social brasileira tem mudado significativamente. Podem-se relacionar inúmeras políticas públicas voltadas para a inclusão socioeconômica dos cidadãos marginalizados mediante distribuição de renda e acesso aos meios de desenvolvimento pessoal. Tem-se, por exemplo, o programa luz para todos, o programa nacional de habitação, a obrigatoriedade de vagas nas escolas públicas de ensino fundamental e médio, o programa de cotas nas universidades públicas para estudantes de baixa renda e a viabilização de acesso às faculdades particulares pelo prouni e fies. O programa de erradicação do trabalho infantil, o bolsa família, o bolsa escola. Enfim, são inúmeros projetos que, pelo menos a princípio, visam justamente reverter a inadimplência social gerada pelo Estado Liberal e que, com o passar do tempo, reduzirá a cota de responsabilidade do Estado na vulnerabilidade do indivíduo marginalizado.

Esse início de virada social força uma nova leitura paradoxal do princípio da co-culpabilidade para extrair dele outro objetivo, qual seja, o maior rigor e uma medida mais pesada do Estado Juiz na fixação da pena daqueles que tiveram melhores oportunidades e maiores acessos ao desenvolvimento pessoal. Grégoge Moreira de

¹⁸ http://www.trf5.jus.br/archive/2011/02/00005328120104058201_20110225_3821714.pdf Acesso em 04/03/2012.

Moura, entretanto, argumenta contrariamente afirmando que conceber a co-culpabilidade para aumentar a reprovação social e com isso aumentar a pena é um desvirtuamento do objetivo primário desse princípio:

A co-culpabilidade como forma de agravação da reprovação social e penal irá de encontro às finalidades para as quais foi desenvolvida, resultando em uma extensão e revisão de seu conceito, bem como de seus aspectos doutrinários ou, quiçá, no seu total desvirtuamento. Ora o Estado somente estará fazendo sua obrigação prevista constitucionalmente a de incluir socialmente seus cidadãos, propiciando-lhes o verdadeiro bem comum – elemento teleológico do conceito de Estado – e não o “bem de alguns”. Assim, 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 a quem 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 exacerbação na punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena prevista no art. 59, do Código Penal. (MOURA, 2006:47-48)

Em que pese os argumentos expedidos acima, ousamos dele discordar. Conforme sustentado por este mesmo autor e por outros que foram destacados neste artigo, a capacidade de autodeterminação e de capacidade de compreensão da reprovabilidade social está ligada diretamente à capacidade sócio-econômica. Então, se a menor capacidade e inclusão sócio-econômica tornam o sujeito mais vulnerável perante o poder punitivo do Estado, quanto maior a capacidade sócio-econômica, maiores serão suas oportunidades e maior será sua capacidade cognitiva acerca da reprovabilidade social da conduta. Outra inferência não se pode ter que não seja a maior reprovabilidade social e, por consequência, uma pena mais gravosa para aqueles que obtiveram da sociedade as melhores oportunidades de desenvolver sua individualidade. Esse deve ser, portanto, o outro objetivo da co-culpabilidade no Estado Social de Direito brasileiro, que apesar de aparentar paradoxal, nos parece imprescindível para adequar a pena ao desvalor social de cada conduta tida por delituosa.

Na verdade, não se trata de uma aplicação do Princípio da co-culpabilidade às avessas e sim uma contribuição interpretativa do Princípio para o julgador quando da individualização da pena. Ao mesmo tempo que reconhecemos que um crime cometido por um cidadão desprovido de qualquer oportunidade social é menos censurável, devemos reconhecer que uma atitude criminosa praticada por um indivíduo que teve à sua disposição todos os meios de se desenvolver dignamente é mais reprovável,

ensejando uma valoração negativa de sua culpabilidade na primeira fase de dosimetria da pena (art. 59). Portanto, em contraposição ao Princípio da co-culpabilidade, entendemos que sempre que ausentes seus elementos e presentes elementos exatamente opostos, o juízo de reprovabilidade da conduta deve ser tido como exacerbado, razão pela qual sua pena deve ser fixada em patamar maior pela previsão da circunstância culpabilidade prevista no art. 59 do C.P.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a culpabilidade é inerente à consciência da reprovação social da conduta. Sejam as teorias que a estruturam, sua ideia principal está ligada a capacidade de autodeterminação do sujeito em agir dentro daquilo que o Direito tratou como socialmente reprovável.

Neste ponto, a corrente do contratualismo e do direito penal socialista, capitaneado por Jean-Paul Marat, trouxe argumentos em prol da co-responsabilização do Estado por sua inadimplência na efetivação dos direitos sociais, de modo que, na aplicação da pena, parte da carga deveria ser rateada com a sociedade. Foi essa a estruturação da co-culpabilidade pela vulnerabilidade do marginalizado perante o poder punitivo do Estado, em razão de sua menor capacidade de compreender a reprovabilidade social de sua conduta, pelas omissões do Estado Liberal em proporcionar-lhe condições inclusão sócio-econômica. Assim, não aplicar a co-culpabilidade é negar a realidade social em prol de formulações teóricas, de aplicação mecânica e universal, caracterizando o que se poderia chamar de verdade absoluta, algo inadmissível na ciência jurídico-penal.

Entendemos que o direito penal é meio de transformação social, seja ao tipificar condutas, seja ao punir os infratores do preceito normativo penal. Ocorre que para cumprir seu papel, deve o direito penal voltar os olhos para a realidade que permeia o contexto social que leva ao cometimento de inúmeros crimes, avaliando a efetiva reprovabilidade da conduta apurada, reconhecendo a parcela de culpa do Estado e da Sociedade ao não promover as políticas públicas necessárias, fazendo com que se forme

uma massa de miseráveis e marginalizadas que muitas vezes só encontram no crime o modo de ascender socialmente.

Todavia, com a chegada do Estado Social de Direito, tem-se cada vez mais presente a concretização de políticas públicas voltadas para a prestação dos direitos sociais fundamentais. É inegável que o acesso à educação, à moradia, à saúde, ao emprego, ao lazer e à alimentação, dentre outros direitos sociais, ainda não foi capaz de excluir a pobreza no Brasil. Mas, também é irrefutável que os índices de miséria diminuíram e que o acesso às oportunidades de desenvolvimento e inclusão sócio-econômica para os cidadãos, até então marginalizados, aumentou consideravelmente.

Com essa virada, surge uma realidade diversa da gerada pelo Estado Liberal. A inadimplência da prestação dos direitos sociais tem diminuído no Estado Social de Direito brasileiro, e isso torna necessária uma nova leitura da co-culpabilidade. Se no princípio, o Estado teria que compartilhar a carga da responsabilidade do infrator, em razão deste ter seu juízo de reprovabilidade da conduta diminuído pelas circunstâncias sócio-econômicas, agora o Estado também deve pesar sua mão sobre aqueles que sempre desfrutaram das vantagens e acessos sociais (como os casos dos crimes de colarinho branco¹⁹).

Se a capacidade de compreensão da reprovabilidade da conduta está ligada ao desenvolvimento sócio-econômico, outra alternativa não há que não seja a maior medida da pena àqueles que foram brindados com as melhores oportunidades sociais. E, é essa a que reconstrói a nova contribuição interpretativa do princípio da co-culpabilidade no atual Estado Social de Direito.

¹⁹ O crime do colarinho branco, na criminologia, foi definido inicialmente pelo criminalista norte-americano Edwin Sutherland como sendo "um crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição (*status*) social, no exercício de suas ocupações. No Brasil, as Leis 7492/86 (crimes contra o sistema financeiro) e 9613/98 (lavagem de capitais), são tidas como exemplos dessa nova criminalidade, cuja clientela goza de elevado prestígio social.

5. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 13ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1993.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 8ª Ed. Niterói. Ed. Impetus, 2007.

JESUS, Damásio de. Direito penal. v. 1: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARAT, Jean-Paul. Plano de Legislação Criminal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. v. 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no direito penal. Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

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

_____. Manual de direito penal brasileiro.v.1: parte geral. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>. Acesso em 06/03/2012.

http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos/codigo_penal/CP_art34a_41quater.htm. Acesso em 06/03/2012.

http://www.trf5.jus.br/archive/2011/02/00005328120104058201_20110225_3821714.pdf. Acesso em 04/03/2012.