

Data de aprovação: ____/____/____

A COCULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE GENÉRICA E A SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO DE ACORDO COM OS ARTIGOS 29, 59 E 66 DO CÓDIGO PENAL

Isabella Moura Bezerra¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

É inquestionável a influência que o meio social exerce no momento de constituição da personalidade humana, sobretudo no que tange à autodeterminação, de acordo com o ordenamento jurídico, daqueles indivíduos que foram marginalizados pela, ainda presente, desigualdade social no Brasil, uma vez que o Estado não atua de forma coesa e não garante, igualitariamente, direitos inerentes à pessoa humana, como o acesso à educação, segurança, informação, saúde, dentre outras necessidades fundamentais. Nesse sentido, diante desta omissão, o Estado é posto em uma situação de culpa indireta, devendo ser corresponsabilizado pela prática de condutas criminosas de indivíduos que não puderam se inserir na sociedade de forma igual e justa pela omissão estatal em promover serviços públicos essenciais à parcela da população. Essa corresponsabilização seria materializada através da busca pela redução da desigualdade social por meio da atenuação de penas a esses indivíduos mais vulneráveis. Esta é a ideia do Princípio da Culpabilidade, que, apesar de estar implícito na Constituição Federal, é norteado por princípios constitucionais, bem como tem a sua possível aplicação de acordo com os artigos 29, 59 e 66 do Código Penal Brasileiro. Por fim, faz-se de suma importância compreender que, com o advento do Estado Liberal e a ideia de Contrato Social, de Rousseau, a liberdade do homem, bem como seu bem-estar e sua segurança, deveriam ser preservados através deste, isto é, a autoridade governante, escolhida pela população, deve garantir os direitos individuais.

Palavras-chave: Culpabilidade. Penal. Estado. Condutas. Ordenamento.

ABSTRACT

It is undeniable the influence that the social environment exerts at the moment of construction of the human personality, especially in relation to self-determination, according to the legal order of those individuals who have been marginalized by the still present social imbalance in Brazil, since the State does not act in a cohesive way and does not guarantee equally of rights inherent to the human person, such as access to education, security, information, health, among other fundamental needs. In this sense, in face of the omission, the State is placed in a situation of indirect guilt and must be jointly responsible for the practice of criminal conduct of individuals who

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: isabellamourab@hotmail.com

² Professor Mestre. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: jbmb@uol.com.br

were unable to enter society equally and fairly because of its omission in promote public services essential to part of the population, through the search for the reduction of social imbalance, through the attenuation of sentences to these most vulnerable individuals. This is the idea of the Coculpability Principle, which, although it is implicit at the Federal Constitution, is guided by constitutional principles, as well as its possible application in accordance with articles 29, 59 and 66 of the Brazilian Penal Code. Finally, it is extremely important to understand that, with the advent of the Liberal State and Rousseau's idea of a Social Contract, man's freedom, as well as his welfare and security, should be preserved through this, which means that the governing authority, chosen by the population, must guarantee individual rights.

Key words: Coculpability. Criminal. State. Pipelines. Planning.

1 INTRODUÇÃO

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, 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 têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais [...]

O texto acima transcrito é encontrado em um dos livros do desenvolvedor do princípio, Eugênio Zaffaroni (2009, p. 525) em coautoria com José Henrique Pierangeli, os quais abordam o desenvolvimento do Princípio da Coculpabilidade, momento em que propõem, a partir do reconhecimento das omissões estatais, no que concerne à garantia de direitos básicos e fundamentais aos cidadãos, a concorrência da responsabilidade de condutas delituosas deste indivíduo, oprimido e posto em um cenário de desigualdade, com o Estado, de modo a diminuir ou isentar a culpabilidade do agente.

Assim, posicionam-se e defendem que as circunstâncias as quais levaram os agentes ao cometimento das práticas criminosas devem ser levadas em consideração no momento da aferição da pena, uma vez que muitas dessas condutas se dão em virtude de falha do ente público no que se refere à efetivação de prestações essenciais que, conforme dispõe a Carta Política, é dever estatal perante os nacionais.

Nesse contexto, uma vez que o princípio da coculpabilidade não está expressamente previsto em lei, surgem alguns questionamentos sobre a sua possível aplicação, bem como a sua funcionalidade: o indivíduo que, diante da

ausência de oportunidades e assistência Estatal, comete atos de infração deve passar por uma análise sócio-cultural na aferição do quantum da pena a ser aplicada em sentença, uma vez que o Estado, por sua vez, deve ser considerado coautor, por participação indireta do crime?

Bem, a incidência de tal princípio se faz necessária para reequilibrar o sistema, uma vez que caracteriza uma situação compensatória do Estado no momento em que, diante da sua omissão em promover serviços públicos essenciais à população e a hipossuficiência do autor da prática delitiva, tendo em vista as acentuadas diferenças sociais e uma consequente exclusão de certa parcela da sociedade, age atenuando a pena deste indivíduo posto em situação de miséria, que praticou uma conduta criminoso.

Dessa forma, o Estado, deve ser corresponsabilizado socialmente, reconhecendo o ineficaz cumprimento de seus deveres, impondo uma menor reprovação ao criminalizado, e deve assumir uma parcela de culpa devido à negligência e violação que teve para com os indivíduos de camadas sociais menos favorecidas, ao não lhe garantir seus direitos básicos. Essa valoração compensatória pode ser entendida como uma ideia de equidade, visto que se busca o senso de justiça e a isonomia social.

Atualmente, é indiscutível a importância do reconhecimento da corresponsabilidade do Estado, uma vez que este é inegável detentor de parcela de culpa do ato. Fatos que, ocorrem principalmente, quando o crime cometido apresenta, como *prima ratio*, elementos de natureza social, sendo, por sua vez, desencadeador de condições mínimas, ferindo e impossibilitando que cada cidadão exerça o seu direito à dignidade da pessoa humana. Desse modo, com fulcro no artigo 66 do Código Penal, é interpretada a possibilidade de a pena ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, aplicando-se a coculpabilidade do Estado, o que também é defendido por Carvalho e Carvalho (2008, p. 74):

A precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena. Apesar de não estar prevista no rol de circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal brasileiro, a norma do art. 66 possibilita a recepção do princípio da co-culpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de "circunstância relevante" anterior ou posterior ao crime, embora

não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social.

Por conseguinte, levando em conta o cenário atual, o presente trabalho tem como objetivo geral descrever e analisar o princípio da coculpabilidade e a sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica, verificados os artigos 59 e 66 do Código Penal, uma vez que o indivíduo teria a oportunidade de ter o cumprimento da sua pena reduzido. Devem ser também observadas as condições, isto é, circunstâncias, que o levaram a cometer uma conduta atípica, considerando a ineficácia, no momento de o Estado e a sociedade operarem no momento de garantir os deveres individuais e inerentes à pessoa humana, englobando o fato do desconhecimento da ilicitude do ato cometido, uma vez que o Estado o fez carecer do acesso à informações.

Em se tratando de objetivos mais delimitados, será abordado o conceito do princípio da coculpabilidade e a sua breve evolução, bem como será abordada a ótica do princípio em questão, abrangendo a análise e interligando-o com princípios constitucionais. Por fim, serão buscadas alternativas de dirimir as desigualdades sociais, atingindo, não apenas uma igualdade formal, mas também, material.

Concluindo a introdução, retomo e concluo a fala de Zaffaroni (2009, p. 525):

[...] Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

2. TEORIA GERAL DA PENA

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

“A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.” – (Abraham Lincoln, 1809 – 1865)

Um país democrático não é só aquele em que a sua população tem liberdade para participar, diretamente e em igualdade, das decisões da vida política, mas sim,

aquele que também defende, dentre outras condições, as suas características de respeito às minorias, buscando uma equidade social, a liberdade de expressão e a garantia de acesso à fontes alternativas de informação, ou seja, exprime-se claramente que a democracia objetiva absorver melhor as diferenças dentro da sociedade e refletir melhor a vontade da população.

Contudo, o atual cenário em que o Brasil está imerso, ocupando o 9º (nono) lugar no *ranking* da desigualdade social, conforme cita-se abaixo, representa uma grande ameaça à democracia, atingindo de forma negativa a estabilidade econômica e política brasileira, uma vez que uma sociedade que não possui o mínimo de igualdade entre si, acaba por dividir-se em classes sociais, tendendo àquela mais privilegiada a ter um maior poder sobre as inferiores, gerando, por sua vez, conflitos, violências e a própria instabilidade nos cenários político, econômico e social. Segundo pesquisa publicada, em 14 de setembro de 2018, no *site* das Nações Unidas no Brasil – ONUBR:

Em relação ao Coeficiente de Gini (2010-2017) – instrumento que mede o grau de concentração de renda em determinado grupo e aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos –, o Brasil possui o 9º pior valor do mundo (51,3).

A ONU elenca, ainda, as principais causas para essa má distribuição de riquezas, onde muito se concentra na mão de pequena parcela da sociedade, que causam tamanha desproporcionalidade social, sendo elas: a falta de acesso à educação digna, os baixos salários e a falta de emprego, bem como a ineficaz disponibilidade dos serviços públicos, para a população mais carente.

Nesse cenário, considera-se que as desigualdades sociais são a porta de entrada dos indivíduos abandonados pelo Estado, no mundo do crime, marginalizando-se e descumprindo as regras impostas para uma boa convivência social.

O homem, aquele que vive e coexiste entre os seus e o Estado, busca a sua autodeterminação e conseqüentemente, suprir as suas necessidades, sejam elas de interesse apenas particular ou não. Ocorre que, para se viver em comunidade, é fundamental que se existam regras que ditem e delimitem os direitos e deveres dos indivíduos. Assim, surge o Direito, o qual rege a vida em sociedade, mediante a seleção de condutas errôneas e que devem ser inibidas. Dessa forma, o brocardo *“ibi societas ibi jus et ibi jus ubi societas”* é defendido, uma vez que só haverá

sociedade onde houver direito e vice versa, visto que o convívio entre os homens e entre estes e o Estado precisa ser pacificado mediante a demarcação de limites mínimos a fim de garantir o controle social.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2009, p.1) ressaltam:

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as consequências e sanções aos que violem seus preceitos.

Entretanto, não é suficiente que haja apenas normas prevendo e expressando a ilicitude de uma conduta, isto é, o Direito traz a necessidade de se punir, por meio de sanções penais, o agente da conduta delituosa, sendo a consequência jurídica pela prática de uma infração, ou seja, trata-se da resposta do Estado à violação da norma punitiva, sendo a retribuição justa do mal injusto cometido pelo criminoso, cujo fim é evitar o cometimento de novos delitos.

O Código Penal defende o viés de que a aplicação da pena deve ser essencial e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, a fim de controlar a criminalidade. Contudo, a aplicação de uma sanção penal não deve ocorrer de forma genérica, sendo aplicada de forma universal para qualquer um, sem antes analisar o caso concreto.

2.2 A DOSIMETRIA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Baseado no princípio da personalidade, estando previsto no artigo 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição Federal, o princípio da individualização da pena consiste, sobretudo, na limitação do poder punitivo do Estado, de modo que, no momento em que a pena for ser aplicada, o juiz deve se ater às características pessoais do condenado, levando em consideração, no momento de aferição da pena, as condições socioeconômicas as quais o indivíduo possui, como, por exemplo, a situação de miserabilidade em que se encontra, bem como a sua baixa escolaridade, assim, diz respeito à relação entre conduta, carência social e aplicação da pena, a fim de direcionar a sanção criminal à pessoa do delinquente, podendo assim, coresponsabilizar o Estado, pela sua omissão no oferecimento e garantia da dignidade da pessoa humana à todos os seres humanos.

Nessa linha de pensamento, objetivando uma justa e eficaz execução penal, esta não pode ser imposta de forma igual para todos os presos, visto que estes são diferentes no que concerne à sua ação e os motivos os quais o levaram a cometer o crime, devendo atender ao aspecto individual e subjetivo do condenado, personalizando a aplicação desta. Assim, corroborando com esse entendimento, Mirabete e Fabbrini (2009, p. 61) afirmam:

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

Ainda nesse sentido, defende Nader (1996, p. 123) que “de fato, a individualização da pena concretiza a própria justiça, visto ser esta a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu”.

Assim, o juiz determinará, nos termos do artigo 59 do Código Penal, as penas aplicáveis a cada caso, bem como a quantidade de pena a ser aplicada, dentro dos limites previstos no próprio código e o regime cabível, dentre outros. A fixação da pena, que na Idade Média era conferida apenas pelo Magistrado, hoje já sofre a interferência do legislador, podendo este definir os limites mínimos e máximos da cominação da pena, considerando as circunstâncias judiciais: agravantes e atenuantes da pena, isto é, causas de aumento e diminuição do “*quantum*” de pena.

No Código Penal, a dosimetria da pena é abordada em um sistema trifásico e expressa no artigo 68 do Código Penal:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

A primeira fase, de fixação da pena-base, é o momento em que o juiz irá considerar as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, sendo elas: culpabilidade, a presença de antecedentes, a conduta social do agente, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e, por fim, o comportamento da vítima. A segunda fase, diz respeito à fixação da pena provisória, momento em que o magistrado se preocupa em analisar as

circunstâncias agravantes, contidas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, considerando, dentre outras, a reincidência; se o crime cometido foi por motivo fútil ou torpe; analisando a presença de traição, emboscada ou dissimulação; se o delito cometido foi contra maior de 60 (sessenta) anos, criança, enfermo ou mulher grávida, dentre outros, e, quanto às circunstâncias atenuantes, aquelas previstas no artigo 65, cita-se principalmente os casos em que o agente for menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 (setenta) anos na data da sentença; em caso de desconhecimento da lei, que, apesar de não excluir a culpa, pode reduzir a pena; em caso de motivo relevante de valor social ou moral, arrependimento, dentre outros. Por fim, a terceira fase é aquela de fixação da pena definitiva, trazendo as causas de aumento e diminuição da pena, como por exemplo, em caso de tentativa, estado de necessidade e concurso formal.

Portanto, ressalta-se que análise das referidas circunstâncias se apresentam como elementos de suma importância para uma apropriada, eficaz e justa aplicação de pena pelo juiz. Nessa linha de raciocínio, Greco (2008, p. 558) aduz que:

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

2.3 DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante do exposto, além da dosimetria da pena e do princípio da individualização da pena, existem outros princípios que podem ser usados de forma positiva para nortear a aplicação do princípio da coculpabilidade no cenário político brasileiro como, por exemplo, o princípio da legalidade, da humanidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima.

2.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, defende o brocardo jurídico de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assim, tem-se que apenas a lei, em sentido estrito, é capaz de criar tipos penais e impor a respectiva sanção penal, o que tem gancho e projeção no inciso II do artigo 5º da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009, pg. 78), o princípio da legalidade:

Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do poder legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.

Por fim, nesse sentido, interpreta-se que a lei é pressuposto para qualquer crime e para a aplicação da sanção penal em caso de descumprimento, ou seja, em caso de confronto de interesses litigiosos, prevalecerá a força da lei, devendo esta ser prévia, escrita, direta, sem palavras dúbias, incertas e indeterminadas.

2.3.2 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade sustenta que as sanções penais impostas pelo Estado não podem ferir a dignidade da pessoa humana, a qual está presente no inciso III do artigo 1º da CF/88. Reforçada a ideia do Estado como garantidor do progresso social, a legislação traz, dentre outras vedações, a proibição de aplicação de penas que possam conduzir, por exemplo, à mutilação, esterilização, tortura ou submetam o preso a excessivo sofrimento físico ou mental, devendo, por sua vez, o direito penal, ser sistemático e em consonância com os ditames constitucionais, devendo respeitar, inclusive àqueles que tiveram a sua liberdade privada, o respeito à integridade física e moral.

Nesse mesmo âmbito aqui abordado, defende Wolfgang Sarlet (2001, p. 60):

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

2.3.3 Princípio da Proporcionalidade

Também conhecido como princípio da vedação ao excesso, tem o condão de coibir excessos desarrazoados do Estado, ou seja, este não pode interferir na vida de um indivíduo, sem razões. A intervenção estatal deverá ocorrer quando se fizer necessária para que se efetive a finalidade pública almejada, objetivando a adequação entre os meios e os fins. Em mais um momento, a linha de pensamento de Souza Nucci (2008, p.37) delimita bem a pretensão do princípio:

“Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária que o Direito penal deve assegurar aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição da intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.”

2.3.4 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio aqui abordado não está expresso na Constituição Federal, sendo, portanto, um princípio implícito, que se encontra fortemente ligado à proporcionalidade, reafirmando a proibição do excesso do direito penal, defendendo a análise subsidiária da intervenção. Em outras palavras, essa teoria defende que o direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, deverá tão somente atuar quando os demais ramos do direito mostrarem-se incapazes de tutelar os bens relevantes ao interesse público e individual.

Assim, considerando que o ramo do direito aqui estudado não deve atuar de forma demasiada na vida do cidadão, retirando-lhe a sua autonomia e liberdade, o princípio da intervenção mínima nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.67):

Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se é legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

3. A COCULPABILIDADE

3.1 MARCO HISTÓRICO E O DESENVOLVIMENTO

Adentrando o tema do presente artigo, faz-se de mera importância compreender as noções que norteiam o princípio a ser abordado, como por exemplo, o lema defendido, como já dito anteriormente, pela Revolução Francesa: os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, que findam manifestando a evolução dos direitos fundamentais em três gerações, como acrescenta Bonavides (1999, p. 516):

[...] o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Diante disto, tem-se, sucessivamente, três gerações: a primeira compreende os direitos civis e políticos, seguindo da segunda geração que engloba os direitos sociais, culturais e econômicos, onde entra a coculpabilidade, haja vista que o Estado deve garantir boas condições de vida ao indivíduo e, por fim, a terceira geração que traz os direitos de fraternidade. No entanto, na ocasião em que o Estado quebra esse contrato social ao não proporcionar aos cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana, surge o princípio da coculpabilidade e a possibilidade de considerar o status social no momento de aplicação da pena, considerando a dosimetria da pena, sendo tal princípio utilizado como atenuante genérica.

Outrossim, é de suma importância compreender que princípios são normas que estabelecem uma direção a ser seguida e, no mundo jurídico, incidem como postulados criados para estruturar o Estado de Direito, ou seja, são tidos como pilares do direito pátrio. Portanto, possuem um elevado grau de abstratividade, uma vez que não foi criado para regular uma situação concreta ocorrida, mas sim, para regular, de forma geral, abrangendo o maior número possível de casos. Como declara Alexy (2008, p. 90):

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

3.2 OMISSÃO DO ESTADO

Art. 19, CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O texto constitucional, em muitos dos seus artigos, atribui ao Estado funções básicas e essenciais ao desenvolvimento da nação. Contudo, na prática, a sociedade hodierna é marcada pelas desigualdades sociais nos três âmbitos, o que se apresenta como justificativa para o elevado e corrente número de crimes que ocorrem diariamente, os quais, em sua maioria, são cometidos por indivíduos que estão imersos em uma realidade bem precária, que residem em meio à pobreza, com as famílias completamente desestruturadas e sem acesso aos serviços públicos dignos e de qualidade.

Cabe ao Estado garantir todos os direitos fundamentais, elencados no artigo 5º da Constituição Federal, à população, contudo, nenhum Estado, o mais avançado que seja, seria capaz oferecer, de forma justa e eficaz, a todos os cidadãos, as mesmas condições e mesmas oportunidades, haja vista a já citada má distribuição de renda, uma vez que grande parcela da população sequer consegue suprir as suas necessidades mais básicas. Assim, pela dificuldade de autodeterminação e buscando obter o que o próprio Estado teria por obrigação oferecer, resulta no atual cenário de criminalidade, meio pelo qual muitos indivíduos abandonados, conseguem enxergar como escapatória da pobreza e miséria.

Art. 5º CF: 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Destarte, a população está jogada em um cenário preocupante, uma vez que aquelas autoridades que deveriam trabalhar em prol do desenvolvimento social, isto é, o próprio Estado que deveria reprimir e punir as infrações penais corriqueiras, tornaram-se praticantes destas, mediante a sua omissão e descaso em oferecer à população, indistintamente, iguais meios de acesso aos bens da vida.

Juarez dos Santos (2004, p. 265-266) afirma que:

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

Pelos fatos aqui elencados, mostra-se a necessidade de equilíbrio da relação de hipossuficiência entre o acusado e o Estado, por meio do princípio da coculpabilidade, o qual surge como uma tentativa estatal de reconhecer e minimizar a coação social que existe sobre as camadas sociais menos privilegiadas, uma vez comprovado que o Estado foi sonegador de condições mínimas de sobrevivência.

Desse modo, no decorrer deste capítulo, será abordado o princípio da coculpabilidade como forma de permitir que o Estado reduza a responsabilidade do agente criminoso em face das causas sociais que tolhem dos indivíduos a sua liberdade, que em grande maioria das vezes, não têm, sequer, reconhecimento das normas jurídicas. Isto posto, o Estado utiliza-se do seu jus puniendi, não inocentando o acusado, mas sim abrandando a pena, levando em consideração as condições sociais nas quais ele estava inserido, sendo fatos justificáveis ao cometimento da ação.

Posiciona-se o doutrinador Batista (2007, p. 105):

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a própria essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes deparam e assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

3.3 A COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA

Por conseguinte, aprofundando-se no princípio em questão, o seu surgimento se deu pelo fato de o Estado, não oportunizando os cidadãos, com as mesmas garantias fundamentais e obrigatórias, acaba por deturpar seus direitos e, influenciados por uma situação econômica, consideravelmente, desfavorável, são postos à margem da sociedade e adentram, com grande facilidade, cada vez mais no mundo do crime, isto é, cometem, corriqueiramente, atos nocivos à sociedade, como assevera Grégore Moura (2006, p. 41), a respeito do seu entendimento no que concerne ao princípio da coculpabilidade:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

À vista disto, a sociedade e as autoridades estatais, além de omissos, são coniventes com o descumprimento de suas obrigações constitucionais, de modo que o Estado Brasileiro não oferece subsídios suficientes para o satisfatório e regular desenvolvimento do seu povo, intensificando-se diariamente, as diferenças sociais, as quais devem ser consideradas e analisadas, caso a caso, pelo jurista, no momento de aplicação da pena. Logo, esta análise sócio-cultural das circunstâncias dos indivíduos, é considerada uma forma de valoração compensatória da responsabilidade de agentes marginalizados, pela sociedade, em virtude de condições sociais adversas decorrentes de inoperância estatal, buscando, por sua vez, o senso de equidade e justiça.

Nesse sentido, Moura (2006, p. 43) traz que:

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (co - responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a coresponsabilidade do estado; logo maior a reprovação social.

Ademais, ainda que não trate de um princípio expresso em lei, a teoria da coculpabilidade surge para atenuar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito, e possui previsão doutrinária e jurisprudencial, podendo ter a sua possível aplicação baseada nos artigos 29, 59 e 66 do Código Penal, os quais serão abordados em momento posterior.

Por conseguinte, a aplicação do princípio da coculpabilidade se apresenta de forma que pode ser, de modo pleno e eficaz, inserido no Código Penal brasileiro, e que ainda que enseje de forma escassa, uma vez que o tema é pouco abordado, é fundamental o aprofundamento dos estudos, com o intuito de que a sua aplicação seja cada vez mais concretizada, a modo de garantir a isonomia e a segurança jurídica.

É válido considerar o reconhecimento, no Direito Processual Penal, do princípio da cculpabilidade, quando em seu artigo 187, § 1º é previsto que a primeira parte do interrogatório sobre o acusado, deve conter perguntas sobre o seu meio de vida e as oportunidades sociais que lhe foram conferidas:

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.

Por consequência, tem-se que a cculpabilidade se apresenta como um princípio constitucional implícito, motivo pelo qual requer ou é dotado de imperatividade, no entanto, em contrapartida, são muitos os casos em que as autoridades, no caso os julgadores, mais uma vez, se fazem omissos, e deixam de acolher a teoria, o que não deveria acontecer visto que a realidade brasileira é de desigualdades sociais e o crime é fruto, também, de um meio social, ficando as classes mais vulneráveis, suscetíveis à práticas ilícitas.

Finalmente, fundamental é que, através de políticas públicas, o Estado assegure a todos os cidadãos os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, sendo também de extrema importância, a discussão de tal princípio, por parte dos doutrinadores, operadores do direito e a jurisprudência, com a finalidade de garantir, de forma eficaz, a sua aplicabilidade como atenuante genérica, em casos de descaso estatal.

Desse modo, tem-se que o artigo 59 trata de um rol exemplificativo em que o juiz analisa, por exemplo, as circunstâncias que levaram o agente a cometer o delito, para a aplicação da pena. Já o artigo 65 abrange as circunstâncias que atenuam a pena, considerando o crime ter sido cometido por motivo de relevante valor social ou moral. Por fim, o artigo 66 compreende as atenuantes genéricas, uma vez que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

3.3.1 INCLUSÃO NO CÓDIGO PENAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL (ART. 59, CP)

Art. 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I: as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II: a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III: o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

A primeira opção vislumbrada pelo juiz para a possibilidade de positivação da coculpabilidade baseia-se no artigo 59 do Código Penal, o qual elenca as circunstâncias judiciais que podem ser consideradas para a fixação da pena-base, ou seja, é o momento em que o juiz analisa as condições sociais oferecidas ao autor do delito, bem como a capacidade de autodeterminação do indivíduo a depender do seu histórico socioeconômico, para só então estabelecer as penas. Contudo, esse *quantum* de pena não poderá ser inferior ao mínimo estabelecido em lei, assim, a pena será fixada observada o caso concreto e considerados os limites mínimo e máximo previstos no tipo penal em que se encontra incurso o réu.

Quanto a essa hipótese, Grégore Moura (2006, p. 94) defende que “é a proposta do anteprojeto do novo Código Penal, sendo a mais tímida entre as demais visto que será inócuo o reconhecimento da coculpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal.”

Nesse mesmo sentido Mirabete (2010, p. 282) 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.

3.3.2 INCLUSÃO NO CÓDIGO PENAL COMO ATENUANTE GENÉRICA (ART. 66, CP)

Como já abordado no decorrer do deste, o princípio da coculpabilidade não está expressamente previsto no Código Penal brasileiro, como ocorre em diversos

países da América Latina. Entretanto, o artigo 66 do Código Penal pode ser utilizado, como analogia *in bonam parte* - em benefício do réu -, para a aplicação do princípio em questão. Ou seja, a lei, no referido artigo, permite o reconhecimento de outras atenuantes, não previstas taxativamente, na lei penal, o que proporciona ao Juízo, ensejo de discricionariedade para reconhecer fatos consideráveis que podem vir a atenuar a pena, diante do momento de dosimetria desta, quando, comprovadamente, o Estado tiver atuado efetivamente não dando condições de socialização ao indivíduo.

Considerando o abordado no artigo abaixo transcrito, através deste o magistrado analisará o caso concreto, podendo fundamentar sua decisão de diminuição da pena: “Art. 66: A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Sobre o art. 66, Costa Junior (2007, p. 220) expõe:

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

3.3.3 INCLUSÃO COMO CAUSA GERAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 29, CP)

Art. 29: medida de sua culpabilidade.

§ 1º: Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º: Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

A outra opção posta ao legislador, por Grégore Moura (2006, p. 94-95) para a redução da pena seria acrescentar ao artigo 29, do Código Penal, o qual trata do concurso de agentes, um parágrafo único dizendo que:

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 o tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido'. Assim, quanto pior as condições elencadas no supracitado parágrafo, maior seria a redução da pena. É, a nosso sentir, a melhor hipótese para a posituação da

co-culpabilidade, pois é a mais consentânea com o Direito Penal democrático e liberal, na esteira do garantismo penal, uma vez que permite maior individualização da pena aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal, dirimindo qualquer dúvida nesse aspecto, com a incidência na terceira fase de sua aplicação.

A possibilidade ora abordada, que diz respeito à diminuição abaixo do mínimo legal, se justifica pelo seu caráter de causa geral de redução de pena que seria aferida.

Abordados os critérios e oportunidades do legislador para a redução da pena, pautado nas atenuantes genéricas, ressalta-se a necessidade do nexo de causalidade, entre as circunstâncias sociais e econômicas e a influência com o delito praticado, com o intuito de conjecturar a coculpabilidade. Desse modo, sobressai o princípio já abordado, oportunamente, da individualização da pena, tornando possível a redução da pena abaixo do mínimo legal.

4. REFLEXOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, criado pela Lei 8.069/90, objetiva abordar e regulamentar a proteção integral da criança e do adolescente, lhes garantindo ser sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, assegurados pela Constituição Federal. Aborda, também, os deveres inerentes a cada um, prevendo, inclusive, medidas punitivas/socioeducativas para aquelas crianças e adolescentes que cometem atos infracionais, as quais são aplicadas pelo juiz da Infância e da Juventude.

A entrada em vigor do referido Estatuto deu ainda mais forças ao Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, enaltecendo o dever da família, da sociedade em geral e do Estado, em afirmar a esse grupo, direito à vida, à dignidade, ao respeito, à educação, à convivência familiar, bem como afastá-los da negligência, da discriminação e da violência, por exemplo. Ressalta-se, também, que tal doutrina parte da premissa de que criança e adolescente não têm uma formação/discernimento completo e, portanto, têm direitos específicos, que devem ser protegidos de forma prioritária, como defendem Cury, Garrido e Marçura (2002, p. 21):

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Por conseguinte, devemos nos ater ao fato óbvio de que as atuais crianças e adolescentes são o futuro da nossa cidade e país e, para isso, elas precisam ter um presente digno, com os seus direitos respeitados, para que no futuro, possam ser pessoas instruídas e do bem. Desse modo, é fundamental que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja bem amparado para cumprir a sua missão e garantir os direitos fundamentais, como por exemplo, o acesso à educação, a fim de evitar a existência de uma diferença econômica entre determinados grupos de uma mesma sociedade e um futuro prejudicado que reflita a desigualdade social e negligência ocorridas anteriormente.

Dito isto, sabemos que nem sempre essas políticas sociais são seguidas à risca e acabam por não atingir o objetivo de garantir condições dignas de existência, deixando responsabilizados, o Estado, a sociedade e a família. Nesse cenário, fica claro que as principais dívidas do Estado para com a sociedade, dizem respeito à desigualdade social e às falhas na imposição de medidas socioeducativas aplicadas aos menores infratores, os quais, pela sua condição social desfavorecida e a consequente exclusão a uma educação digna, findam por buscar meios alternativos de sobrevivência, e muitas vezes encontram amparo no mundo do crime. Diante do exposto, nota-se o descumprimento à Teoria do Contrato Social, elaborada por Jean-Jacques Rousseau, a qual versa e defende que é por meio do Pacto Social que a sociedade teria garantida o seu direito de não se emergir nas desigualdades sociais, apoderando-se da segurança e saúde pública, da paz e do bem estar social. Logo, em artigo publicado por Marçal e Soares Filho (2007, p. 5), em que posicionamentos de outros doutrinadores são expostos, defendem que:

Em consequência do surgimento do contratualismo, surge a coculpabilidade no momento em que o crime aparece como rompimento do contrato social. Cezar Roberto Bittencourt (2002, p. 47) corrobora a assertiva ao dizer que **“sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceitado, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade”**. E, por outro lado, o Estado também rompe o pacto social, conforme esclarece Grégore Moura (2006, p. 44), “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

Em vista disto, sabe-se também que a falta de investimento tem recrutado as crianças e adolescentes para o crime, em busca de uma “vida melhor”, sendo vítimas de falsas promessas por outros que não objetivam um correto futuro para a sua vida. Contudo, ocorre que o atual sistema de proteção social é bastante frágil, uma vez que os Poderes Públicos e a sociedade são falhos em suas iniciativas de ações destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à assistência social e à previdência. Além disso, pode-se listar a má qualidade dos ensinos fundamental e médio, bem como a carência em investimentos em programas de iniciativa governamental para o atendimento de menores que são postos em situação de vulnerabilidade para adentrar ao mundo do crime, temática abordada no artigo de Scalon (2011, p. 66):

Dessa forma, os estudos sociológicos são fundamentais tanto para a compreensão e interpretação dos mecanismos e fatores envolvidos na produção e reprodução das desigualdades, como são essenciais para a definição de soluções no campo das políticas públicas para este problema que é, sem dúvida, o mais central em nossa sociedade.

Como já dito anteriormente, as crianças de hoje são os adultos de amanhã, então aquelas crianças que não tiveram acesso à educação e à uma família estruturada, por exemplo, e não usufruíram dos seus direitos impostos pela Constituição Federal, vez que foram deturpados por uma sociedade e um Estado negligentes com essa grande parcela da população, em muitas ocasiões se inserem na criminalidade para alcançar, de forma mais “fácil”, uma estabilidade financeira, ainda que temporária.

Uma vez exposta a linha de pensamento aqui defendida, torna-se evidente que a falta de estrutura estatal e de promoção de uma vida digna, levaram esses indivíduos a fazer escolhas erradas e os desvirtuaram do caminho certo. Assim, surge a necessidade de o Estado responder pelas suas falhas, devendo ser considerada a culpabilidade como atenuante genérica no momento de imposição da pena na vida destes.

5. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Neste capítulo, será abordado o reconhecimento do princípio da coculpabilidade no Direito Processual Penal e em seguida a possibilidade de aplicação no Direito Penal comparado, elencando alguns países da América Latina.

Além dos artigos 29, 59, 65 e 66, os quais abordam o reconhecimento da coculpabilidade, o artigo 187, mais especificamente em seu §1º, do Código de Processo Penal, já abordado no capítulo 2, prevê, na primeira parte do interrogatório, perguntas, ao acusado, sobre as oportunidades e meios de vida deste, ressaltando a importância de levar em conta os fatos sociais da vida do interrogando, que podem ter contribuído para o cometimento do delito.

5.1 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL COMPARADO

Seguindo teoria de defesa aqui trazida, é fundamental ampliar os horizontes do presente trabalho e elencar a abordagem do referido princípio além da sua possível aplicabilidade no Brasil, onde este é considerado por meio da analogia, contudo em muitos países ele é positivado, como por exemplo Argentina, Bolívia e Peru, os quais, assim como o estado brasileiro, sofrem com a desigualdade social, potencializando a prática de crimes, inclusive contra o patrimônio.

5.1.1 No ordenamento jurídico argentino

Sendo o Código Penal Argentino o primeiro a abordar, de forma incisiva, o Princípio da Coculpabilidade, em seus artigos 40 e 41 estão contempladas circunstâncias que atenuam ou agravam a pena imposta ao indivíduo, pautando-se em suas condições sociais:

Artigo 40. Nas penas divisíveis por razão de tempo ou de quantidade, os Tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de conformidade com as regras do artigo seguinte. (tradução livre)

Artigo 41. Aos efeitos do artigo anterior, se levará em conta:
§ 1º: A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados.

§ 2º: A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus, a participação que haja tomado no fato, as reincidências em que houver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstraram sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso. (tradução livre)

Desse modo, a natureza jurídica da coculpabilidade, no código a que me refiro, baseia-se na circunstância legal, prevista pelo artigo 68 do Código Penal Brasileiro, no momento de aplicação da pena, sendo uma das fases da dosimetria da pena.

Referindo-se ao artigo 41 do CP Argentino, alega Zaffaroni *apud* Grégore Moura (2006, p. 71):

Refiro-me à parte do citado artigo em que ordena levar em conta 'a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus'. [...] Não é a primeira disposição sábia de nossa legislação que os doutrinadores passam por alto. (tradução livre).

Por fim, observada a previsão e posições doutrinárias, temos que no ordenamento jurídico argentino a aplicabilidade da coculpabilidade como atenuante genérica é efetiva, mensurando a pena do agente nos casos concretos, devendo ser considerada, sobretudo, a motivação econômica e os motivos determinantes para que o sujeito cometesse o delito, quando fundados na miserabilidade deste. Assim, uma vez os requisitos atendidos, o Estado assume a sua mea culpa.

5.1.2 No ordenamento jurídico boliviano

No que concerne ao Código Penal da Bolívia, o princípio da coculpabilidade é previsto, como circunstância judicial, nos artigos 38 e 40, utilizando a aferição da personalidade do indivíduo, no caso o agente, para atenuar a pena, quando comprovadamente o seu estado de miséria impulsionou o ato delituoso:

Art. 38: Circunstâncias:

§1º: Para apreciar a personalidade do autor, se levará principalmente em conta:

a) a idade, a educação, os costumes e a conduta precedente e posterior do

sujeito, os motivos que o impulsionaram a delinquir e sua situação econômica e social.

[...] (tradução livre)

Art. 40: Atenuantes genéricas Poderá também atenuar a pena: Quando o autor tiver agido por razão honrosa, ou impulsionado pela miséria [...] (tradução livre)

Nesse sentido, torna-se evidente que os artigos aparecem como uma forma de diminuir a reprovação penal do crime, quando as condições de miséria do agente forem consideráveis, ou seja, verifica-se as condições socioeconômicas do acusado no momento de valorar a pena, sendo uma forma de “reconhecimento estatal de suas próprias falhas ao não promover a inclusão social de seus cidadãos”, segundo Grégore Moura (2014, p. 118).

5.1.3 No ordenamento jurídico peruano

Também no Código Penal do Peru, o princípio é utilizado para fundamentar e determinar a pena, sendo consideradas as condições sociais, econômicas e culturais do agente, conforme o artigo 45:

Artigo 45: Pressupostos para fundamentar e determinar a pena: O Juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta:

1. As carências sociais que houver sofrido o agente;
2. Sua cultura e seus costumes;
3. Os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependem. (tradução livre)

Desse modo, entende-se que o juiz deve analisar todas as circunstâncias essenciais para só então conferir a pena. Assim, nas palavras de Espinoza (2008):

Dessa forma, a sociedade e o Estado, que permite que impere essas desigualdades econômicas, as injustiças sociais, políticas e culturais, estariam reconhecendo que não oferecem as mesmas possibilidades para todos os indivíduos, para exigir um comportamento de acordo com a lei; os interesses coletivos gerais da comunidade é regulada pelo Direito Positivo; então, se estaria aceitando uma responsabilidade da sociedade e do Estado, estando-os preocupados com a conduta criminosa dos infratores penais, assumindo a “MEA CULPA”, contida no artigo 45 do Código Penal peruano, o qual diz respeito ao reconhecimento oficial do Estado, quando o crime ocorrer devido às condições de desigualdade social, que afligem a sociedade. Assim, de acordo com o princípio, diminui ou desaparece a culpabilidade no mesmo. (Tradução livre)

5.3 AS JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Ainda que, comprovadamente, as omissões estatais para com o cidadão brasileiro causem desigualdades sociais devido à supressão de direitos por parte do Estado em face de parcela da população marginalizada, a Teoria da Culpabilidade não é bem aceita nos tribunais brasileiros.

Erroneamente, visto todas as teses trazidas e fundamentadas aqui, no Brasil possuímos poucos julgados para utilizar como precedente, uma vez que, a inoperância do Estado tomando espaço e, além de ser falho no seu objetivo de defender as garantias individuais de cada ser humano, ainda tem julgado inaplicável, ao caso concreto, a teoria que deveria servir como uma causa compensatória à sua omissão.

Em pesquisa realizada no ano de 2016, foram analisados 467 (quatrocentos e sessenta e sete) acórdãos dos tribunais de justiça brasileiros, os quais abordaram a Teoria da Culpabilidade, conforme tabela abaixo:

Tabela 1

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	Nº DE JULGADOS
ACRE	5
AMAZONAS	3
RORAIMA	0
AMAPA	0
PARA	39
RONDÔNIA	2
MARANHAO	3
PIAUI	1
CEARA	2
RIO GRANDE DO NORTE	1
PARAIBA	2
PERNAMBUCO	0
ALAGOAS	1
SERGIPE	0
BAHIA	14
MATO GROSSO	4
MATO GROSSO DO SUL	1
TOCANTINS	2
GOIAS	0
DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS	12
MINAS GERAIS	79
ESPIRITO SANTO	9
SÃO PAULO	49
RIO DE JANEIRO	70
PARANA	34
SANTA CATARINA	21
RIO GRANDE DO SUL	93
TOTAL	447

Fonte: Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM.

Desse modo, ainda que não seja frequente e predominante o posicionamento dos nossos tribunais, de acolher a teoria da culpabilidade para os casos concretos em que se comprove a necessidade de se atenuar a pena, neste tópico, mostrar-se-

á alguns julgados, cuja sentença teve posicionamento positivo, reconhecendo a vulnerabilidade econômica e falta de acesso à informações, aliado à baixa escolaridade, sendo pontos relevantes e considerados no momento de imposição do quantum de pena a ser aplicada. Conforme o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância.

JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES.

Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006).

O caso concreto acima abordado trata-se de uma apelação criminal oriunda da condenação do Apelante no crime de furto qualificado em concurso de pessoas. Desse modo, no recurso fora pleiteado, dentre outros, a diminuição da sua pena, com base no princípio da coculpabilidade, o qual foi atendido e aplicado, isto é, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou a atenuante genérica, prevista no artigo 66 do Código Penal, concedendo uma diminuição de pena ao réu, semialfabetizado.

Tratando-se, contudo, de uma situação inominada, o relator do caso votou por uma redefinição da pena, a partir da dosimetria desta, conforme trecho retirado da decisão, a seguir:

“Dos critérios ponderáveis do art. 59 do CP, as circunstâncias e as consequências (houve ingresso em residência) são desfavoráveis, o que justifica o afastamento da pena-base do mínimo. Mantenho-a, então, em 2 anos e 4 meses de reclusão. **Na segunda fase, diminuo a pena de 4 meses pela atenuante genérica prevista pelo art. 66 do CP (analfabetismo do réu, reconhecido como fato relevante anterior ao delito)**, o que resulta na pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos. Vão mantidos o regime (aberto) e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.” (APELAÇÃO CRIME Nº 70013886742, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARCO ANTÔNIO BANDEIRA SCAPINI, JULGADO EM 20/04/2006).

Há também outro julgado do mesmo tribunal aqui abordado que proferiu sentença em consonância com a teoria ora discutida, em que o princípio foi aplicado mediante circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, inserida na primeira fase de dosimetria da pena, considerando o estado de vulnerabilidade do agente, em crime contra a dignidade sexual:

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 Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Por conseguinte, também cabe abordar a sua aplicação em legislação especial, no caso abaixo descrito, pautado na Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), ocasião em que o magistrado analisou e considerou, no momento de qualificar a pena do agente, as suas condições desfavoráveis, tendo a atenuante aplicada na terceira fase da dosimetria da pena:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTS. 33, *CAPUT*, E 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/06. 41,96 KILOGRAMAS DE MACONHA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, LEI N.º 11.343/06 APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. ARTS. 18 E 19 DA LEI 10.826/03. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS. DOLO EXISTENTE E COMPROVADO NOS AUTOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. Em razão dos limites da devolutividade do apelo defensivo, de se verificar, por ora, que a irresignação recursal se limita:

a) à aplicação, *in casu*, da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06;

e

b) se houve ou não dolo do sentenciado quando do cometimento da conduta prevista nos tipos penais dos arts. 18 e 19, da Lei 10.826/03, a ensejar, portanto, a condenação por esta figura delitiva.

2. O simples fato, isolado das demais circunstâncias delitivas, de ter o sentenciado sido surpreendido com grande quantidade de entorpecente, não descaracteriza sua condição de "mula", visto ser evidente, na hipótese, que, estando em situação econômica desfavorável, desempenhou, em caráter incidental e esporádico, conduta delitiva de eventual transporte de carga ilícita, sem qualquer prova de que se dedique sistematicamente a atividade criminosa. Todavia, as circunstâncias delitivas *in concreto* denotam uma reprovabilidade maior da conduta do réu, de modo que o percentual de redução do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 fica restrito ao patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto).

[...]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto no decorrer deste artigo e devidamente fundamentado, pode-se aferir que o Princípio da Culpabilidade nada mais é do que a ideia de divisão da responsabilidade do delito entre o agente da prática criminosa e o Estado, em razão deste ter sido opressor e não ter garantido, de forma igualitária os direitos, de segunda geração, à todos os indivíduos da sociedade, refletindo, portanto, na necessidade de humanização do Direito Penal. Assim, considerado e aplicado o princípio ao caso concreto, o agente terá sua pena atenuada em virtude da vulnerabilidade social em que foram submetidos no decorrer de suas vidas.

Assim, embora o Código Penal e a Constituição Federal não tenham previsão expressa do instituto da culpabilidade do Estado, mediante os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da igualdade e da intervenção mínima, o ordenamento jurídico precisa estar mais atento à realidade brasileira, suprimindo as falhas estatais que ocasionam a desigualdade social, desta maneira, sobretudo o artigo 66 do Código Penal, faz-se necessário ser aplicado em face dos indivíduos socialmente reprovados.

Sabe-se que o Direito Penal é um meio de transformação social, visto que a aplicação da pena é uma ferramenta intimidadora das condutas desviantes. Dessa forma, surge a necessidade do estabelecimento de regras bem delimitadas que objetivem, de forma eficaz, promover a pacificação social, evitando os excessos praticados pelo Estado, estabelecendo, por sua vez, limites ao detentor do poder de punir.

O reconhecimento do princípio da culpabilidade solidifica a cobiçada igualdade material e formal no momento em que incide a teoria de “tratar desigualmente os desiguais” e é utilizada a dosimetria da pena para fixar o *quantum* de pena para determinado delito, objetivando-se a redução da seletividade no sistema penal, com o intuito de equilibrar as disparidades socioeconômicas existente, por meio de 3 (três) fases, sendo a primeira fase a que se destina a identificação das circunstâncias judiciais, a segunda trata das circunstâncias legais, enquanto que a última traz as causas de aumento e de diminuição da pena, como prescreve o art. 68 do Código Penal.

Por conseguinte, não restam dúvidas de que o tema é polêmico e passa por um processo dialético, uma vez que os julgadores brasileiros ainda não o acolheram

de forma pacífica e unânime. Destarte, o objetivo principal do presente artigo foi ampliar a discussão de um tema ainda pouco abordado e considerado pelos doutrinadores, ainda que seja um assunto relevante ao conteúdo de justiça social, visando a sua aplicação ser mais fértil, protegendo, portanto, o indivíduo hipossuficiente, o qual deve ser tratado com dignidade. Além de tudo, de considerando o Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da sociedade e do Estado cuidar dos jovens brasileiros para que esses sejam detentores de sonhos e futuro dignos, bem como possuidores de todas as oportunidades possíveis, que auxiliem no seu crescimento pessoal e profissional, se desenvolvendo e autodeterminando na sociedade.

Por fim, é fundamental frisar que deve haver máxima cautela no momento de aplicação do Princípio da Culpabilidade, devendo-se analisar o caso concreto, havendo uma ponderação no momento da incidência da teoria na sentença proferida pelo magistrado, uma vez que devem ser preenchidos todos os requisitos e comprovado que a incidência da omissão estatal está fortemente ligada à conduta infratora, sendo causa ou consequência desta, para então responsabilizar, ainda que indiretamente, o Estado, diminuindo, assim, os efeitos da seletividade do direito penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 67.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 516.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

_____. **Decreto-Lei N °2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

CARVALHO, Aníbal Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74.

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

CURY; GARRIDO; MARÇURA. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

ESPINOZA, Manuel. **Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo.** Revista jurídica Cajamarca – Peru. Nº 9. 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 558-559.

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da coculpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro. In: CONPED/UFF (Org.); COSTA, Rodrigo de Souza. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; PIRESET, Wagner Ginotti. (Coords.). **Direito penal e criminologia.** Florianópolis: Funjab, 2012.

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.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal.** 25. Ed. São Paulo: Atlas, f. 1, 2009.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal.** Editora D'Plácido, 2014. p.118.

_____. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Impetus, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

ONUBR. “Brasil mantém tendência de avanço no desenvolvimento humano, mas desigualdades persistem“. **Nações Unidas.** Disponível em: <<https://bit.ly/2zrXmuJ>>. Acesso em: 11 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70000792358, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Julgado em: 28.04.2000, Diário da Justiça, Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº

70013886742. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 20.04.2006, Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 13 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato punível**. Curitiba: Fórum, 3º Ed., 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60

SCALON, Celi. Desigualdade, pobreza e políticas públicas: notas para um debate. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**. São Carlos, Departamento e Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar, 2011, n. 1, p. 66.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 525.