

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

CHRISTIELLE COLOMBO GOMES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA
PENA**

JUIZ DE FORA
2013

CHRISTIELLE COLOMBO GOMES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA
PENA**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Leandro Oliveira Silva.

JUIZ DE FORA

2013

CHRISTIELLE COLOMBO GOMES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA
PENA**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do grau de bacharel em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Oliveira Silva – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me Ellen Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2013

RESUMO

O objetivo central desta dissertação é a análise da aplicabilidade do Princípio da coculpabilidade como circunstância judicial na dosimetria da pena, sendo a culpabilidade uma verdadeira técnica utilizada pelo julgador para aferição da pena a fim de assegurar a igualdade material. Através do Princípio da Coculpabilidade se reconhece a corresponsabilidade da sociedade no cometimento de determinados delitos praticados por indivíduos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das desigualdades sociais e econômicas, o que enseja menor reprovação no momento da quantificação da pena. O Princípio da Coculpabilidade é positivado em diversas legislações alienígenas, como no Peru, Costa Rica, Argentina, México. Embora não seja um Princípio expresso no ordenamento jurídico brasileiro, esse busca seus principais pressupostos em princípios expressos na Constituição Federal, como a Igualdade, Individualização da pena e Dignidade da Pessoa Humana. A coculpabilidade deve-se ser aferida no momento da fixação da pena-base, prevista no art. 59 do CP, isto porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o quantum de censura atribuível à sociedade, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há "divisão" das culpas entre o agente transgressor e a sociedade concretizando-se, assim, a igualdade material.

Palavras-chaves: princípio da igualdade; coculpabilidade; vulnerabilidade; circunstância judicial

ABSTRACT

The goal of this dissertation is to examine the applicability of the principle of judicial coculpabilidade circumstance as the dosimetry pen being culpability true technique used by the judge to measure the worth in order to ensure material equality. Through coculpabilidade principle recognizes the responsibility of society in the commission of certain crimes committed by individuals who have less scope for self-determination in the face of social and economic inequalities, which entails less reproach upon quantification of the penalty. The principle is Coculpabilidade positivado aliens in various laws, such as in Peru, Costa Rica, Argentina, Mexico. Although not a principle expressed in the Brazilian legal system, this search principiais their assumptions on principles expressed in the Constitution, such as equality, Individualization pen and Dignity of the Human Person. The coculpabilidade should be measured at the time of the sentencing base, under art. 59 of the CP, this is because the degree of censorship attributable to the agent that opposes the quantum of censure attributable to society, making it possible to decrease the disapproval directed the defendant to the extent that there is "division" of faults between the agent and the offender society embodying is thus equal material.

Keywords: principle of equality; coculpabilidade; vulnerability; circumstance judicial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	08
2.1. Conceito de Princípio.....	08
2.2. Igualdade Formal <i>versus</i> Igualdade Material.....	09
2.3. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.....	12
3.CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE.....	14
4. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.....	18
4.1. Conceito de Culpabilidade.....	19
4.2. Origem histórica.....	22
4.3 A culpabilidade na Constituição Federal de 1988.....	24
4.4 A culpabilidade e a Teoria da Anomia.....	28
5. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	32
5.1 Direito Penal Argentino.....	32
5.2 Direito Penal Peruano.....	32
5.3 Direito Penal Mexicano.....	33
5.4 Direito Penal Colombiano.....	34
5.5 Direito Penal Costa-riquenho.....	34
6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL.....	36
7. CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

1. INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa tem por escopo analisar a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade como circunstância judicial na aferição da pena-base.

A coculpabilidade é uma técnica de aferição de pena na qual se busca temperar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito que, por se encontrar condições de vida desfavoráveis possui menor âmbito de determinação, reconhecendo-se assim, uma parcela de responsabilidade da sociedade no cometimento de delitos por esses indivíduos que não possuem condições de vida mínimas.

Como todo tema pouco debatido no Brasil, há uma escassez de material bibliográfico e jurisprudencial sobre a matéria. Por isso, o tema propicia ao estudioso um leque de possibilidades criativas.

Assim, propõe-se um estudo jurídico-propositivo, isto é, analisando-se os motivos e consequências da desigualdade social geradas pela sociedade, tenta-se minorar tais efeitos mediante uma proposta de alteração no Código Penal vigente, inserindo-se a coculpabilidade no momento da dosimetria da pena.

Nesta esteira, discorre-se no primeiro tópico o Princípio da Igualdade, sendo este fundamento constitucional maior do Princípio da coculpabilidade, uma vez que é a busca pela igualdade material é se que autoriza o reconhecimento da responsabilidade da sociedade no cometimento dos delitos praticados por indivíduos cujo grau de autodeterminação encontra-se afetado devido às disparidades sociais e econômicas. Neste tópico é apresentado o conceito do Princípio da Igualdade, suas acepções e seu conteúdo jurídico.

Lançado o fundamento maior da coculpabilidade, no segundo tópico, apresenta-se a culpabilidade pela vulnerabilidade sendo esta um referencial teórico, para o julgador no momento da aplicação da pena, reconhecendo-se a responsabilidade da sociedade no cometimento dos delitos praticados por indivíduos cujo grau de autodeterminação encontra-se afetado devido à vulnerabilidade.

O terceiro tópico inicia-se brevemente com o conceito de culpabilidade e suas acepções, para em seguida, contrapor-lhe a noção de coculpabilidade, sendo apresentado então, o conceito e terminologia, juntamente com sua origem histórica e outros fundamentos Constitucionais. Ao final deste tópico, busca-se cotejar o Princípio da coculpabilidade com a Teoria da Anomia de Robert Merton.

Lançado o conceito e todos os aspectos a serem analisados do Princípio da coculpabilidade, no quarto tópico será abordada a aplicação do Princípio da coculpabilidade

no direito penal comparado, mais especificamente nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos.

Por fim, no quinto tópico será estudada a aplicação da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro como circunstância judicial a ser aferida no momento de aferição pena base.

O método aplicado na execução da presente pesquisa é o sócio-jurídico, ou seja, a combinação da análise jurídica e sociológica dos fatos. Esse tipo de método tem por objetivo integrar o Direito na estrutura social, uma vez que não há regras específicas sobre o tema discutido.

A técnica utilizada foi predominantemente de pesquisa monográfica, tendo como estrutura uma revisão bibliográfica. Entretanto, também foi utilizada a técnica de pesquisa com método comparado. A fonte de pesquisa será a bibliográfica, a qual inclui livros e internet.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

Antes de analisarmos o tema proposto neste trabalho monográfico se faz necessário estudo do Princípio da Igualdade e suas acepções, uma vez que é a busca pela igualdade material é que autoriza o reconhecimento da responsabilidade da sociedade¹ no cometimento dos delitos praticados por indivíduos cujo grau de autodeterminação encontra-se afetado devido às disparidades sociais e econômicas. Assim, coculpabilidade seria utilizada pelo julgador como uma técnica de aferição da pena a fim de *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.*²

2.1. CONCEITO DE PRINCÍPIO:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:³

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra

No contexto jurídico, o conceito de princípio é entendido como alicerce, fonte, ponto de partida de algum instituto jurídico, possuindo funções norteadoras na interpretação da norma posta pelo legislador.

Distinguem-se os princípios das demais normas jurídicas (regras) em diversos aspectos.⁴

¹ A sociedade deve ser entendida neste trabalho monográfico como estrutura social que é composta por ordens ou esferas institucionais (ordem religiosa, ordem econômica, ordem familiar, ordem cultural, ordem política, ordem jurídica, ordem militar etc.) e classes sociais, castas e grupos de status

² Em alusão à ideia aristotélica de igualdade.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. p.230

⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Safe. p.81.

Pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incidindo sempre, porém normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturalmente e de fundamentação nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios como regras – expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas.

Logo, os princípios, em especial, os constitucionais, por incorporem valores ditos como fundamentais, devem ser entendidos como elemento irradiador, do qual emana todo o ordenamento jurídico.

2.2. IGUALDADE FORMAL *versus* IGUALDADE MATERIAL:

Historicamente o Princípio da Igualdade ganhou expressivo destaque a partir do século XVIII, com ascensão da burguesia, quando eclodiram as revoluções liberais, quais sejam, a Revolução norte-americana, e notadamente, a Revolução Francesa.

A burguesia em ascensão e desejosa de expandir seus mercados e romper com as estruturas políticas do *ancién* regime, que concedia os privilégios à nobreza e ao clero, tratou de consolidar a igualdade jurídica de todos os homens, abolindo as distinções fundadas em motivos como linhagem ou parentesco.

Contudo, verifica-se que nessa época a igualdade é tratada em segundo plano em relação à liberdade, tendo em vista que a promoção de igualdade substancial entre os homens também não se apresentava como vital para a burguesia. É o que nos lembra o autor José Afonso da Silva ao afirmar que: ⁵

o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinário e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica do seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus

⁵ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, pág. 211

interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa

A igualdade formal aparece consubstanciada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em diversos artigos dos quais se transcreve os seguintes:⁶

Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. [...] Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Ao que se observa dos supracitados artigos é que a igualdade do séc. XVIII tem como característica a abstenção do Estado, não podendo esse intervir para garantir privilégios à determinada categoria de indivíduos. Nesse momento histórico não há um debate sobre a igualdade condições, ou seja, a igualdade substancial, tendo em vista que a burguesia, classe revolucionária, já detinha recursos materiais para se desenvolver como classe hegemônica, restando somente à abolição dos privilégios da nobreza.

Com o desenvolvimento do Estado Social e atual concepção do Estado Democrático de Direito, verificou-se que a igualdade formal é insuficiente, uma vez que não levam em consideração as desigualdades fáticas entre os indivíduos, buscando-se uma igualdade substancial.

A Constituição da República de 1988 quis aproximar as duas facetas da isonomia, *formal e material*,⁷ uma vez que não se limitou ao mero enunciado da *igualdade perante a lei*,⁸ mas acrescentou vedações a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, conforme se depreende v.g., do art. 3º, III e IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX e XXXI.⁹

⁶ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 06.03.2013

⁷ Neste trabalho os termos isonomia e igualdade serão utilizados como sinônimos.

⁸ Deve ser entendida como à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 10-11)

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º 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

A concepção *material* do direito fundamental à igualdade está assentada no conhecido pensamento filosófico de Aristóteles que reconhece que se devem *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam*, sendo esta uma cláusula geral da igualdade.

No entanto, somente a leitura do tal enunciado não é suficiente para se assegurar a igualdade material. Conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁰

O ensinamento aristotélico é insuficiente ao desate da questão da igualdade, pois, ao instante que lhe reconhece a validade como ponto de partida, nega-lhe o caráter de termo de chegada, na medida em que “entre um e outro extremo” serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, o *direito fundamental à igualdade* não deve somente se fundar em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, como dispõe a cláusula geral da igualdade aristotélica, mas se deve, ainda, levar em consideração as desigualdades criadas pela própria sociedade, estabelecendo os limites e as condições em que as desigualdades podem reclamar tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação mais injusta.¹¹

Infere-se, então, que a dimensão *material* do *direito fundamental à isonomia* supera a igualdade perante a ordem jurídica (*formal*), que possui uma concepção abstrata de pessoa de direitos, reconhecendo-se as diferenças e particularidades de cada um para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a índole *material* ou *substancial* da cláusula constitucional da igualdade requer além da não discriminação perante a lei, uma atitude *positiva* por parte do Estado no sentido de promover oportunidades a todos através de suas normas e políticas públicas, com a finalidade de reduzir as desigualdades de fato, atentando-se para as individualidades daqueles menos favorecidos ou excluídos do grupo social.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 10-11.

¹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 34

2.3. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

Como já mencionado anteriormente, cláusula geral de igualdade que dispõe que devemos tratar *igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades* não é suficiente para assegurar a igualdade material, uma vez que não indica que espécie de igualdade que veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão do Princípio da Igualdade.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece algumas premissas de orientação com o intuito de se reconhecer quais diferenciações estariam autorizadas ou desautorizadas, sem que houvesse qualquer quebra da isonomia.

O primeiro critério se refere à investigação do critério discriminatório, ou seja, elemento adotado como fator de desigualação, o segundo se cinge à correlação lógica abstrata existente entre o fator de *discrímen* e a disparidade determinada no tratamento jurídico desigual; e o último se reserva à consonância entre àquela correlação lógica e os interesses erigidos pelo sistema constitucional.¹²

O autor afirma que é necessária a conjunção dos três aspectos para que se tenha uma análise exata do problema, ou seja, para que dada norma jurídica seja qualificada como isonômica é fundamental que observe cumulativamente àqueles critérios e adverte que a ofensa ao primeiro critério já é suficiente para desqualificá-la.

No que atine ao critério primeiro – *fator de diferenciação* – há o desdobramento em dois requisitos, a saber: a) a norma jurídica não pode eleger como fator de discriminação um traço tão específico que individualize atual e definitivamente, de maneira absoluta, um sujeito a ser atingido pelo regime diferenciado; e b) o fator de desigualação adotado deverá residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, sendo que os elementos alheios, não existentes nelas mesmas, não poderão justificar regimes diferentes. Segundo Mello, é “inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas, situações ou coisas [...] mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes”.

Sobre o segundo aspecto, a existência de *correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a *desequiparação legal** é tida como ponto fundamental para a análise de determinada situação jurídica em face do princípio da igualdade. Assim, é necessária a investigação, de um

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 21

lado, daquilo que é escolhido como critério de discriminação e, de outro, se há justificativa racional (pertinência lógica) para lhe atribuir tratamento jurídico desigual.¹³

Por fim, requer-se que o liame existente entre o fator de *discrimen* e seu tratamento diferenciado tenha um fundamento lógico concreto, isto é, que tenha pertinência com os interesses acolhidos pela Constituição. Logo se vê que não é qualquer diferença, em que pese real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais.

Por tudo exposto, cotejando-se tais ensinamentos no âmbito de Direito Penal, verifica-se que deve o juiz no momento da aplicação da pena levar em consideração os critérios acima elencados, observando-se o entorno social para identificar uma relação razoável entre a desigualdade social ocasionada pela estrutura social e o fato danoso por ele cometido. Uma vez identificada a correlação lógica entre desigualdade do social provocada pela própria estrutura e o fato danoso o juiz a fim de assegurar a igualdade material deverá diminuir o juízo de reprovação, aplicando-se o Princípio da *coculpabilidade*.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 39

3. CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE:

Com advento da teoria normativa pura da culpabilidade do século XX¹⁴ incorporou-se à ética tradicional à culpabilidade, sendo esta entendida como um juízo de reprovabilidade a ser aplicada sobre o injusto penal.

Não obstante, parte da doutrina resistir à adoção da ética no juízo de reprovação ao argumento de que a culpabilidade é a reprovabilidade jurídica e não ética, houve a inserção na mesma à culpabilidade, uma vez que se mostra inconcebível uma reprovação jurídica sem ponderações éticas, sendo melhor o entendimento da culpabilidade como juízo de reprovação com fundamentos éticos em consonância com critérios jurídicos limitadores.

No entanto, a culpabilidade como juízo de reprovação, adotado pela doutrina tradicional, encontra-se em uma situação de avançada crise em razão da arbitrariedade, seletividade e da reprodução da violência pelo sistema penal, retirando-se assim, todo o seu conteúdo ético.

A culpabilidade no Estado de Direito deve emergir a combinação tradicional da culpabilidade pelo injusto, que tem como função estabelecer o limite máximo admissível da reprovabilidade, com um conceito de culpabilidade que incorpore a realidade social, reconheça que há grande seletividade no sistema penal, para que possa ser racional e tenha conteúdo ético.

Reconhecendo-se essa necessidade de elaborar um novo conceito culpabilidade, Zaffaroni elaborou o conceito de coculpabilidade, acrescentando ao juízo de reprovação da culpabilidade o contexto social em que o réu está inserido, suas experiências e oportunidades concretas e a assistência fornecida pelo Estado.

O autor afirma que fere o Princípio Constitucional da Igualdade a aplicação da reprovabilidade de mesma intensidade sobre as pessoas que possuem uma situação privilegiada e outras que sofrem extrema penúria, uma vez que, para atingir uma igualdade de direitos de forma concreta, entre os desiguais é preciso considerar tal desigualdade, tratando-os, assim, de forma desigual.

Assim, a coculpabilidade busca demonstrar a parte da responsabilidade da sociedade, bem como do Estado sobre a conduta do autor do fato delituoso.

¹⁴ Derivada do finalismo e atualmente predominante, define a culpabilidade simplesmente como o juízo de censura (reprovabilidade) que incide sobre a conduta do agente. O dolo e a culpa são deslocados para o tipo, passando a culpabilidade a constituir-se de: I) imputabilidade; II) possibilidade de conhecimento da ilicitude; e III) exigibilidade de conduta diversa

No entanto, reconhecendo-se que a busca pela igualdade material não pode se restringir à análise da situação econômica e da formação intelectual/escolar do sujeito, se deve conglobar igualmente a posição do indivíduo diante do sistema penal seletivo.

Fazendo essas considerações, Zaffaroni amplia-se os critérios de verificação das situações de risco, criados pelas condutas delituosas, considerando a premissa de que as pessoas dos mais variados grupos sociais se encontram em “estado de vulnerabilidade” diferentes, ampliando-se o conceito de coculpabilidade, levando-se em consideração a seletividade.

O sistema penal, entendido como controle social punitivo institucionalizado, engloba um conjunto de instituições que integram o processo de criminalização desde sua elaboração das leis até a execução das penas.

A criminalização engloba dois aspectos, a criminalização primária e a criminalização secundária. O processo de elaboração de leis pelo poder público, criando-se tipos penais que descrevem condutas a serem criminalizadas e imputando-lhe uma pena delimitada dá-se nome de criminalização primária. Já a criminalização secundária ocorre se dá mediante a atuação das demais agências do sistema penal, que efetivam a ação punitiva, exercendo de forma concreta sobre pessoas identificadas como praticantes de uma das condutas primeiramente identificadas.

Ao que se verifica, o processo de seleção se dá tanto no âmbito de criminalização primária quanto no processo de criminalização secundária. Na criminalização primária, a seleção ocorre no processo de elaboração de leis do aspecto formal, com a seleção e definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal, que se faz de maneira classista em defesa dos interesses daqueles que detêm poder. São as classes dominantes que em última análise definem o que deve ou não ser punido, o que deve ou não ser criminalizado com intensidade.

Há também uma forte seletividade no âmbito da criminalização secundária. A atuação das demais agências do sistema penal, principalmente das agências policiais, ocorre de forma seletiva principalmente por terem a capacidade operacional limitada, o que impossibilita a atuação sobre a prática de toda transgressão, recaindo sua atuação sobre indivíduos que cometem delitos de fácil percepção, de modo grosseiro e tosco.¹⁵

¹⁵ ZAFARONNI, Eugênio Raul. et.al. op. Cit p.46-48

Esta seletividade demonstra que a criminalização ocorre majoritariamente em virtude da forma na qual o delito é praticado e das características estereotípicas do sujeito que o pratica, sendo estas facilmente alcançadas pelo sistema penal.

Esses sujeitos pertencem em grande parte as camadas sociais desfavorecidas, em sua maioria, com baixo nível de escolaridade, o que acarreta, conseqüentemente, a prática de crimes menos elaborados, fáceis de serem detectados, enquanto mais sofisticados mais complexos, praticados por pessoas integrantes de classes dominantes com altos níveis de escolaridade, são ocultados e imunizados das agências de criminalização.

Assim, no exercício do poder seletivo e arbitrário, o sistema penal não atinge a todos de forma homogênea, imputando a responsabilidade penal, ou seja, o juízo de reprovação da conduta delituosa a indivíduos ou grupos mais vulneráveis a aplicação desta repressão.

A vulnerabilidade deve ser entendida como a situação na qual a pessoa se coloca quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder. O grau de vulnerabilidade ao sistema penal irá decidir a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente.¹⁶

O nível de vulnerabilidade é fornecido pela situação de vulnerabilidade em que se colocou o sujeito, sendo produzida por dois fatores, quais sejam, *a posição ou estado de vulnerabilidade*¹⁷ que possui caráter social, correspondendo ao grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, como também por se encaixar em um estereótipo; e o *esforço pessoal*¹⁸ para a vulnerabilidade que possui caráter individual, sendo o grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular.

Na culpabilidade pela vulnerabilidade o estado de vulnerabilidade em que se encontra o autor do injusto penal é que funciona como parâmetro para a valoração da vulnerabilidade deste indivíduo e sua conduta. Quanto mais elevada for à posição de vulnerabilidade do autor, o que lhe exige um menor esforço pessoal para atingir a situação da vulnerabilidade, mais baixo deverá ser sua culpabilidade, na mesma proporção, quanto mais baixo for o estado de vulnerabilidade no autor maior será sua culpabilidade.

Feitas tais considerações, verifica-se, portanto, que a vulnerabilidade agrega um novo aspecto à culpabilidade: a seletividade. As pessoas escolhidas pelo processo seletivo

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 270.

¹⁷ Idem, p. 85.

¹⁸ Idem, p.85

ocupam na sociedade uma posição de vulnerabilidade em relação às demais. Não só pelo aspecto econômico e cultural, mas por toda e qualquer razão que as coloque em posição de inferioridade. Trata-se de mais uma tentativa de equilibrar a relação cidadão/Estado-sociedade.

Importante salientar que há autores, como, por exemplo, Grégore Moura, que utilizam a coculpabilidade como sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, entendendo que a *inadimplência do Estado, ou seja, a coculpabilidade é que leva o agente a ser mais vulnerável ao poder punitivo*.¹⁹ Outros autores como, por exemplo, Salo de Carvalho²⁰, afirmam que a coculpabilidade somada à seletividade formam a chamada culpabilidade pela vulnerabilidade.

Ressalvados os posicionamentos supracitados, neste trabalho monográfico não nos apegaremos aos aspectos terminológicos, devendo a culpabilidade pela vulnerabilidade ser entendida como o referencial teórico, para o julgador no momento da aplicação da pena, reconhecendo-se a responsabilidade da sociedade no cometimento dos delitos praticados por indivíduos cujo grau de autodeterminação encontra-se afetado devido à vulnerabilidade.

¹⁹ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 39.

²⁰ CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 88-89

4. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE:

Antes de adentrar em nosso objeto de estudo se faz necessária a delimitação do conceito de culpabilidade.

Afirma Roxin que nenhuma categoria presente na dogmática jurídico-penal é tão controversa quanto à culpabilidade e "nenhuma é tão indispensável".²¹

Atualmente, segundo Rogério Greco²², a culpabilidade possui três alcances fundamentais no direito penal, quais sejam, como impedor da responsabilidade penal objetiva, como elemento integrante do conceito analítico de crime e como princípio medidor da pena.

Como impeditora da responsabilidade penal objetiva, temos o aspecto mais relevante da culpabilidade, consoante máxima *nullum crimen sine culpa* e está exposto explicitamente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º inciso LVII.²³

A culpabilidade nessa acepção impõe a necessidade de haver culpa em sentido amplo- dolo e culpa em sentido estrito-, para que o agente cometa um delito e seja por ele punido, sendo uma importante conquista do Direito Penal moderno, visto que veda a responsabilidade objetiva.

Para Zaffaroni, Alagia e Slokar, o Princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do Estado de Direito, porque sua violação importa o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou perigo para um bem jurídico, sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena com fundamento apenas na causação) equivale a rebaixar o autor a uma "*coisa causante*"²⁴

Como elemento analítico de crime, segundo os ensinamentos de Weztel a culpabilidade deve ser estudada após a análise dos dois primeiros elementos componentes do crime, quais sejam: a tipicidade e a antijuricidade. Após concluir-se pela prática do injusto penal, inicia-se uma nova etapa referente à possibilidade ou não de se responsabilizar pessoalmente o agente pelo fato praticado. Nesta acepção, a culpabilidade pode ser definida como o juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato que podia se motivar segundo a norma e agir de modo diverso, de acordo com o Direito. Sendo assim, trata-se de juízo de

²¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p.133.

²² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.87

²³ Art. 5º, inciso LVII Constituição Federal : "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires:Ediar [s/d], p. 139

censura que recai sobre o agente de determinado fato, que mesmo tendo condições de agir de acordo com a norma, optou por descumpri-la.

Por fim, a culpabilidade pode ser entendida como limite e medida da pena. O julgador, no momento da fixação da pena deve pautar-se na culpabilidade, com vias de encontrar a exata medida que corresponda ao crime praticado. Sendo assim, a pena não deve ultrapassar o marco fixado pela culpabilidade da respectiva conduta, atuando como um verdadeiro princípio limitador do direito de punir atribuído ao Estado.

Em nosso Código Penal o julgador deve seguir as regras do critério trifásico de aplicação da pena, conforme previsão do art. 68 do CP. Primeiramente, deverá encontrar a chamada pena-base, seguindo todas as condições judiciais elencadas no art. 59 do CP:

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 a reprovação e prevenção do crime.

Como se vê, a primeira circunstância judicial a ser aferida pelo juiz é a culpabilidade. Portanto, uma vez condenado o agente, a culpabilidade passa a exercer a função medidora da sanção a ser aplicada.

É esse terceiro conceito que mais diretamente interessa no estudo do Princípio da Cculpabilidade.

4.1. CONCEITO COCULPABILIDADE:

A coculpabilidade deve ser entendida como uma técnica de aferição de pena na qual busca temperar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito que por se encontrar condições de vida desfavoráveis possui menor âmbito de autodeterminação. O menor âmbito de autodeterminação advém da grande desigualdade social e econômica que os indivíduos estão inseridos dentro da estrutura social. Assim, reconhece-se uma parcela de responsabilidade da sociedade no cometimento desses delitos.

Em razão desta desigualdade, não é razoável que um indivíduo dotado de um âmbito de autodeterminação restrito sofra as mesmas penas que outro agente criminoso que praticou o mesmo crime em circunstâncias sociais muito melhores.

Nas palavras de Zaffaroni²⁵:

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.

Assim, segundo Zaffaroni e Pierangeli, há pessoas que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Por conta disso, não é possível sobrecarregar o sujeito no momento da reprovação atribuindo-o essas causas sociais, devendo ter aí uma coculpabilidade, com a qual a sociedade dever arcar²⁶.

Nesse mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos explica a razoabilidade da teoria da coculpabilidade: ²⁷

Hoje, como valorização compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação de vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de status social superior, maior liberdade; indivíduos de status social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação suprallegal, igualmente definível como escolha do mal menor- até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para culpabilidade.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997)

²⁶ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p.613.)

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. A moderna teoria do fato punível/ Juarez Cirino dos Santos. – Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Grégore Moura conceitua a coculpabilidade, como sendo: ²⁸

A co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando sequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal .

Assim²⁹:

A co-culpabilidade é uma co-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude de sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.

Essa parcela de culpa deve ser consubstanciada no momento da aferição da pena, fazendo com que o grau de reprovação seja menor, desde que a situação social, o meio no qual o réu está inserido tenha relação com a ocorrência do crime. Somente assim, as punições se dariam de forma proporcional e razoável, concretizando-se o Princípio da Igualdade material, fundamento maior do Princípio da coculpabilidade.

O termo *co* significa estar junto, em comum. Assim, a sociedade, entendendo-se também o Estado³⁰ sendo protagonistas da desigualdade social, devem ser também responsáveis, em parte, pelo crime ocorrido, devendo, portanto, responder juntamente com o agente. Daí o uso do prefixo *co*.

Moura dispõe acerca da responsabilidade do Estado que: ³¹

[...] o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum.

E o complemento ao prefixo, isto é, o termo *culpabilidade* significa que o Estado, em virtude de sua reiterada *inadimplência* no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve proporcionar aos acusados, que se encontram na situação de

²⁸ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 36.

²⁹ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 36.

³⁰ A palavra “Estado” é empregada no sentido de Estado Administração, isto é, o Estado como sujeito de direitos e obrigações previstos, principalmente, na Constituição Federal.

³¹ TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral I ed. São Paulo: Editora de Direito, 2006 p.39

hipossuficientes e desde que esta situação tenha influência na conduta delitiva, menor reprovabilidade.

Cumpra-se destacar, que não se trata de uma responsabilização penal do Estado, uma vez que ele é o detentor do *jus puniendi*, e como tal, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Apesar de o termo usado sugerir a autopunição do Estado, não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas sim de um reconhecimento pela sua inoperância em cumprir algumas de suas obrigações.³²

Ressaltado o posicionamento de Ney Moura acerca do reconhecimento da inoperância do Estado em não cumprir suas prestações positivas, não podemos deixar de ressaltar que a maior prática de crimes por pessoas com menor grau de autodeterminação não se deve somente a inoperância do Estado, mas também pela desigualdade social ocasionada pela própria estrutura social, que é composta pela ordem jurídica, econômica, pela seletividade.

Assim, verifica-se que o termo *co'* - não se refere somente ao Estado, mas também toda a sociedade.

4.2. ORIGEM HISTÓRICA:

A origem histórica do instituto é tema de grande controvérsia no meio acadêmico, haja vista ser recente sua positivação nas legislações penais.

Há autores ³³que defendem que o surgimento da coculpabilidade com o advento do Estado Liberal, permeados de ideais iluministas e da noção do contratualismo.

Para o contratualismo, uma vez praticado o delito o cidadão estaria quebrando o contrato social.³⁴ Por outro lado, o Estado também quebraria esse contrato ao deixar de fornecer aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana. A partir do reconhecimento do Estado desta quebra de contrato, assumindo a sua ausência e falhas perante a sociedade, reconhece-se a coculpabilidade na prática dos crimes sob a égide de condições sociais desfavoráveis oferecidas pelo Estado.

³² São deveres constitucionais do Estado Brasileiro, dentre outros: promover a saúde (art. 196 CF), a educação (art. 205 CF), a preservação do meio ambiente (art. 225 CF).

³³ Situando o surgimento da coculpabilidade com o surgimento do Estado Liberal, cf. MOURA, Grégoire. *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

³⁴ “Sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceito, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade. Essa inimizade levá-lo-á a suportar o castigo que lhe será imposto” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. I.p 47)

Em contrapartida, há uma segunda corrente ³⁵, que defende o surgimento do Princípio do coculpabilidade com as ideias marxistas, que tinham como objetivo acabar com essas desigualdades sociais, ou seja, criticando o direito como superestrutura com função ideológica para manter e fomentar o estado capitalista. Desse modo, alguns autores defendem que a coculpabilidade surgiu em razão dos direitos socialistas.

Ressaltados os supracitados posicionamentos, achamos mais acertada a posição de Zaffaroni que defende a origem da coculpabilidade do pensamento de MARAT ³⁶.

Jean Paul Marat (1743-1793), o revolucionário francês, era médico, não jurista, mas em 1799 na Suíça, apresentou em um concurso um “Plano de Legislação Criminal”, no qual é desenvolvida uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento Kantiano.

Marat admite a tese contratualista, conforme dispõe Zaffaroni:³⁷

Com efeito, admite a tese contratualista, como não podia ser de outro modo em seu tempo, admitindo que os homens se reuniram em sociedade para garantirem seus direitos, mas que a primitiva igualdade social foi rompida através da violência que exerceram uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes correspondia. Através das gerações, a falta de qualquer freio ao aumento das riquezas, foi o que fez com que uns enriquecessem às custas dos outros, e que um pequeno número de famílias acumulasse a riqueza, enquanto uma enorme massa foi caindo na indigência, vivendo numa terra ocupada pelos outros, e sem ter acesso a um quinhão.

A crítica de Marat provinha do apelo à dignidade social do homem, fagulha da Revolução Francesa, que pleiteava a necessidade de “socorros públicos” para dar amparo aos cidadãos desafortunados.

Marat antecipa a necessidade de efetivação do Estado Social de Direito, antes mesmo de eclodir a Revolução Francesa, nesta época os ideais consistiam em “liberdade” e as reivindicações eram no sentido do afastamento do Estado absolutista. Assim, propõe-se, para reverter o quadro de injustiça social, a educação dos pobres e a distribuição de terras eclesiásticas.

Reconhece um tratamento diferenciado àqueles que não têm as mesmas condições econômicas com graduações de culpa diferentes e exemplifica que: “*Se dois homens praticam*

³⁵ Situando o surgimento da coculpabilidade nos direitos socialistas, cf CUMIZ, Juan Andrés. Um derecho penal igualitário: la culpabilidad por la vulnerabilidad, um Estado sujeito a los derechos humanos. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/derechoigualitario.htm>

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997

³⁷ Idem 35;

o mesmo roubo, o que apenas tem o necessário é menos culpável do que o que vive no supérfluo.” (MARAT, 2000, p. 82).

O mencionado autor defendeu que a igualdade de punição só seria possível se a sociedade fosse justa e as pessoas fossem materialmente iguais. Essas críticas representam a semente que foi plantada no pensamento sobre a responsabilidade da sociedade e do Estado para com todos os membros de uma nação, e a noção de que o Estado quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência.

Assim, através desse reconhecimento de que o Estado não brinda a todo com as mesmas oportunidades e que por isso a punição deve ser de forma diferenciada é que foi possível o surgimento da coculpabilidade.

4.3. A COCULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988:

A Constituição 1988, ao estabelecer em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito³⁸, impõe ao Estado Brasileiro a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, através da promoção e concretização dos mínimos direitos necessários ao desenvolvimento do homem em sociedade.

O Brasil, além de constituir-se Estado Democrático de Direito, é também um Estado Social.

Acerca do Estado Social, Paulo Bonavides ensina: ³⁹

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.

³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 09.03.2013.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Ferrajoli sustenta que todos os direitos fundamentais 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, são 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 Direito⁴⁰.

Embora o Princípio da coculpabilidade não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se sua aplicação através de pressupostos trazidos na Constituição de 1988, tais como, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Individualização da pena, cabendo ao Estado Democrático de Direito a aplicação do Princípio do coculpabilidade como forma de garantir tais direitos.

O Princípio da Dignidade Humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF)⁴¹e, por se tratar de um valor fundamental da República Federativa do Brasil, deve vincular os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Este direito está intimamente ligado a todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no texto constitucional que são garantias mínimas de existência, pretensões essenciais à vida humana.

Posição doutrinária sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁴²

Para ser digno, primeiramente o indivíduo tem que estar inserido na sociedade, em seguida ter condições que garantam um desenvolvimento pleno e digno, com perspectivas e oportunidade de desenvolvimento.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴¹ Idem 34.

⁴² NGO, W. Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, e. Ed., Porte Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.60 apud CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade da sexual a dos crimes contra a administração pública. 8 ed São Paulo: Saraiva, 2010.

Sendo alicerce do sistema jurídico brasileiro, o princípio supracitado, influenciará e, conseqüentemente norteará o desenvolvimento de uma nova concepção da atividade e do exercício punitivo realizado pelo Estado.

Como já mencionado neste trabalho monográfico, a coculpabilidade também decorre do princípio da igualdade, segundo o qual os iguais merecem tratamento isonômico, enquanto os desiguais, tratamento desigual.

Nesse sentido, alerta Zaffaroni que reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam papéis diferenciados na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica, social, constitui grave violação ao princípio da igualdade.

Isso significa dizer que, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, o entorno social, desde que no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido.

Nessa ordem de ideias, Grégore Moura assevera:⁴³

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

Ao dedicar atenção ao Princípio da Igualdade, contempla, por conseguinte, outro princípio no qual decorre o Princípio da coculpabilidade, a saber: o princípio da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inc. XLVI⁴⁴, de nossa Magna Carta.

A individualização pena deve passar por três fases. A primeira é a previsão em abstrato da pena cominada pela lei, limitando-se o mínimo e o máximo. A segunda é a aplicação da pena feita pelo juiz quando da prolação da sentença, devendo-se observar o rol de normas pertinentes à fixação da pena, consoante sistema trifásico. Por fim, a terceira fase ocorre com a execução da pena, quando devem ser observados regime de cumprimento,

⁴³ MOURA, Grégore. Do Princípio da Co-culpabilidade. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 60

⁴⁴ Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos

progressão de regime, livramento condicional. Em todas essas fases o juiz deve estrita obediência a esse mandamento constitucional.

Sobre as três fases da individualização da pena, aduz Mirabete que:⁴⁵

a individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *in abstracto*), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento executório, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.

Tal princípio vem reforçar a responsabilidade subjetiva que deve prevalecer no direito penal, como também, tem como objetivo limitar o *jus puniendi* do Estado.

Neste aspecto a individualização da pena ao invés de atentar apenas aos elementos objetivos de uma infração, insistir-se-á nos elementos subjetivos, o que, necessitando de uma medida individualizada, redundará em penas desiguais, mesmo para co-autores de um mesmo delito.

Assim, para que o julgador busque a pena mais justa a ser aplicada no caso concreto, deve no momento da individualização da pena analisar o crime praticado, a individualidade do agente e sua história de vida. Logo, ao reconhecer expressamente a coculpabilidade no ordenamento brasileiro, permite-se que a individualização da pena se dê de forma mais efetiva.

Como preleciona Ney Moura⁴⁶

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

Isso porque, ao se considerar as condições sociais adversas por qual viveu o agente, como a miséria, a falta de estrutura familiar, entre outros fatores sociais, poderá o aplicador da sanção proceder a um julgamento mais humanitário e justo, realizando concretamente o ditame constitucional de individualizar a pena do agente.

⁴⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual Direito Penal Vol 1: Parte geral, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁴⁶ TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral I ed. São Paulo: Editora de Direito, 2006 p.64

4.4 A COCULPABILIDADE E TEORIA DA ANOMIA:

Neste momento da presente pesquisa se faz necessário o estudo da teoria da Anomia que foi introduzida por Emile Durkeim e desenvolvida por Robert Merton, sendo esta base sociológica do Princípio da coculpabilidade.

Durkheim não dava os crimes um caráter patológico, mas sim, os qualificava como fatos sociais dentro da normalidade principalmente em virtude de sua “generalidade”.

Constata que os crimes não diminuem quando se passa de sociedades inferiores para superiores, pelo contrário, cresce. Assim, reafirmada sua normalidade, o crime não é nada mais do que um “fato social” e, ainda, um fato social não patológico, pois nas palavras do sociólogo francês:⁴⁷

Não há, portanto, um fenômeno que apresente de maneira tão irrefutável como a criminalidade todos os sintomas da normalidade, dado que surge como estreitamente ligada às condições da vida coletiva. Transformar o crime numa doença social seria o mesmo que admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva em certos casos da constituição fundamental do ser vivo; consistiria em eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico.

Para Durkheim o crime tem um caráter funcional, sendo este estabelecido como um fator de desenvolvimento social e necessário para o avanço das sociedades. Assim, toda sociedade precisa de certa taxa de comportamento desviado, pois isto leva a sociedade a debater, desenvolver, repensar valores. Para ele, a sociedade sem crime fica estagnada. No entanto, devem ser devidamente controladas suas taxas. Uma vez perdido o controle sobre essas taxas de criminalidade, subsiste a “anomia”, que seria a perda da efetividade das normas e valores vigentes, face à debilidade da consciência social.

Na abordagem sociológica do suicídio nas obras de Durkheim, o autor afirma que quando se criam na sociedade espaços anômicos, ou seja, quando, um indivíduo ou um grupo perde as referências normativas que orientavam a sua vida, então enfraquece a solidariedade social, destruindo-se o equilíbrio entre as necessidades e os meios para suas satisfações. Assim, o indivíduo sente-se livre de vínculos sociais, tendo, muitas vezes comportamento antisocial.

Partindo dessa teoria, Robert Merton readapta a teoria de Durkheim, relacionando-a com as estruturas sociais.

⁴⁷ DURKHEIM É. As Regras do Método. pág. 82.

A teoria da Anomia foi enunciada por Robert Merton pela primeira vez em 1938, em um artigo publicado na *American Sociological Review*, sob o título de *Social Structure and Anomie*, com objetivo de proporcionar um enfoque sistemático da análise das fontes sociais e culturais do comportamento desviado.

Segundo o autor:⁴⁸

O objetivo principal é descobrir como é que algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade, para que sigam conduta não conformista, ao invés de trilharem o caminho conformista. Se pudermos localizar grupos peculiarmente sujeitos a tais pressões, deveremos esperar encontrar proporções moderadamente elevadas de comportamento desviado em tais grupos, não porque os seres humanos, neles compreendidos, sejam compostos de tendências biológicas diferentes, mas porque os seres humanos, neles compreendidos, sejam compostos de tendências biológicas diferentes, mas porque eles estão reagindo normalmente à situação social na qual se encontram. Nossa perspectiva é sociológica.

A teoria explica que em todo contexto sociocultural desenvolvem-se metas culturais a serem alcançadas, sendo essas os valores sócio-culturais que norteiam a vida dos indivíduos, como por exemplo, dinheiro, sucesso profissional e para atingir essas metas existem os meios, que são os recursos institucionalizados pela sociedade, aos quais aderem normas de comportamento. Assim, temos de um lado, metas sócio-culturais, de outro, meios socialmente prescritos para atingi-las.

Com os objetivos culturais preconizados pelo sistema social em contraposição aos meios institucionais que a sociedade disponibiliza para que os cidadãos possam atingir tais objetivos, Merton criou cinco meios de adaptação individuais. O primeiro modo de adaptação é da *conformidade*, também chamado de *comportamento modal*. Nesse modo da adaptação o indivíduo aceita os meios sociais institucionais para alcançar as metas culturais. Aderindo totalmente ao comportamento aceito e esperado pela sociedade, não apresenta comportamento desviante. O segundo modo de adaptação é a *inovação*. Nesse modo de adaptação o indivíduo aceita as metas culturais, mas não os meios institucionalizados. Assim, quando o indivíduo verifica que não estão acessíveis a ele todos os meios institucionais, ele rompe com sistema e passa ao desvio para atingir as metas culturais. Esse tipo de adaptação é o comportamento criminoso. O terceiro modo de adaptação é o *ritualismo*. Neste modelo o indivíduo vê com descaso os objetivos culturais, por acreditar que nunca os atingirá, mas mesmo assim,

⁴⁸ Merton, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. P.204

continua respeitando as regras sociais, os meios institucionalizados. O quarto modo de adaptação é a *evasão* o indivíduo vive em ambiente social, mas não adere às suas normas sociais, nem aos meios institucionais e nem a metas culturais. Neste modo de adaptação encontramos os mendigos, bêbados e drogados crônicos. O último modo de adaptação é o da *rebelião* que consiste na rejeição das metas e dos meios dominantes que são julgados insuficientes ou inadequados, buscando-se uma nova ordem social.

A teoria da Anomia explica o comportamento criminoso através do defasamento entre a estrutura cultural e a estrutura social. A primeira impõe a todos os cidadãos a persecução dos mesmos fins e prescreve para todos os mesmo meios legítimos. Já a segunda, reparte de forma desigual as possibilidades de acesso a estes meios, induzindo por isso meios ilegítimos.

Nessa linha, Merton afirma que o indivíduo submisso inova nos meios empregados para alcançar o sucesso, desprezando os meios institucionalizados em detrimento dos meios ilegítimos e criminosos, surgindo então o comportamento desviante, conforme dispõe *verbis*⁴⁹:

[...] É a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais legítimos para ‘entrar no dinheiro’ é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível em todos os níveis a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia *de* ‘oportunidades iguais para todos’, o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes.

Nesse sentido, verifica-se que Merton reconhece que há descompasso entre a igualdade formal, preconizado pelo discurso oficial através dos meios institucionalizados pela sociedade e a igualdade material que não é alcançada por esses meios, o que gera o comportamento desviado.

Uma vez reconhecido o motivo do comportamento desviado, a coculpabilidade é uma tentativa de temperar o juízo de reprovação que recai sobre o sujeito ativo do delito que, por se encontrar condições de vida desfavoráveis possui menor âmbito de determinação, reconhecendo-se assim, uma parcela de responsabilidade da sociedade, no cometimento de delitos por esses indivíduos que não possuem condições de vida mínimas para atingir essas metas culturais.

⁴⁹ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006

Por tudo exposto, pode-se concluir que a teoria de Merton pode ser fundamento sociológico para a coculpabilidade. Isso porque, uma vez concluído que algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade para que sigam conduta não conformista, como propôs a Teoria da Anomia de Merton, é que é possível a divisão de parcela da responsabilidade pela prática do delito com a própria sociedade que não ofereceu mínimas condições para que essas pessoas atingissem as metas culturais.

5. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO:

O princípio do coculpabilidade já se encontra positivado em várias legislações alienígenas, principalmente nos países latino-americanos como Argentina, México, Colômbia, Peru e Costa Rica. Tal fato levou a crer que esses Estados reconheceram a parcela de responsabilidade do Estado na questão da criminalidade, que decorre na maioria das vezes por problemas socioeconômicos enfrentados por esses países considerados subdesenvolvidos, posição que se encontra o Brasil, cujo princípio ainda não fora positivado.

5.1. DIREITO PENAL ARGENTINO:

Nos termos dos artigos 40 e 41 do Código Penal argentino a coculpabilidade está prevista expressamente como uma circunstância que pode atenuar ou agravar a pena, *verbis*⁵⁰:

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.

Artigo 41. Aos efeitos do artigo anterior, se levará em conta:

A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados.

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)**

Como se observa, a aplicação da coculpabilidade no ordenamento jurídico argentino corresponde a uma circunstância que é fixada na segunda fase da aplicação da pena no direito penal brasileiro, nos termos do art. 68 do Código Penal.

5.2. DIREITO PENAL PERUANO:

⁵⁰ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.

O Código Penal peruano prevê expressamente a coculpabilidade, nos termos do seu art. 45, *verbis*:⁵¹

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; e
3. Os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependem. (tradução livre).

Verifica-se que como previsto no ordenamento jurídico argentino, no momento da fixação da pena, o juiz deve considerar as carências sociais que o agente possa ter sofrido, em decorrência da inércia do Estado em proporcionar a seus cidadãos as condições mínimas de sobrevivência.

5.3. DIREITO PENAL MEXICANO:

O Direito Penal do México também já prevê o princípio em comento, conforme dispõe o artigo 52 do Código Penal Mexicano:⁵²

Artigo 52. O juiz irá definir penas e medidas de segurança que considere justo e chegando dentro dos limites estabelecidos por cada infração, com base na gravidade do delito e do grau de culpa do agente, tendo em conta: V - idade, educação, ilustração, os costumes, as condições sociais e económicas do assunto, e as razões que levaram a ele ou determinado a cometer crimes. Quando a força de processamento de pertencer a um grupo étnico indígena, são levados em conta também os seus costumes. (tradução Livre).

Conforme se observa, no direito penal mexicano o princípio da coculpabilidade possui uma similitude com o direito penal argentino no que tange a previsão do princípio em comento no dosimetria da pena, no entanto, é uma circunstância judicial que incide na primeira fase de aplicação da pena. Há também a previsão expressa de aplicação do princípio para as medidas de segurança.

⁵¹ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.

⁵² MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.

5.4 DIREITO PENAL COLOMBIANO:

O princípio da coculpabilidade na legislação colombiana está prevista no Código Penal, Lei nº 599 de 24 de Julio de 2000, art. 56, onde é visto como circunstância de menor punibilidade:⁵³

A condução do crime sob a influência de profundas situações de marginalidade, ignorância ou pobreza extrema, como influenciou diretamente a aplicação do crime e não ter material suficiente para excluir a responsabilidade, incorre na pena de não mais do que máximo a metade, ou menos do que 1/6 do mínimo indicado na respectiva disposição.

Nesse artigo se nota uma peculiaridade, a saber, a possibilidade de o princípio da coculpabilidade até mesmo admitir a exclusão da responsabilidade do agente.

5.5 DIREITO PENAL NA COSTA RICA:

O Código Penal da Costa Rica, Lei nº 4.573 de 4 de março de 1970, não prevê expressamente a coculpabilidade, mas segundo Moura, —esta poderia ser aplicada quando da interpretação do art. 71, o qual, *mutatis mutandis*, equivale ao art. 66 do Código Penal Brasileiro, que trata das atenuantes inominadas:⁵⁴

Artigo 71. O juiz, fundamentado julgamento, determinará a duração da pena a ser imposta de acordo com os limites estabelecidos para cada delito, considerando a gravidade do facto e da personalidade do participante. Para apreciá-los serão considerados:

- a) Os aspectos subjetivos e objetivos da infracção;
- b) A importância de lesão ou perigo;
- c) As circunstâncias de modo,
- d) A qualidade dos motivos determinantes
- e) Outras características pessoais do agressor ou da vítima, na medida em que têm influenciado a prática da infracção, e
- f) a conduta do agente após o crime. O. Psicológico, psiquiátrico e social, bem como os relacionados com a educação e história, será solicitado ao Instituto de Criminalística, que pode incluir em seu relatório a qualquer aspecto Outro que pode ser de interesse para melhor informação juiz (Jogaram pela Resolução n ° 1438-1492 Sala Constitucional da 15:00 em 2 de junho de 1992).(Tradução livre)

⁵³ MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.

⁵⁴Idem 52.

Como se vê, o Código Penal da Costa Rica, assim como o do Peru, faz menção às condições de vida do apenado, determinando uma incursão em seu passado, a fim de constatar se houveram situações que influenciaram na prática do delito.

6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Considerando todos os elementos demonstrados ao longo do desenvolvimento deste trabalho monográfico, verifica-se que há necessidade da inserção do Princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, constatadas as condições sociais adversas por qual viveu o agente, como a miséria, a falta de estrutura familiar, maior grau de vulnerabilidade, entre outros fatores sociais que reduzam a autodeterminação do indivíduo, deve ser aplicado o Princípio da coculpabilidade.

O principal objetivo deste trabalho monográfico é defender a aplicação do Princípio da coculpabilidade como circunstância judicial a ser aplicada na primeira fase da dosimetria da pena para a determinação da pena-base.

No entanto, antes de adentrar da aplicabilidade do Princípio da coculpabilidade como circunstância judicial é necessária uma breve análise acerca da aplicação da pena.

O Código Penal vigente adotou para a mecânica da individualização da pena⁵⁵ três etapas. A primeira etapa é a fixação da pena-base. A segunda etapa aumento ou diminuição entre o mínimo e o máximo, em decorrência das circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas. A terceira etapa que não pode superar o máximo ou fixar-se abaixo do mínimo fundamentadas nas causas de aumento ou diminuição especiais.

Essas etapas que deverão ser observadas pelo julgador no momento da aplicação da pena se extraem do artigo 68 do Código Penal vigente, *verbis*:

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

A primeira fase da dosimetria é etapa onde é fixada a pena-base. Esta é a quantidade de pena cotejada pelo magistrado, dentre os limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal, fundado em elementos trazidos no art. 59 do Código Penal, conforme necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Quanto ao grau de reprovação e prevenção aduz Zafaronni:⁵⁶

⁵⁵ Expressão utilizada por Eugenio Raaúl Zafaronni no Manual de Direito Penal Brasileiro V.1. Parte Geral. 8ª edição revista e atualizada. Ed. Revista dos Tribunais p. 707

⁵⁶ Eugenio Raaúl Zafaronni no Manual de Direito Penal Brasileiro V.1. Parte Geral. 8ª edição revista e atualizada. Ed. Revista dos Tribunais p. 707

Parece-nos suficientemente claro que a fórmula legal quer dizer é que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido a menor por considerações preventivas, isto é, pelos elementos de juízo necessário para o grau de culpabilidade (reprovação), que dariam por resultado um máximo razoável, mais uma correção que poderá diminuir a medida indicada pela culpabilidade, sempre que não seja necessário empregar toda a sua magnitude para obter a prevenção.

Assim, dentre os elementos se referem ao autor (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), ao fato (circunstâncias e consequências do crime) ou à vítima (comportamento da vítima) obteríamos o grau máximo de culpabilidade de deverá ser corrigido para obter a prevenção.

Na segunda fase da dosimetria da pena, cabe ao julgador analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes. No Código Penal vigente, as circunstâncias agravantes estão previstas nos arts. 61 e 64 e as circunstâncias atenuantes no art. 65. O referente Código não fixa nenhuma quantia, devendo a prudência judicial inclinar para mais ou para menos a pena-base estabelecida na primeira etapa. Em caso de concurso de agravantes e atenuantes, conforme informa o art.67 do CP, deverão ser indicadas as “circunstâncias preponderantes”, isto é, circunstâncias às quais deve o juiz atender prioritariamente, indicando quais as que resultam dos “*motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência*”.

Na terceira fase analisam-se as causas de aumento e diminuição. Também chamadas de majorantes e minorantes, são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas ou variáveis. Não se confundem com as agravantes e as atenuantes genéricas, pois estas apresentam diferenças fundamentais. As agravantes e atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral, já as majorantes e minorantes situam-se tanto na parte geral quanto na parte especial. Ademais, as agravantes e as atenuantes não fixam a quantidade de aumento ou de diminuição, deixando-a ao prudente arbítrio do julgador, não devendo, atingir um sexto da pena, que é o limite mínimo das majorantes e minorantes. Já as majorantes e minorantes, por sua vez, estabelecem, em quantidade fixa ou variável, o quantum de variação da pena.

Feitas essas considerações passaremos à análise da possibilidade de aplicação da coculpabilidade como circunstância judicial.

A coculpabilidade, como já mencionado, não está expressamente prevista na legislação penal como ocorre em diversos países latino-americanos.

No entanto, já há em nosso país discussões por parte da doutrina para que haja a sua positivação⁵⁷.

Nessa ordem de ideias, as opções de aplicação do coculpabilidade seriam: como atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal;⁵⁸ como causa de diminuição da pena prevista na Parte Geral do Código Penal,⁵⁹; como causa de exclusão da culpabilidade⁶⁰ e por fim, como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal.

Ao nosso sentir, a melhor hipótese para a aplicação do Princípio da coculpabilidade seria no momento da fixação da pena-base.

O Juiz no momento na fixação da pena-base, onde é aferido o Juízo de reprovação, deve levar com consideração o menor âmbito de autodeterminação do indivíduo diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas e sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado.

O anteprojeto do Código Penal de 11.08.200 elaborado por comissão de juristas presidida por Miguel Reale Júnior verificou-se um claro avanço do reconhecimento da coculpabilidade na individualização da pena, valorizando-se o homem como centro do Direito Penal, indo ao encontro dos ideais do Estado Democrático de Direito.

O Anteprojeto do Código Penal inseriu a coculpabilidade como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, que diz:⁶¹

⁵⁷ Apesar de a coculpabilidade ser um princípio implícito na Constituição.

⁵⁸ Para Grégore Moura é “uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da coculpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do CP do mesmo diploma legal. Porém, mesmo o legislador fazendo a opção ora mencionada, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, ainda assim não poderia trazer a pena aquém do mínimo legal.” (MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.);

⁵⁹ Para Grégore Moura consistiria em acrescentar um artigo, 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 tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”. Para o autor é a “melhor hipótese para a positivação da coculpabilidade, pois é e 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 neste aspecto, com incidência na terceira fase de sua aplicação”. (MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, Impetus 2006.);

⁶⁰ Esta hipótese culminaria de acordo com Grégore Moura na eleição de mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. Seria uma espécie de inexigibilidade de conduta social da conduta calcada na falta de experiência de comportamento, não surgindo daí direito de ser tutelado.

⁶¹ O inteiro teor do anteprojeto está disponível em http://www.mj.gov.br/sal/cogido_penal_pgeral.htm

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.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34. (**grifo nosso**).

Verifica-se que embora tenha sido o avanço a inserção da coculpabilidade como circunstância judicial no Anteprojeto do Código Penal de 2000, houve lamentavelmente um retrocesso no Anteprojeto do Código Penal de 2012, tendo em vista que não há menção de qualquer expressão que indique a inserção da coculpabilidade no art. 59 do CP.⁶²

No entanto, embora ainda não positivado, a coculpabilidade, ainda sim, pode ser aferida através ao art.59 do CP.

Como já exposto, o art. 59 do Código Penal é de fundamental importância, pois sua análise indica o quantitativo das penas a serem aplicadas, o regime inicial de cumprimento da pena de prisão, bem como eventual substituição da pena privativa de liberdade.

Dispõe referido dispositivo que o juiz deve se ater, no momento de julgar, a certas peculiaridades do caso concreto, denominadas circunstâncias judiciais. Precisa, assim, atentar para os motivos do crime; para as suas circunstâncias; para a conduta da vítima; e para as conseqüências do mal causado pelo delito. Por serem circunstâncias que devem ser aferidas em razão do crime, formam a chamada culpabilidade referente ao fato.

Contudo, o referido artigo traz, ainda, outras circunstâncias a serem avaliadas pelo juiz, tais como, a personalidade do agente; seus antecedentes e sua conduta social. Tais circunstâncias, de cunho subjetivo, formam a chamada culpabilidade referente ao autor.

⁶² Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, 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 de prisão;

IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

§1º Na análise das conseqüências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis.

§ 2º Não serão consideradas circunstâncias judiciais as elementares do crime ou as circunstâncias que devam incidir nas demais etapas da dosimetria da pena. (<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas>. Acesso 09.03.2013)

É de se reconhecer, porém, que a simples menção a tais requisitos, por si só, não basta à individualização da pena, estas devem ser analisados à luz do caso concreto, para que o indivíduo receba a pena mais adequada.

Dentre as circunstâncias integrantes do rol do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade figura como a mais importante, sendo as demais apenas critérios para aferição desta.

Afirma Mirabete: "menciona-se no art. 59, em primeiro lugar, a culpabilidade do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal".⁶³

Assim, dentre todas as circunstâncias judiciais verificáveis no rol do art. 59, acredita-se que o momento propício à perquirição da coculpabilidade é no momento da análise da própria culpabilidade. Isto porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o quantum de censura atribuível a sociedade, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há "divisão" das culpas entre o agente transgressor e a sociedade.

E, uma vez que a culpabilidade é a circunstância judicial preponderante, ou seja, a que possui maior "peso", caso esteja presente também a coculpabilidade, esta deve incidir em favor do réu, pugnando pela manutenção da pena no mínimo cominada abstratamente pelo tipo penal. Em outras palavras, ainda que haja, no caso concreto, outras circunstâncias do artigo 59 que sejam prejudiciais ao réu, havendo espaço para a coculpabilidade, esta deve incidir no caso concreto, determinando-se a pena base através de uma análise ponderada em conjunto com a culpabilidade.

Noutro giro, não podemos deixar de mencionar que o Código de Processo no artigo 187 §1º pelo qual a coculpabilidade adentra o Processo Penal através da Lei 10.792/03.⁶⁴

Com as modificações trazidas por esta Lei, o interrogatório judicial passou a se dividir em duas partes: uma sobre a pessoa do acusado, e outra sobre o fato a ele imputado. Com isso quis o legislador que se apurasse de forma separada, mas não estanque, a culpabilidade referente ao autor e a culpabilidade referente ao fato, para que, posteriormente, caso se decidisse pela condenação, fossem ambas analisadas à luz do art. 59 do Código Penal.

⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual Direito Penal Vol 1: Parte geral, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁶⁴ 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** (grifo nosso).

Dentre o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), tem-se os questionamentos acerca das oportunidades sociais. Com isso, certos dados acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignados no interrogatório, podendo ser utilizados tanto pela defesa, quanto pela acusação, haja vista ser o interrogatório meio de defesa e meio de prova.

E serão essas informações, colhidas na instrução processual, que nortearão o julgador no momento da fixação da pena, mormente da pena-base. Assim, caso haja, no caso concreto, informações sobre a ausência de oportunidades sociais na vida do autor, bem como acerca das condições em que se desenvolveu, estes dados passam a ser extremamente importantes na avaliação da pena a ser aplicada.

Vislumbrando-se circunstâncias desfavoráveis que tenham maculado o pleno desenvolvimento econômico, social e intelectual do réu, este deve sofrer uma reprovação mitigada, haja vista a corresponsabilidade.

Como se vê, a partir dos fundamentos da teoria da coculpabilidade acima expostos, em cotejo com o princípio de hermenêutica de que a lei não contém palavras vãs, parece evidente que a explícita inserção dos termos “oportunidades sociais” e “outros dados familiares e sociais” no rol dos dados relevantes do Réu que devem ser informados ao Juízo está a orientar, para o mais do que possível, recomendável mesmo, aplicação da teoria da coculpabilidade na aferição da pena base.

Acerca dos questionamentos no interrogatório, esclarece Nucci:⁶⁵

tais indagações não têm o objetivo de sanar qualquer curiosidade do magistrado ou das partes, mas o de esclarecer (ou ajudar a fazê-lo) quem é a pessoa em julgamento, vale dizer, qual é o cenário onde estão inseridas a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, em suma, os relevantes elementos do art. 59 do Código Penal, estrutura fundamental para a construção da pena-base (NUCCI, 2008, p. 6).

Ante o exposto, verifica-se que a coculpabilidade tem sua porta de entrada no direito brasileiro, sendo que, uma vez presente num dado processo, decidindo-se pela condenação do réu, ela deve ser analisada e trazida à luz pelo julgador no momento da fixação da pena-base, sob pena de ferir o Princípio da Igualdade.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ciências criminais: a união indissolúvel dos campos legislativo e prático*. Boletim IBCCrim - Ano 16, nº 193, dezembro - 2008.

7. CONCLUSÃO:

Ante o exposto e pelas razões aduzidas, definiu-se o princípio da coculpabilidade, como implícito na Constituição Federal, sendo decorrente dos princípios da individualização das penas, dignidade da pessoa humana, igualdade.

A coculpabilidade é o reconhecimento por parte da sociedade de sua parcela de culpa no cometimento de determinados delitos.

É nessa senda que se conclui pela aplicação da coculpabilidade como critério corretor da seletividade no Direito Penal, a fim de excluir-se a seletividade e a marginalidade desencadeadas pela atuação do Direito Penal, por meio da modificação dos critérios de seleção propostos atualmente pelo Sistema Penal.

Embora o princípio da coculpabilidade tenha previsão em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros não há previsão no ordenamento brasileiro, sendo este respaldado no ordenamento através dos princípios constitucionais, principalmente o Princípio da Igualdade.

Na doutrina há diversos posicionamentos acerca no melhor momento para se aplicar a coculpabilidade. Há uma posição que defende a aplicação do princípio da culpabilidade como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal. Há outra posição que defende sua aplicação como causa de diminuição da pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo o art. 29 do CP. Há também quem defenda a aplicação da coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do CP. Tentamos defender neste na presente pesquisa a aplicação do mencionado princípio no momento da aferição da pena base, onde são analisadas as circunstâncias judiciais.

Dentre todas as circunstâncias judiciais verificáveis no rol do art. 59, a culpabilidade constitui verdadeira pedra de toque, sendo o momento propício à perquirição, também, da coculpabilidade. Isto porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o quantum de censura atribuível ao Estado, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu na medida em que há "divisão" das culpas entre o agente transgressor e o Estado omissor.

Ademais, pode-se verificar que com a nova redação do artigo 187 §1º Código de Processo Penal que alterou o interrogatório do réu, inserindo o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), coloca entre os questionamentos acerca das oportunidades sociais, podendo tais elementos serem melhor analisados no momento de aferição da pena-base, sendo este o melhor momento da análise da coculpabilidade é no momento da análise das circunstâncias judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**.Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

DURKHEIM É. **As Regras do Método**.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 06.03.2013

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

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

José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009,

MARAT, Jean Paul .Estúdio preliminar: **Marat o el pensamiento revolucionario em Derecho Penal. In: Plan de legislación criminal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros.

MERTON, Robert K. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo:Mestre Jou, 1970. P.204

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual Direito Penal Vol 1: Parte geral, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006

MORAES. Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais - teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NGO, W. Sarlet, **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, e. Ed., Porte Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.60 apud CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, parte especial:dos crimes contra a dignidade da sexual a dos crimes contra a administração pública. 8 ed São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Ciências criminais: a união indissolúvel dos campos legislativo e prático**.Boletim IBCCrim - Ano 16, nº 193, dezembro - 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Safe.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Direitos para todos**. 2ª Edição: fórum.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 .

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **A moderna teoria do fato punível/** Juarez Cirino dos Santos. – Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral I** ed. São Paulo: Editora de Direito, 2006

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