

A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Kaique Campos Duarte

Advogado, mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Penal e Processual penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Graduado em Direito pela Faculdade de Ideal – Faci | Wyden. E-mail: kaique.ma1507@gmail.com.

Wladirson Ronny da Silva Cardoso

Professor da Universidade do Estado do Pará – UEPA. Doutor em Antropologia Social pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Mestre em Direitos Humanos e Inclusão Social pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia Moderna e Contemporânea – COGITANS. E-mail: wladirson.cardoso@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar acerca da teoria da co-culpabilidade, que vem garantindo respaldo no cenário jurídico brasileiro, em virtude da associação de grandes nomes da ciência penal, todos em prol de um direito mais humano e isonômico, capaz de manter a ordem de maneira justa, garantindo e respeitando a individualidade de todos. O estudo do presente tema tem como finalidade levantar o problema da omissão estatal, no que tange a não concessão das garantias constitucionais para todos os cidadãos, indistintamente, conforme preceitua a Constituição Federal. Nesta diapasão, o Estado se responsabiliza solidariamente com o agente delinquente, quando não garante a todos direitos basilares garantidos em nossa carta magna. Assim, o princípio da Co-culpabilidade é uma nova tendência que vem sendo desenvolvida, principalmente em países onde os índices de pobreza e desigualdade são bastante acentuados. Tendo a proposta de humanizar as penas aplicadas e garantir a observância dos princípios da igualdade e da individualização da pena, garantindo a real justiça para todos.

Palavras-chave: Co-culpabilidade. Exclusão Social. Constituição Federal. Omissão Estatal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the theory of co-guilt that has been receiving support in the Brazilian judicial scenario, due to the association of great names of Law science, all in favor of a more human and isonomic Law, capable of keeping order in a fairer way, guaranteeing and respecting everyone's individuality. The study of this theme aims to bring up the problematic of state omission in what concerns the non-concession of constitutional warranties to all citizens indistinctly, as it is described in the Federal Constitution. In this diapason, the State is responsible for the offender agent when it doesn't guarantee all basic rights listed in the constitution. Thus, the co-guilt principle is a new tendency that has

been developed specially in countries where the poverty and inequality ratings are accentuated. This proposal aims to humanize the penalties applied and to guarantee the observance of the equality principles and the individualization of penalties, guaranteeing real justice to everyone.

Key-words: Co-guilt. Social exclusion. Federal Constitution. State omission.

1 INTRODUÇÃO

O Estado se responsabiliza solidariamente com o agente delinquente, quando não garante a todos direitos basilares garantidos constitucionalmente. Tal fenômeno é facilmente constatado naqueles países onde a desigualdade e exclusão social são crescentes. A parcela de responsabilidade estatal deverá ser atendida, no momento da aplicação da pena de um indivíduo, devendo-se levar em conta a vida pregressa e o meio em que vive.

A obrigação de garantir políticas públicas de ressocialização e promover o desenvolvimento econômico e social, efetivando assim a inclusão novamente na sociedade, é dever do Estado brasileiro e direito do cidadão, visto que se trata de uma forma eficaz de acabar com as mazelas sociais e garantir a plena qualidade de vida para a população. A não garantia deste dever constitucional vincula o Estado e o responsabiliza, indiretamente pela conduta do delinquente, que age às margens de uma lei que desconhece, vivendo praticamente em constante estado de precariedade e carência social, sendo jogado a sua própria sorte.

Os problemas pelos quais nosso país vem passando, principalmente no que se refere à exclusão social, corroboram com a situação de miséria e desigualdade social, tornando-se um ciclo, no qual se sabe o começo, mas não tem ideia onde termina. Em virtude desse acentuado problema de marginalização, gerado pela exclusão social daqueles desfavorecidos, muitos questionam a justiça criminal e o sistema de punição brasileiro, impetrado por nosso antigo código penal, clamando pela distinção das penas aos mais diversos apenados, pleiteando a prevalência do princípio basilar da igualdade, tratando igual os iguais e desigualmente os desiguais. Assim, a teoria da co-culpabilidade, também conhecida como culpabilidade social ou, ainda, culpabilidade compartilhada é um estudo inovador, em constante evolução de antigas ideias socialistas que vem garantindo respaldo no cenário jurídico, em virtude da associação de grandes nomes da ciência penal, todos em prol de um direito mais humano e isonômico, capaz de manter a ordem de maneira justa, garantindo e respeitando a individualidade de todos.

Neste sentido, procura-se tratar no artigo, primeiramente a ideia genérica de culpabilidade, pois nos conscientizamos de que esta é gênero, enquanto co-culpabilidade é espécie. Analisando sobre a co-culpabilidade propriamente dita. Realizando um paralelo com a nossa Constituição Federal de 1988, demonstrando os princípios que recepcionaram esta teoria em nossa Carta Magna. Dissertando, também, acerca da situação da co-culpabilidade no ordenamento jurídico penal brasileiro tratando do projeto de lei desenvolvido para uma possível reforma do código penal, que poderá dá maior segurança da aplicação deste instituto, passando de uma mera teoria para um dispositivo expresso respaldado em lei. E o posicionamento da doutrina sobre este assunto, buscando os prós e contras, bem como quais foram os principais argumento desenvolvidos para a aplicação e os fundamentos daqueles que defendiam não aplicá-la. Desta forma, procurou-se nesta parte do trabalho, demonstrar que muito embora, houvesse aqueles defendendo que a teoria possa ser perfeitamente aplicada e bem recepcionada pela Constituição, há aqueles mais conservadores que defendem a inconstitucionalidade deste dispositivo.

Cumprе salientar, o dever necessário de evoluir nossa mentalidade, quando tratarmos da punição do transgressor, pois este é um assunto muito estudado e discutido no meio jurídico, na tentativa de substituir o método penal falho que hoje vigora no país. Assim, entende os mestres no assunto, que nossa pena máxima, a restrição da liberdade, deveria ser aplicada apenas em último caso, devendo buscar alternativas diferentes, principalmente voltadas à ressocialização do que única e exclusivamente a punição. Por isso, a teoria da co-culpabilidade vem com a proposta de mudança dos mais altos níveis do poder estatal para os mais baixos, pois acredita que tudo está interligado e que os problemas sociais existem, porque aparecem motivos reais maiores do que aqueles que acreditamos que sejam. Assim, o estudo em questão é também relutante, pois tem o condão de disseminar a ideia na mente social, tendo em vista que o desconhecimento deste tema e sua pouca divulgação nos meios acadêmicos, nos tribunais e nas sessões legislativas, acarretam uma atrofia mental, dificultando a sua aplicação e conseqüentemente aumentando, mais ainda o desnível, a desigualdade e a exclusão social.

2 CULPABILIDADE, CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS

O estudo com a denominação de Teoria da Culpabilidade cresceu como ciência penal, ganhando maiores enfoques no período de ascensão do positivismo, em detrimento do jus naturalismo, tendo por base a doutrina causal-naturalista desenvolvida por Fran Von Liszt e E.

Beling, pioneiros no assunto e na aplicação dessa nova temática, que hoje é característica do direito penal moderno.

Assim, através de pesquisas aprofundadas sobre o tema, pode-se pincelar uma conceituação de Culpabilidade como sendo um meio de atribuir juízos de valor, à conduta e ao indivíduo, devendo responsabilizar o transgressor por aquilo que cometeu, avaliando o critério subjetivo da ação delitiva, ou seja, analisando a ocorrência da culpa em sentido lato, que seria a constatação da vontade de agir de acordo ou não com a conduta esperada.

Corroborando com o que foi dito, conceitua Cristiano Rodrigues que Culpabilidade é:

O conceito geral de culpabilidade que pretendemos abordar se define como sendo reprovabilidade pessoal da conduta típica e antijurídica, ou seja, do chamado injusto típico, que quando cometido por alguém que podia determinar-se de acordo com a norma, sendo-lhe exigível essa conduta naquela situação concreta, assim não o faz. (RODRIGUES, 2009, p. 03)

É imprescindível atentarmos para a forma de aplicação dessa teoria na computação da pena, que deve ser vista, através da análise subjetiva, uma vez que, dentro do direito penal não cabe em nenhuma hipótese a responsabilização direta, pela via objetiva. Deste modo, o estudo da conduta, buscando-se constatar o dolo ou a culpa (em estrito senso), é que deverão valer como norte principal para aplicação das penalidades, do contrário, entende-se que não houve tipicidade na conduta.

Corroborando com nossa tese, ensina o saudoso professor Nilo Batista citado na sua obra de Rogério Greco, quanto ao tipo de responsabilidade a ser aplicada diante da conduta do indivíduo, dentro da esfera penal:

O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada somente da associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. A responsabilidade penal é sempre subjetiva. (GRECO, 2015, p. 104)

Portanto, seria estranho para o direito penal responsabilizar objetivamente o indivíduo transgressor, tendo em vista que a análise da culpa do agente é requisito imprescindível para analisar o grau de reprovabilidade e conseqüentemente o quantum da pena a ser aplicada pelo magistrado da causa.

O princípio da culpabilidade tem como característica evitar punições injustas e desproporcionais, pois consegue trazer a pena aplicada pelo juiz ao caso concreto, dando a possibilidade de ser estabelecido um juízo de valor para cada conduta. Além disto, é também uma forma de garantir o princípio basilar da individualização da pena, dando respostas penais distintas a diferentes grupos e tipos de agentes.

Outro ponto importante do princípio em estudo, é a sua perfeita consonância com a estrutura finalista da ação adotada pelo direito penal brasileiro, que em poucas palavras, atribui uma conexão entre a pena (responsabilidade penal) e a conduta final da ação, variando proporcionalmente entre eles. Desta forma, trazendo para o princípio da culpabilidade, caso haja uma conduta sem dolo ou culpa, não haverá consequência penal, independente de se ter produzido lesão a direitos de terceiros.

Uma boa parte da doutrina penal, não separa a análise da reprovabilidade da conduta com a do agente, uma vez que, uma não terá sentido sem a existência da outra. Desta forma, entendem que é imperioso fazer um juízo de valoração do “modos operandi” daquela determinada conduta delituosa, juntamente com a vida do autor, o seu grau de periculosidade e a verificação de sua vida pregressa.

Atualmente, o entendimento da maioria dos doutrinadores, é no sentido de analisar tanto a personalidade do autor (reincidência, antecedentes, habitualidade, conduta social) como seus atos praticados (a execução, o grau de incidência na conduta). Assim, através da soma destes meios, se poderá chegar a um juízo de culpabilidade e determinar corretamente a pena.

3 A CO-CULPABILIDADE

A co-culpabilidade é uma nova forma de analisar a temática da culpabilidade. Esta temática começou a ser desenvolvida pelos conceitos do médico francês Marat, adepto da corrente do direito social, contraposto ao pensamento kantiano. O doutrinador francês tinha um pensamento bastante peculiar, defendendo que a pena talional seria a mais justa e apropriada das formas de pena, desde que houvesse uma sociedade igualmente justa e igualitária, apontando, já naquela época, que tal conquista era considerada como algo utópico.

Conceituando co-culpabilidade, veremos que é uma forma de responsabilizar, ainda que indiretamente, o Estado, por suas omissões, em virtude da falta de concretizações dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, e principalmente pela propagação de condutas e políticas discriminatórias, forçando uma marginalização, muitas vezes pré-determinada, levando o indivíduo à criminalidade. Segundo, Rogério Greco, a teoria da co-culpabilidade é analisada no contexto penal como:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos “seus supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (grifo nosso) (GRECO, 2015, p. 466)

É cediça a condição social e as dificuldades que o nosso país está enfrentando. A desigualdade entre as classes, oriunda da precária política de distribuição de renda, é sem dúvida, um setor extremamente delicado, que se agrava com o decorrer dos tempos. É de fato, algo extremamente preocupante, que não há como se desprezar, no momento de apreciar o índice da criminalidade, nos dias de hoje.

Entretanto, há posicionamentos doutrinários que divergem sobre a aplicação desta teoria no ordenamento penal brasileiro. Os opositores alegam que não há como se comprovar sua verdadeira eficácia no combate à criminalidade, bem como chegar ao alcance de uma política penal justa.

Esta minoritária corrente acredita que aplicar a tese da co-culpabilidade, seria banalizar demais o tratamento concedido aos criminosos, o que, por consequência, poderia gerar o resultado inverso, que seria o apoio e o incentivo a prática do crime. Outro ponto, bastante discutido pelos opositores, é que não há substancialmente, estudos capazes de comprovar o quanto aquele determinado meio de miséria contribuiu para a prática da conduta delituosa. Defendendo esta corrente, Guilherme de Souza Nucci, aduz que:

Não nos parece correta essa visão. Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “co-culpáveis” na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última

análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante. (NUCCI, 2015, p. 275)

Data vênia, a opinião do grande professor, entendemos que a co-culpabilidade deve sim fazer parte do juízo de valoração da culpabilidade de uma determinada conduta. Seria hipocrisia não notar, que as máculas no Brasil, como as injustiças, desigualdades e corrupção, oriundas deste os tempos do império, não contribuem direta ou indiretamente para a formação de seus cidadãos. É evidente que a lei vigente hoje, é a lei capitalista conquistada, apenas pelo dinheiro, deixando à margem da sociedade, os mais carentes e necessitados, que ficam a depender, exclusivamente de sua sorte. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, em seu artigo sobre co-culpabilidade, publicado pela revista de ciências jurídicas Pensar, expõe posicionamento consoante com o que foi dito acima, senão vejamos:

Feitas tais considerações, é fácil perceber que se busca atrelar a culpabilidade compartilhada à ineficiência estatal em prover os cidadãos de seus direitos fundamentais básicos, ou seja, intenta-se desenvolver argumentos científicos que possibilitem dar maior concretude à aplicação do instituto como forma de observação e preservação dos referidos direitos e, por via de consequência, de resgatar o verdadeiro sentido da até agora controvertida expressão “Estado Democrático de Direito”. (GUIMARÃES, 2009, p. 207)

Assim, seria injusto, aplicar a todos de forma igual, sem nenhuma distinção, as penalidades impostas por lei. É como se interpretasse a constituição, rasgando os seus princípios básicos da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. Na verdade, a nosso ver, seria como agredir a instituição do estado democrático de direito, que vige até hoje, ainda que com muita dificuldade.

4 A CO-CULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A nossa Constituição Federal possui alguns princípios inseridos implicitamente em seu texto, favorecendo a evolução e o resguardo da teoria da co-culpabilidade. Muito embora não houvesse expressamente algum dispositivo constitucional que aplicasse diretamente a teoria, a maioria dos doutrinadores entende que a co-culpabilidade não é algo estranho à carta magna cidadão, e esta a recepcionou perfeitamente, uma vez que não possui em seu texto, nenhuma ressalva legal que pudesse mitigá-la ou não aplicá-la.

A busca pela igualdade concreta e perfeita já é algo considerado utópico, em virtude da impossibilidade de se oferecer uniformemente todas as chances conferidas a uma pessoa para todas as demais. Segundo Rosseau (2008) há dois tipos de desigualdades, a física ou natural, esta inerente a diferenças biológicas, como a idade, saúde, força e inteligência, e a segunda é a desigualdade política, esta atribui diferenças que regem a hierarquia social, dividindo o poder, prevalecendo a riqueza e os privilégios de classe, sendo esta o principal ponto onde a co-culpabilidade se manifesta.

Nossa carta magna, em seu artigo 5º, *caput*, nos confere a igualdade jurídica, baseada nas ideias iluminista do século XVIII, dispondo que não haverá diferença, entre os cidadãos, perante o alcance da lei. De certa forma, tal dispositivo é limitado, uma vez que, a mera igualdade jurídica não confere à sociedade a igualdade social e econômica, esta sendo o único meio de se alcançar a plenitude de seus direitos e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, resta ao direito penal, objetivar chegar o mais perto possível do real critério isonômico. Urge que se concretize o princípio da co-culpabilidade, dentro da esfera penal na tentativa de se amenizar as desigualdades sociais e econômicas, que maculam nosso estado. Isso é o que tentamos propor nesse trabalho, salientando o dever do operador do direito em atuar efetivamente contra os diversos critérios discriminatórios, que afetam um país marginalizado como o nosso.

Grégore Moura, em seu trabalho sobre co-culpabilidade, trata a relação da igualdade com a teoria em estudo, perante a Constituição Federal, da seguinte forma:

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 da sua exclusão social e da desigualdade que ela gera. Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade -, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de suas desigualdade, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado. (MOURA, 2015, p. 60 - 61)

Desta forma, podemos aduzir que o princípio da co-culpabilidade, mantém relação direta com o da igualdade, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição, possibilitando a proximidade do direito com a tal sonhada igualdade material, que seria aquela igualdade de oportunidades. O Estado tem o dever de garantir a todos dignidade e condições de se levar uma vida equilibrada

com qualidade. Tal dever é oriundo das exigências estabelecidas pelo implemento do Estado Democrático de Direito. Em suma, o que se requer do Estado, é que este consiga programar a política da inclusão social, de forma hábil e efetiva, possibilitando concretizar o desenvolvimento social. Quando tal objetivo não é conquistado, em virtude de falhas e inadequações dos deveres constitucionais, como o acesso à moradia, educação, lazer, saúde, entre outros, consequentemente, há uma marginalização dos menos favorecidos, empurrando-lhes uma condição de subdesenvolvimento, restringindo sua condição de ser humano detentor de direitos assegurados em nossa lei maior.

O princípio da co-culpabilidade busca justamente, conferir ao cidadão menos favorecido, a qualidade de hipossuficiente, da mesma forma que se aplica em outros ramos do direito como o previdenciário, o consumidor e o direito do trabalho, garantindo-lhe algumas proteções e outros mecanismos, que possam equilibrar a relação com o Estado, diminuindo a desigualdade. Tecendo sobre o assunto, Grégore Moura ensina que:

Assim, a aplicação do princípio da co-culpabilidade é um instrumento indispensável no reconhecimento da co-responsabilidade do Estado, que não leva aos seus cidadãos à dignidade da pessoa humana. Trata-se, sem dúvida, de reconhecer o direito à dignidade do acusado, evitando a reificação do homem, na forma do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, embora o certo seja que o Estado cumpra seus deveres constitucionais, isto é, promova a inclusão social de seus cidadãos. (MOURA, 2006, p. 63)

Com isso em mente, é fácil vermos a compatibilidade do princípio da co-culpabilidade com a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio é o meio mais eficaz utilizado para se chegar à obtenção da dignidade humana.

O princípio da individualização da pena está prevista no art 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição Federal. Tal princípio tem o condão de limitar o poder punitivo do estado, mantendo uma relação bem próxima com o princípio da culpabilidade, consagrando a responsabilidade subjetiva.

A co-culpabilidade é também uma forma de se individualizar a pena, na medida em que se busca analisar os aspectos sociais e pessoais do agente, propiciando ao julgador no momento de concretizar o quanto de pena a ser aplicado, levar em conta a reprovabilidade da conduta, dentro daquele meio de vida, onde se encontra o indivíduo. A individualização da pena é a aplicação pura do princípio da co-culpabilidade, pois ambas personalizam, individualizam e materializam a aplicação e a forma como as penas são executadas, invocando alguns critérios e característi-

cas, como a humanização da pena, e a busca da justiça real e adequada, sendo estes alguns dos pontos em comuns, existentes nesses dois importantes princípios.

5 A CO-CULPABILIDADE E O ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

Muito embora o princípio da co-culpabilidade seja uma tese em constante crescimento em outros países, a sua aplicação concreta, dentro do ordenamento brasileiro, é algo ainda raro de se ver, ao contrário do que acontecem com outros países latino-americanos adeptos do princípio. O Brasil vem aplicando a co-culpabilidade de forma, ainda bem primitiva, entretanto, já podemos nos deparar com decisões de tribunais invocando este princípio em suas decisões, sem falarmos que há um projeto de lei do Senado (PLS) 236/2012, de reforma da parte geral do código penal, mais precisamente no novo texto do artigo 59, destacando expressamente a co-culpabilidade.

Em virtude dessas importantes mudanças, na ciência penal brasileira, passemos a analisar essas tendências inovadoras, que podem contribuir para a eficiência e concretização deste princípio no nosso ordenamento pátrio. Atualmente, a maioria doutrinária é defensora do princípio em tela, muito embora haja doutrinadores de peso como Guilherme de Souza Nucci, defendendo posicionamentos contrários à aplicação da co-culpabilidade, conforme dito anteriormente. Assim, há um forte crescimento desta tendência na doutrina, buscando inovação e a concretização de princípios constitucionais, lutando para que se possa garanti a todos os cidadãos, os direitos que lhe devem ser assegurados. Tais teses vêm sendo pensamento constante em pautas de discussões sobre políticas mais humanas, que possam assegurar a justiça real, e neste contexto deve-se incluir, também, o princípio da co-culpabilidade.

Impende destacar, o anteprojeto de reforma do código penal, trazendo um novo texto para o artigo 59 que trata das circunstâncias judiciais. Tal inovação invoca a teoria da co-culpabilidade, colocando-a expressamente, dentro do ordenamento penal brasileiro. Assim, vejamos como está positivado o texto da lei:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, **bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias e consequências 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)

Sobre a atual aplicação no direito penal vigente, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 613) assim aduz sobre o tema: “Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art.66.” Desta maneira, o posicionamento doutrinário, enquanto não se vota sobre o novo texto de reforma do código penal, atribui ao artigo 66 do CP (atenuantes genéricas) um dos únicos meios, onde se pode invocar a co-culpabilidade, conferindo ao juiz a liberdade de valoração da conduta social do delinquente, para valorar o quanto de pena a ser imposta.

Neste sentido, aduz a Súmula nº 231 do STJ:

Embora reconheça a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal pela coculpabilidade, no que diz respeito a Apelante Catiane Idelfonso Rodrigues, por ser primária e possuidora de bons antecedentes, não há como fazer incidir seus efeitos, tendo em vista a pena ter sido fixada no mínimo legal. (Súmula nº 231 do STJ)

Assim, a Súmula nº 231 do STJ reconheceu a aplicação da teoria da coculpabilidade, mas deixa de fazer incidir os efeitos da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal pelo fato de a pena haver sido fixada no mínimo legal. Apesar de reconhecer a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal pela co-culpabilidade, está não há como fazer incidir seus efeitos, tendo em vista a pena ter sido fixada no mínimo legal.

5.1 A CO-CULPABILIDADE E A JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais mais inovadores, principalmente no Rio Grande do Sul, estão aplicando a teoria da co-culpabilidade em suas decisões, contribuindo para a efetivação da teoria, em nosso país. Vejamos a seguir, dois julgados, demonstrando o exposto:

Ementa: Roubo – Concurso – Corrupção de menores – Co-culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de bis in idem – Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei nº 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – Réu.

Recurso improvido, com louvor a juíza sentenciante. (16 fls.). (Apelação Crime nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/03/2001. Apelação-crime nº 70002250371.

Ementa: Embargos infrigentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior vulnerabilidade social, menor culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infrigentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/04/2000.

É de fato, raro e esperançoso, quando nos deparamos com decisões tão sábias e importantes, comparadas as jurisprudências de outros tribunais. No entanto, tais julgados podem ser considerados exceções, haja vista, os entendimentos recentes do Superior Tribunal de Federal e Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais superaram o entendimento da Súmula nº 231 do STJ, no sentido da inadmissibilidade da aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Também sendo incabível o reconhecimento da atenuante da co-culpabilidade, sob pena de desvirtuar o real reconhecimento das atenuantes genéricas previstas no art. 66 do Código Penal. Senão vejamos, a seguir, um julgado, demonstrando o exposto:

Ementa: Habeas Corpus. Direito Penal. furto Qualificado. Dosimetria da Pena. Maus Antecedentes e Reincidência. Existência de Duas Condenações com trânsito em Julgado. Exasperação na Primeira e na Segunda Fase de Fixação da Pena. Possibilidade. Bis In Idem. Não Ocorrência. Atenuante Genérica do Art. 66 do Código Penal. Teoria da Co-Culpabilidade. Impossibilidade de Aplicação. Regime Inicial Fechado. Paciente Reincidente. Presença de Circunstância Judicial Desfavorável. Pena-Base Fixada acima do Patamar Mínimo Legal. Hipótese de não incidência da Súmula N.º 269 Desta Corte Superior. Constrangimento Ilegal não Evidenciado. Ordem de Habeas Corpus Denegada. 1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes. 2. **A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, “no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos** 3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. 4. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ - HC: 213482 SP 2011/0165566-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 25/09/2013).

Dessa forma, verifica-se que, a jurisprudência pátria tem refutado a aplicação da co-culpabilidade, porém, se evidencia que nas decisões judiciais a fundamentação e o aprofundamento são muito rasos, mostrando, assim, o pouco conhecimento dos julgadores a respeito da co-culpabilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste artigo alertar sobre a influência das mazelas sociais na conduta dos infratores, onde o Estado e a sociedade são também responsáveis, na medida em que não se consegue resguardar a todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Em virtude disto, seria injusto esperar dos desfavorecidos uma resposta coerente com o estado democrático de direito, pois o sentimento de injustiça e revolta toma conta de suas mentes, passando tal indignação, para as demais gerações, reiniciando o ciclo da violência. Assim, a culpabilidade seria o nível de reprovação de uma conduta com o intuito de valorar o “*quantum*” da pena. Destarte, a co-culpabilidade levaria o Estado a responder, conjuntamente com o transgressor, atenuando a pena do agente, dividindo a culpabilidade entre eles.

Atualmente, denota-se que não há uma valorização da aplicação desta teoria nos nossos tribunais, apesar do Brasil, como a maioria dos países latino-americanos, sofrer com a desigualdade social que aumenta na medida em que cresce a concentração de renda na mão de uns poucos em detrimento da maioria. Vale ressaltar, que devido essas condições de desigualdades, a teoria da co-culpabilidade vem tomando repercussão internacional, e sua aplicação nas demais constituições de alguns países já é algo incontestável e habitual nas sentenças proferidas pelos magistrados.

A teoria da co-culpabilidade também está em consonância com os princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia, individualização da Pena e a dignidade da pessoa humana. Assim, a diferenciação é a base da isonomia, pois o tratamento deve ser diferenciado na medida das desigualdades, possibilitando gerar um equilíbrio que conseqüentemente favorece a justiça.

Nesta teia, a teoria da co-culpabilidade atende todos os requisitos e necessidades para ingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns doutrinadores atribuem à teoria, uma possibilidade de inovação dentro do aspecto jurídico penal, na medida em que torna mais “justa” a pena. Assim, considera-se uma nova tendência de apreciação do dever punitivo exercido pelo Estado, “amenizando a mão” punitiva, em virtude de ser o próprio Estado colaborador com esses tipos de

conduta. Outro aspecto que envolve a teoria da co-culpabilidade é a questão social, em razão da necessidade de se implantar políticas eficientes que possam garantir efetivamente direitos e garantias fundamentais, indispensáveis a formação social humana, como: a educação, saúde, moradia, emprego, a segurança, entre outros direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 março 2018.

_____. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 março 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 213482 SP 2011/0165566-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 17/09/2013 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 26 março 2018.

_____. **Súmula nº 231**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas>>. Acesso em: 26 março 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17.ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **A Culpabilidade Compartilhada como Princípio Mitigador da Ausência de Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais nos Delitos Patrimoniais**. Teoria e prática. Revista de Ciência Jurídica PENSAR, Vol. 14, Número 2, Julho/Dezembro, 2009.

JAIME, Silena. **Breves Reflexões Sobre a Política Criminal**. Jus navegandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=8860>>. Acesso em: 15 março 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUEZ, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques – **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades Entre os Homens** / Jean Jacques Rousseau; (introdução de João Carlos Brum Torres); tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre, RS : L&PM, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.