

DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN
CRIMINAL LAW

Recebido: 31.05.2019

Aprovado: 19.10.2019

Rosane Teresinha Carvalho Porto

Doutora em Direito pela Universidade Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora de Direito da UNISC. Docente dos cursos de Básicos de Formação Policial Militar: ministrando as disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e Sociologia da Violência e Criminalidade.

Email: rosaneporto@unisc.com.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4041974927424063>

Robson Leandro Soda

Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPq.

E-mail: robsonsoda1@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3894511704913128>

RESUMO: O presente artigo, desenvolvido por meio de metodologia indutiva e pesquisa doutrinária e jurisprudencial, aborda o princípio da co-culpabilidade e sua aplicabilidade no sistema penal brasileiro, no tocante a sua dogmática penal e constitucional. Nestes termos, indaga-se: o que é o princípio da co-culpabilidade e como podemos concretizar essa divisão de responsabilidade entre o Estado e o agente delituoso? Assim, com ensinamentos de autores como Eugenio Raul Zaffaroni e Gregore Moura, concluiu-se que o princípio da co-culpabilidade apresenta-se plenamente possível e aplicável em nosso Direito Penal, através de dispositivos específicos dos quais aqui serão estudados, reforçados em paralelo à programas que minimizam as desigualdades sociais, visto que nosso sistema atual, sozinho, não comporta poder suficiente para transformar essa corresponsabilidade em solução para os problemas de desigualdades já existentes, necessitando-se um melhor aprimoramento e apoio dos meios institucionalizados. Torna-se assim fundamental o estudo do instituto da co-culpabilidade para o Direito Penal moderno, objetivando uma sanção mais justa, almejando concretizar a igualdade material na dosimetria de pena daqueles que possuem vulnerabilidade e autodeterminação limitada.

PALAVRAS-CHAVE: Co-culpabilidade. Corresponsabilidade. Omissão Estatal. Direito Penal.

ABSTRACT: This article deals with the Principle of Co-culpability and its applicability in the Brazilian penal system, regarding its criminal and constitutional dogma. In these terms, it's asked: what is the principle of co-culpability and how can we concretize this division of responsibility between the State and the criminal agent? Thus, with the teachings of authors like Eugenio Raul Zaffaroni and Gregore Moura, it was concluded that the principle of co-culpability is fully possible and applicable in our Criminal Law, through specific devices that have been studied here, reinforced in parallel to programs that minimize social inequalities, since our current system alone does not have sufficient power to transform this co-responsibility into a solution to the problems of inequalities that already exist, requiring a better improvement and support of the institutionalized means. It is thus fundamental to

study the institute of co-culpability for modern criminal law, aiming at a more just penalty, aiming to materialize material equality in the dosimetry of punishment of violators who have vulnerability and limited self-determination.

KEYWORDS: Co-culpability. Co-responsibility. State Omission. Criminal Law.

SUMÁRIO: Introdução. 2 Do Princípio Da Co-Culpabilidade. 2.1 Teoria e conceito; 2.2 Co-culpabilidade e a Constituição de 1988. 3 A Aplicação Da Co-Culpabilidade No Direito Penal Brasileiro; 3.1 A co-culpabilidade e suas possibilidades de aplicação e de inserção no ordenamento jurídico; 3.2 Aplicabilidade jurisprudencial e a importância de tornar o princípio da co-culpabilidade como uma categoria autônoma dentro do ordenamento jurídico; 3.3 A co-culpabilidade na execução da pena. **CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, como já de conhecimento, não beneficia a todos os seus componentes com as mesmas oportunidades sociais. Muitos não possuem sequer direitos básicos e necessários para uma vida digna e saudável e em detrimento dessa falta de tutela o Estado acaba contribuindo para condutas desvirtuadas, dificultando ao aplicador do direito a exigência de uma conduta por igual.

Diante da omissão do Estado em promover as mesmas oportunidades sociais para todos os cidadãos o instituto da corresponsabilidade surge como importante instrumento de justiça, principalmente em se tratando da tão almejada isonomia material. Nestes termos, indaga-se: o que é o Princípio da co-culpabilidade e como podemos concretizar essa divisão de responsabilidade entre o Estado e o agente delituoso?

O presente trabalho aborda o Princípio da co-culpabilidade e sua aplicabilidade no sistema penal brasileiro, no tocante a sua dogmática penal e constitucional, remetendo a definição e conceito de co-culpabilidade sob a ótica dos principais doutrinadores, principalmente de Gregore Moura. Tratou-se também do Labelling Approach ou como é chamada “Teoria do Etiquetamento Social” pelo qual fica claro que os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com estereótipos pelos quais desses são esperados os comportamentos já predeterminados. A co-culpabilidade em nossa Constituição atual também foi discutida em seus princípios, com enfoque para a dignidade da pessoa humana, princípio basilar que reforça ainda mais a teoria estudada.

Quanto as possibilidades de inserção e de aplicação do referido instituto no Direito Penal Brasileiro, concluiu-se que no Brasil, ainda que a doutrina enfoque respaldo implícito em nosso Código de Processo Penal, pelo artigo 187, § 1º, bem como em lacunas entreabertas nos artigos 59 e 66 do Código Penal vigente, não há previsão de forma expressa.

Por derradeiro, pôde-se absorver através deste artigo toda a importância de se instigar um questionamento investigativo acerca das causas do cometimento de determinado crime, de atentar para o contexto social ao qual o acusado está inserido, destrinchando todas as possibilidades implícitas e explícitas de se obter um julgamento justo e isonômico. A tratativa do ingresso do instituto da co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico faz-se mister diante da não-aplicabilidade do princípio, como regra geral, por nossos tribunais, e da inadimplência estatal quanto a igualdade material. Além disso, possuímos um sistema penal falho, que pune as pessoas apenas por não possuírem um condão socioeconômico favorável, incriminando a vulnerabilidade e promovendo a seletividade.

2 DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Sabe-se que o meio social determina de forma significativa o desenvolvimento humano. A família, escola, comunidade e demais grupos influenciam diretamente na formação dos indivíduos, assim como o próprio estado enquanto instituição responsável pela viabilização e defesa de direitos. Sabe-se, também, que a eficácia dos direitos sociais é deficiente. O sistema de inclusão social para melhorar as condições da população de classes mais baixas é falho e é lá que o cidadão vive com péssimas condições, sem acesso à educação, moradia, saúde, segurança, trabalho: direitos básicos para a dignidade da pessoa humana.

Contudo, ainda com esta parcela da sociedade desacreditada e desprotegida, cobra-se o asseveramento da pena para o agente delituoso sem a intensa exigibilidade para que medidas governamentais promovam o desenvolvimento social deste, que pode ter sido menos favorecido e prejudicado justamente pela falta deste “viés estatal” de proteção aos direitos fundamentais, sendo involuntariamente encaminhado para a criminalidade.

Em detrimento destes fatores, onde o agente almeja o crime para buscar objetivos que não são oportunizados pela sociedade, ou, onde a sociedade o encaminha para a investida da infração, que nasce o instituto da co-culpabilidade, do qual tratar-se-á neste tópico, desde seu conceito na visão dos principais doutrinadores até os princípios basilares que sustentam o referido instituto na Constituição Federal de 1988.

2.1 Teoria e conceito

O surgimento da revolução francesa, em 1789, trouxe uma transformação épica, muito em consequência pela queda do Estado absolutista. Surge então um Estado liberal apoiado em princípios quais sejam o da fraternidade, o da igualdade e o da liberdade.

Os chamados direitos de primeira geração, ou primeira dimensão, trouxeram uma limitação ao poder absoluto do Estado. Ligados ao valor da liberdade, estes direitos possuíam o chamado “caráter negativo” por dar titularidade ao indivíduo e exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. (BOBBIO, 2004).

Já os de segunda geração/dimensão, ao contrário da não intervenção estatal dos direitos de primeira dimensão, ao invés de se negar ao estado uma atuação, exige-se dele que garanta os direitos fundamentais. Assim o estado passou a ter um papel efetivo para a concretização de um ideal de vida digno para seus cidadãos.

É neste sentido, no qual o Estado se apresenta como um ente onipresente e intervencionista, garantidor do bem-estar e de uma gama de direitos fundamentais assegurados em nossa lei maior, que podemos observar uma possível representação do princípio da co-culpabilidade dentro dos direitos de segunda geração, quando este Estado é omissos com seu dever de proteger e garantir estes direitos sociais.

Seguindo o mesmo pensamento, ressalta Sarlet (2001, p. 50):

(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

A teoria da co-culpabilidade, conhecida também como teoria da corresponsabilidade, consiste na ideia de divisão de responsabilidade entre o Estado e o agente que cometeu o delito

em razão de omissão daquele na tutela e promoção de direitos fundamentais, conduzindo este agente ao caminho da criminalidade. É importante instrumento de justiça social, com fundamento basilar na dignidade da pessoa humana, reconhecendo que fatores socioeconômicos, dentro de uma sociedade visivelmente desigual, influenciam na conduta do agente, que posto em juízo necessita tratamento diferenciado no que tange a culpa exclusiva pelo ato delituoso. (MOURA, 2006).

Sposato (2005, p. 45), em sua tese de pós-graduação, retrata a construção de Hassemer, baseada nas fragilidades do conceito de culpabilidade. Na mesma ordem ela compartilha da opinião crítica do autor ao identificar que “o tradicional conceito de culpabilidade travestido em princípio, desvia a corresponsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral”.

Trazendo grandes considerações a respeito, Moura (2006), define a co-culpabilidade como um princípio implícito dentro de nossa Constituição cuja a corresponsabilidade do estado em detrimento a determinados crimes é reconhecida, principalmente no que tange às condições socioeconômicas de quem o praticou.

O sociólogo Merton (1970, p. 234), que também já discutiu sobre o tema, assevera:

Quaisquer que sejam as proporções diferenciais do comportamento desviado nos diversos estratos sociais, e sabemos por muitas fontes que as estatísticas oficiais a respeito dos crimes mostram uniformemente proporções maiores nos estratos inferiores, e que elas não são dignas de confiança, resulta da nossa análise que as maiores pressões para o comportamento transviado são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. Diversas pesquisas têm mostrado que áreas especializadas de vícios e crimes constituem uma reação ‘normal’ contra uma situação em que a ênfase cultural sobre o sucesso pecuniário tem sido assimilada, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para que uma pessoa seja bem-sucedida. [...] 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.

Neste sentido, Santos (2002, p. 265) reitera que a corresponsabilidade do Estado é aceitável, como forma de valorar a responsabilidade do agente delituoso que vive à margem da sociedade, com condição desfavorável imposta por esta, e determinante “de anormal motivação da vontade nas decisões da vida”.

Na lapidar opinião de Eugênio Raul Zafaroni (2001), ex-ministro da suprema corte Argentina e sistematizador da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, a divisão entre favorecidos e menos favorecidos aduz a necessidade de efetivação do instituto da corresponsabilidade. Ele considera que o sistema penal seleciona e utiliza a pessoa por caráter social pertencente a determinado grupo ou classe, ou ainda por seu comportamento particular. Logo, quanto maior a posição de vulnerabilidade do cidadão menos liberdade este terá a realização do injusto penal.

O filósofo Francês Foucault (2008, p.229) também argumentou sobre a seletividade do sistema penal salientando que existe um falso discurso passado ao público e que “seria hipocrisia

ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros”. Na mesma ordem, o autor também refere que a lei, a princípio, é destinada a todos os cidadãos, mas que são as classes menos esclarecidas e mais numerosas que recebem sua aplicabilidade.

Nesta linha, é extremamente importante ressaltar que a co-culpabilidade não deve ser vista como uma culpa estatal pelo ato delituoso, nem tão pouco forma de impunidade para quem o cometeu. O “foco” está na responsabilização penal da pessoa, no caso o agente delituoso, trazendo o Estado ao seu lado com sua coobrigação proporcional pela falta de tutela de direitos constitucionais assegurados ao cidadão. (MOURA, 2006).

Entende-se assim, que diante do comportamento social do agente na ausência de condições deve haver uma ação compensatória do Estado para não sobrecarregá-lo, uma corresponsabilização, e não uma inversão de papéis no banco dos réus. Consoante é o pensamento de Silva (2011, p. 14) ao não trazer a culpabilidade do indivíduo para o estado, mas sim “responsabilizá-lo em virtude de sua ausência prévia quando não forneceu condições para que aquele indivíduo tomasse outro rumo que não o estreito caminho da conduta ilícita.”

Nilo Batista (2007 p. 105), em precisa lição, declara que o instituto da co-culpabilidade “faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.

Contudo, é importante que saibamos que existe uma diferença entre co-culpabilidade e responsabilidade social.

Para Moura (2006, p. 98) a vontade do agente é livre, porém pode ser contaminada, ficando viciada, muito pelas condições adversas que este agente vivencia em seu meio social. Isso gera um poder de escolha mais restrito, o que demandaria uma menor reprovabilidade do julgador. Na mesma ordem, o mesmo autor assevera que “o simples fato de se viver em sociedade já gera para o indivíduo a obrigação de respeito e observância das regras sociais”. Essa responsabilidade social do Estado já está inserida, ainda que implicitamente, na noção de Estado de Direito.

Assim percebe-se que a responsabilidade social é uma forma que a sociedade tem de se defender da ação delituosa do próprio homem, quaisquer que sejam os motivos que o levaram a cometer o ato delituoso, visto que ele mesmo deve observar e respeitar a regra social a qual está inserido.

Já a co-culpabilidade, como ressalta Moura (2006), defende os direitos do agente delituoso frente ao estado quando este não cumpre com seus deveres constitucionais. Seria assim um importante instrumento de justiça social para o indivíduo que se torna vulnerável em detrimento do meio social marginal e desumano em que vive.

2.2 Co-culpabilidade e a Constituição de 1988

Existe uma grande ligação entre o Direito Penal e a Constituição da República Federativa do Brasil. Ela se dá muito pela forma que o Estado de Direito conduz sua proteção aos direitos fundamentais e também com prisma em seus próprios princípios constitucionais (implícitos ou explícitos), visto que estes norteiam a aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Além de instituir princípios básicos de proteção ao indivíduo, a Constituição de 1988 também fixa diretrizes, buscando promover o bem-estar social, com enfoque no meio ambiente, nos direitos trabalhistas, na saúde, educação e etc.

Neste sentido Prado (2007, p. 132) dispõe sobre as regras e princípios de direito:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder

punitivo do Estado, salva guardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

A lição magistral de Maximiliano (1984, p. 84) aduz aos processos interpretados pela justiça, onde, segundo o autor, havendo incoerência e contradição ou absurdos “deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir real e o bem presente e futuro da comunidade”.

A dignidade da pessoa humana também é tratada em nosso texto constitucional, mais precisamente em seu art. 1º, inciso III, tornando-se assim como um dos princípios basilares que reforçam a teoria da co-culpabilidade. Visando proteger o hipossuficiente, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula os poderes executivo, legislativo e judiciário, trazendo um conceito bastante abrangente no tocante que abraça uma diversidade de valores presente em nossa sociedade.

Neste contexto:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato e cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

O artigo 6º da Constituição e 1988 (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.com.br>>) diz que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” e são nestas palavras positivadas que o jurista Ingo Sarlet (2001) afirma existir uma garantia de recursos materiais mínimos necessários para uma vida com dignidade.

Assim, vê-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio inerente a pessoa. Ela busca assegurar a cada cidadão os direitos fundamentais necessários para a própria existência, bem como proporcionar uma vida digna em convívio com a sociedade.

No que tange aos direitos fundamentais necessários para a própria existência, ou esse “mínimo necessário” assegurado por nossa Constituição, é que se busca estudar e aprimorar o instituto da co-culpabilidade visto que ainda existe a dificuldade do Estado cumprir suas obrigações com o direito particular tutelado, bem como de assumir sua parcela de culpa dentro dos limites da legalidade e razoabilidade.

O princípio da individualização da pena art. 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição de 1988 nos diz que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos”. Além disso, este princípio possui três fases, denominadas cominação, aplicação e execução. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.com.br>>).

A co-culpabilidade, no momento que reconhece os motivos pela qual o agente veio a cometer o delito, principalmente pela situação socioeconômica, traz estas condições para a esfera da individualização da pena, podendo assim concretizar, de forma mais justa e com maior efetividade, a sanção penal.

Isto posto, assevera:

Com efeito, a positivação do princípio da coculpabilidade 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 socioeconômicas do agente, desde que estas tenham influência na prática do fato crime. (MOURA, 2006, p. 64).

Assim, o princípio da corresponsabilidade e da individualização da pena reconhecem as condições sociais do delinquente, aplicando a pena de modo individualizado, ainda que os infratores tenham praticados crimes idênticos, e divide (quando necessário) a responsabilidade com o Estado, na falta deste com seus deveres constitucionais.

Também de grande importância para o instituto da corresponsabilidade, ao qual pesquisou-se neste trabalho, é o princípio constitucional da igualdade. Em seu título II, nossa Carta Constituinte traz no caput do artigo 5º, 1ª parte, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” Logo nossa legislação não deveria fazer nenhuma discriminação por características socioeconômicas, sexo, raça, religião etc. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.com.br>>).

Ligada ao conceito de justiça, o princípio da igualdade possui duas concepções interligadas entre si, quais sejam, a igualdade formal e a material. A formal consiste ao tratamento imparcial conferido pela lei ao indivíduo. É conhecida também como igualdade jurídica, ou igualdade perante a lei. Ela deve ser de tratamento equânime e a possibilidade de concessão de possibilidades deve ser igual para todos. Ela também pode ser considerada, por vezes, insuficiente, visto que não leva em consideração as peculiaridades do agente delituoso, podendo com isso criar inúmeras injustiças.

Para Silva (2003, p. 37) essa regra baseada no puro normativo, de que todos são iguais perante a lei “traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato”.

Já a igualdade material seria um objetivo a ser alcançado pelo Estado e sua sociedade. Traz-nos a já consagrada ideia de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, ou seja, um marco contra a discriminação pois enseja tratamento isonômico, um tratamento proporcional a condição de cada indivíduo. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

É importante ressaltar que ao tratar-se do princípio da igualdade Material a finalidade seria a de equiparação em todos os sentidos, bem como quanto à concessão de oportunidades. Assim afirma Bastos (1978, p. 225) ao dizer que esta equiparação deve atingir a “Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres”.

Nota-se que nenhum réu é igual ao outro, que no meio social em que vivem observa-se facilmente inúmeras desigualdades, e diante da incapacidade do Estado em promover esta igualdade social adequada, de garantir que o princípio da isonomia se faça respeitado no momento em que o infrator é julgado, que é extremamente importante que o judiciário garanta que este princípio constitucional seja respeitado.

Nessa seara Marçal (2011, p. 11) assevera:

O juiz deixará de ser mero espectador da realidade desigual que aflige o cenário brasileiro e passará, portanto, a atuar de modo efetivo com fins de permitir que o almejado princípio da igualdade norteie à aplicação da pena. Assim sendo, o princípio da coculpabilidade constituirá o meio pelo qual o juiz atingirá o princípio da igualdade e, na verdade, a própria justiça.

Assim, verificou-se que o princípio da co-culpabilidade busca também dar efetividade a Constituição de 1988, dar apoio (e ser apoiado) pelos próprios princípios constitucionais

apresentados neste capítulo, quais sejam, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e o princípio da igualdade. Busca nesse sentido tornar eficaz, principalmente o disposto no art. 3º, inciso III, da Constituição, o qual diz que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.com.br>>).

A seguir adentrar-se-á com as possibilidades de aplicação e de inserção do instituto da co-culpabilidade no ordenamento jurídico vigente. Apresentar-se-á a proposta de cumprimento através do artigo 187 do Código de Processo Penal bem como o enquadramento nos cenários dos artigos 59, 65 e 66, ambos do código penal. Apresentaremos também as sugestões dos autores como a inclusão de causa geral de diminuição de pena, assim como a polêmica proposta de exclusão da culpabilidade.

3 A APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O princípio da co-culpabilidade já se encontra positivado em diversos países, como no Código Penal da República da Argentina, prevista como agravante ou atenuante de pena, no Código Penal Colombiano e também no Código Penal do Equador.

No Brasil, não há previsão de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, entretanto, depois do surgimento de teses acerca do assunto, o instituto ganhou forças sendo até mesmo objeto de anteprojeto para reforma do código penal Brasileiro.

Ademais, segundo Moura (2006), o referido princípio também encontra respaldo implícito em nosso Código de Processo Penal, pelo artigo 187, § 1º, bem como em lacunas nos artigos 59 e 66 do Código Penal vigente, possibilidades de inserção e de positivação que serão melhor trabalhadas a seguir.

3.1 A co-culpabilidade e suas possibilidades de aplicação e de inserção no ordenamento jurídico

Merece nossa total atenção um dispositivo pelo qual a co-culpabilidade se faz presente em nosso Código de Processo Penal. A Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, trouxe mudanças significativas em vários artigos de nosso CPP, inclusive no âmbito do interrogatório judicial. Assim reza o artigo 187 e seu parágrafo 1º:

"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. (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.com.br>>).

A mudança possibilitou ao legislador apurar, de forma separada, a culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato ocorrido, para na sequência fazer uma melhor análise das circunstâncias judiciais do artigo 59.

Moura (2006) também reconhece o princípio da co-culpabilidade, como um princípio implícito em nosso Código de Processo Penal, na previsão do artigo citado acima. Assim, como consequência pode-se incluir perguntas sobre o meio de vida e as oportunidades sociais do

acusado, garantindo ao agente a submissão a um processo mais justo. Entretanto, no silêncio da legislação, ressalta Rangel (2013, p. 21):

Não basta estar apenas implicitamente positiva, é necessário que ela seja normatizada para ser eficaz e trazer uma maior segurança para seu real objetivo, que consiste no de levar em consideração as condições sociais e econômicas do agente delituoso na dosimetria da pena. Também não basta o reconhecimento de forma implícita no Direito Processual, mas sim, a necessidade de estar presente dentro do Direito Penal.

Para Neto (2014, <<http://www.jvn.adv.br>>) as mudanças trazidas pela LEP, incluindo o artigo 187, trouxeram um ganho enriquecedor na área de atuação, podendo os defensores, hoje, ressaltar pontos importantes, tornando o interrogatório “mais dinâmico, passível de se extrair algo a mais, além de outros procedimentos já massificados pela Jurisprudência do STF e que ditavam determinados atos [...]”.

Anteriormente, existiu uma forte pretensão para a positivação do princípio da culpabilidade, o qual se daria através de uma alteração no artigo 59, incluindo, no caput do artigo mencionado, sua forma de individualização de pena, *ipsis litteris*:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como **as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias e 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. (BRASIL, 1940, <<http://www.planalto.com.br>>, grifo nosso).

Entretanto, o projeto entregue ao presidente do Senado no dia 27 de junho de 2012, que tramita sob a denominação de PLS 236/2012 sofreu alterações, perdendo inclusive a inovação grifada acima.

Sob a ótica de Gomes (2005), na conjuntura do artigo 59, existe uma avaliação do contexto em que foi cometido o crime quando afirma que a culpabilidade possui uma tríplice função, sendo uma delas o fator de graduação da pena com embasamento no referido artigo, ou seja, avalia-se o grau de reprovabilidade da conduta do agente e não se existe ou não a culpa. Assim, o juiz deve se informar sobre o réu, de sua convivência junto a sociedade, para poder mensurar uma maior ou menor censura na aplicação da pena.

O desafio ao julgador para aplicação do instituto da co-culpabilidade é justamente a análise destes elementos, visto que são envoltos de grande complexidade. São elementos não tipificados por lei, mas que estão inseridos em alguns parâmetros, como por exemplo o do estigma social.

Segundo já esposado, para o entendimento de Moura (2006, p. 94) “a precisão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59”.

Entretanto, na hipótese de inserção do instituto da co-culpabilidade como circunstância judicial do artigo 59, é pacífico na doutrina e jurisprudência que, na definição da pena, a mesma não poderia ultrapassar os limites mínimo e máximo do tipo penal. Com isso, Moura (2006, p. 94) reitera o exposto quando afirma que a citada hipótese “é a mais tímida entre as demais visto que será inócuo o reconhecimento da co-culpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal”.

Data vênua, há de se buscar a inserção por outras vias, posto que em determinados casos a pena base já é estipulada no mínimo legal o que não contemplaria os fundamentos principiológicos do instituto aqui estudado.

Como aclarado anteriormente, as circunstâncias atenuantes da pena estão na redação do artigo 65 do Código Penal Brasileiro, entretanto não se trata de *numerus clausus*, dada a redação do artigo 66 que prevê que a pena possa ser atenuada em razão de circunstâncias relevantes ainda que não expressas em lei.

São assim chamadas de atenuantes *inominadas*, pois, como não estão expressas, submetem-se ao prudente critério do julgador. Através dela o indivíduo que não desfrutou das mesmas oportunidades sociais e culturais pode encontrar uma lacuna para um julgamento mais justo através da bipartição da culpa, considerando sua condição social e econômica e a falta do Estado na tutela de direitos fundamentais assegurados por nossa constituição.

Neste sentido, entendem Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 611):

Creemos 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.

Sob um olhar mais circunspecto, Nucci (2010, p. 234) conclui que, a carência do réu a oportunidades sociais, onde o Estado falha com sua devida assistência, não deve ser usada como justificativa para o cometimento do crime, pois figurariam “muitos outros ‘cocalpáveis’ 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”.

Contudo, ainda respeitando a tese do renomado autor, há de se concordar que as modalidades sociais exemplificadas mostram-se um tanto frágeis quando comparadas a enorme responsabilidade que o ente estatal evocou para si ao apregoar que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.com.br>>).

Ainda no mesmo sentido, a co-culpabilidade é uma compensação da reprovabilidade da conduta do agente no tocante a suas possibilidades socioeconômicas e não um pretexto para o cometimento de novos delitos.

Neste sentido, Thomé (2017, p. 19) assevera:

A sociedade é formada por espaços sociais distintos e distantes, entre os quais não há escada para que aqueles que se encontram no porão possam subir ao terraço, ao passo que aqueles que vivem nas alturas podem descer e desfilar entre os que ali vivem sonhando e apostando com a construção da escada. Com isso, deve cada indivíduo ser julgado de forma condizente com espaço social que ocupa, devendo o julgador descer até o porão e analisar as condições e possibilidades de ação dos jurisdicionados que ali vivem.

Dentro da esfera das atenuantes, Moura (2006, p. 94) nos trouxe mais uma possibilidade de inserção da co-culpabilidade no ordenamento jurídico. A proposta seria a inserção entre as circunstâncias atenuantes genéricas do artigo 65 do CP, através do acréscimo de mais uma alínea no inciso III do referido artigo. E completa que seria “uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação[...]”.

Tratar-se-ia de um dispositivo com primazia na isonomia, podendo retroagir na forma do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal. Contudo, ainda que o legislador se utilizasse deste cenário, não poderia trazer a dosimetria aquém do mínimo legal.

Uma melhor alternativa, segundo Moura (2006, p. 95) seria a de acrescentar um parágrafo no artigo 29 do Código Penal, mais apropriado ao sentido do Direito Penal democrático e liberal, cujo o teor seria: “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço a dois terços”.

Vale destacar que o autor defende que estas circunstâncias sociais, econômicas e culturais devem estar relacionadas com o delito praticado pelo agente. Assim, conforme, quanto mais a margem o agente delituoso estiver da sociedade maior seria sua redução de pena, até mesmo abaixo do mínimo legal. (MOURA, 2006).

A última proposta que o referido autor nos traz, um tanto polêmica, visto que contraria a própria ideia da co-culpabilidade, é a de exclusão da culpabilidade.

A quarta e última hipótese, que, diga-se de passagem, não exclui a proposta feita no item anterior, também é um tanto audaciosa. A coculpabilidade seria positivada como uma causa de extinção da culpabilidade, visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é uma consequência exclusiva da inadimplência do Estado. Poderíamos dizer que a hipótese sob comento culminaria na eleição de mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. Seria uma espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento, não surgindo daí o direito a ser tutelado. Vale ressaltar que, mesmo com a positivação da co-culpabilidade pelo legislativo pátrio, o interprete deve ter em mente que deve haver compatibilidade entre o estado de miserabilidade e o crime cometido para que haja sua aplicação no caso concreto, ou seja, o estado de miserabilidade do agente deve ser uma das causas determinantes do crime. (MOURA, 2006, p. 94-96).

Contudo, o que a maior parte dos doutrinadores versam e defendem sobre o instituto estudado é justamente a bipartição da culpa, entre estado e autor da conduta criminosa e não o uso do princípio como excludente de culpabilidade.

A vista disso, torna-se a ideia um tanto paradoxal, pois tal dispositivo poderia incentivar a delinquência. Ademais, para o instrumento funcionar, seria somente na hipótese de o réu não possuir outra forma de agir, que não daquela maneira, motivado por suas condições socioeconômicas, perdendo o juízo de reprovação social, o que na prática raramente ocorreria.

3.2 Aplicabilidade jurisprudencial e a importância de tornar o princípio da co-culpabilidade como uma categoria autônoma dentro do ordenamento jurídico

Partindo de entendimentos doutrinários, bem como de princípio implícito em nossa constituição, há de se reconhecer que nosso ordenamento jurídico possibilita a aplicação do princípio da co-culpabilidade, ainda que não haja previsão expressa em nossa lei maior ou na legislação esparsa.

Entretanto, o objetivo dos que discorrem sobre o assunto vai muito além. Busca-se uma alteração do código penal para que seja reconhecido expressamente este instituto, ou seja, busca-se a sua devida aplicação e positivação no código penal.

Segundo Moura (2010, < <https://www.youtube.com/>>):

A mudança de paradigma se faz necessária, quando a ciência não consegue mais dar respostas efetivas aos problemas que surgem para ela, e o direito penal passa por esse momento, de não conseguir dar as respostas efetivas para os casos concretos que acontecem no dia a dia, os fatos sociais considerados criminosos, daí vem a necessidade de alterações pontuais na legislação, e de alterações também de paradigmas.

Da perspectiva abordada veio o questionamento: haveria a necessidade da positivação do princípio da co-culpabilidade dentro do ordenamento jurídico, ou ele já se faz presente quando levado em conta a própria culpabilidade e vulnerabilidade do agente em determinados delitos? A co-culpabilidade, ao invés de ser apresentada como uma categoria autônoma na legislação, não poderia ser aplicada através do comando do Art. 66 do código penal que dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”?

A resposta para estes questionamentos pode ser absorvida através de nossa jurisprudência correlata ao assunto.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. progressão de regime. artigo 112 da lep com a redação dada pela lei n.º 10.792/2003. análise dos exames psicossociais constantes dos autos para aferição do requisito subjetivo. possibilidade, diante do princípio do livre convencimento motivado do juiz. súmula n.º 439 do stj. súmula vinculante n.º 26. [...]. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. O princípio da co-culpabilidade não é aplicado para fins de progressão de regime, por falta de previsão legal e porque não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois presente o crime em todas as camadas sociais. AGRAVO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2012, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Neste agravo, a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS não aplicou a corresponsabilidade justamente pelo fato de não haver previsão legal. Os magistrados em momento algum observaram a implicitude do princípio. O julgado é do ano de 2012, entretanto daquele ano para o atual a evolução foi ínfima como podemos confirmar para com uma decisão mais recente:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. [...] A ineficiência da atuação estatal na prestação de serviços públicos essenciais como saúde e educação não legitima ou atenua a reprovabilidade social pelo fato delituoso praticado pelo agente. Não constitui, a condição social de um indivíduo, critério indicativo da delinquência, não se mostrando possível, na espécie, pois, a aplicação da atenuante genérica... prevista no art. 66 do CP. Pena-base mantida no mínimo legal no caso, que, com o afastamento da qualificadora, é de 01 ano de reclusão. Inviável a isenção do pagamento da pena de multa, à ausência de previsão legal. A pena carcerária vai substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70072679996, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Redator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 12/12/2017). (BRASIL, 2017, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Na decisão de apelação pela Sexta Câmara Criminal do TJ RS, proveu-se parcialmente o apelo, mantendo a condenação do agente com base nas provas de materialidade e autoria delitiva, excluindo a qualificadora do Art.155, visto que o fato do agente trabalhar com corte de

lenha na propriedade da vítima não seria necessariamente um vínculo de confiança entre ambos. Ademais, não reconheceu a existência de co-culpabilidade, mostrando não ser possível a atenuante prevista no Art. 66 de nosso Código Penal. Não foi averiguado afincos, ou comprovada, a relação de miserabilidade com o cometimento do crime. Apenas afastou-se a co-culpabilidade com a justificativa de que a falta de tutela estatal na prestação de serviços básicos e que as condições sociais do agente não seriam suficientes para a aplicação da atenuante genérica.

Logo, ainda que demonstrada a resistência por parte dos tribunais para seu efetivo destino, percebemos pelas jurisprudências expostas que existe sim a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade em casos específicos, quando comprovada a omissão estatal em forma de condão ao caso delitivo. Com isso, torna-se mister a necessidade de efetivação do princípio dentro do ordenamento jurídico no tocante que nossos juízes sequer utilizam a atenuante nominada.

Entretanto, obedecendo aos próprios objetivos da Constituição Federal de 1988, tivemos alguns julgados favoráveis, de admissibilidade do princípio constitucional implícito no Artigo 5º da referida lei maior.

EMBARGOS INFRINGENTES. TENTATIVA DE ESTUPRO. FIXAÇÃO DA PENA. AGENTE QUE VIVE DE BISCATES, SOLTEIRO, COM DIFICULDADES PARA SATISFAZER A CONCUPISCÊNCIA, ALTAMENTE VULNERÁVEL À PRÁTICA DE DELITOS OCASIONAIS. MAIOR A VULNERABILIDADE SOCIAL, MENOR A CULPABILIDADE. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE (ZAFFARONI). PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE MÍNIMA. REGIME CARCERÁRIO INICIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2000, < <http://www.tjrs.jus.br/>>).

No caso em tela houve uma redução da pena do agente na primeira fase de dosimetria da pena.

Na sequência, uma apelação crime, onde o Egrégio Tribunal acatou a redução da pena através da atenuante nominada do Art. 66 no tocante que o réu era semianalfabeto, demonstrando a ineficiência estatal como garantidor de direitos fundamentais. A decisão ainda reiterou que “é evidente que o fracasso escolar experimentado pelo acusado é de inteira responsabilidade do Estado. Reconhecê-lo significa incorporar a noção de que há uma responsabilidade pública.”

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. Apelação parcialmente provida. (RIO GRANDE DO SUL, 2006, < <http://www.tjrs.jus.br/>>).

Prontamente, estes julgados tornam-se de suma importância para o entendimento da necessidade de positivação do princípio da co-culpabilidade dentro de nosso ordenamento jurídico, visto que existe uma resistência na aplicação do instituto pelos magistrados.

Para Moura (2010), em debate sobre o assunto para a Tv Justiça, nosso sistema já oferece a possibilidade de aplicação da corresponsabilidade dentro da esfera constitucional, entretanto

“como existe uma resistência muito grande por parte da doutrina, e até da jurisprudência de se reconhecê-lo, a previsão aumentaria a segurança do réu, como um direito público subjetivo”.

A exemplo da legislação argentina, a positivação do instituto da co-culpabilidade poderia, não somente atenuar a pena do agente, mas também aumentar. Ainda neste sentido, “com efeito, teremos maior possibilidade na concessão de benefícios legais como os sursis, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, dentre outros”. (GRECO, 2010, p. 79).

Em lição, Moura (2006, p. 58), ressalta:

Imprescindível reconhecer que a igualdade jurídica foi uma grande conquista, resultante da consagração das idéias iluministas do século XVIII. No entanto, essa igualdade jurídica de nada adianta, pois o ser humano aspira muito mais que uma simples igualdade formal. Ele necessita e luta por uma igualdade social e econômica, por meio da qual possa concretizar a plenitude de sua dignidade [...]

É importante destacar que os principais autores que versam sobre o assunto estudado buscam a positivação do princípio de uma forma geral, mas com análise caso a caso, verificando a relação de miserabilidade com a conduta delituosa.

Assim, diante da não-aplicabilidade do instituto da co-culpabilidade, como regra geral, por nossos tribunais, e da inadimplência estatal quanto a igualdade material, faz-se mister a previsão expressa do princípio estudado, para que seja garantido ao agente um julgamento mais justo, bem como uma maior garantia ao princípio da isonomia, não apenas no plano formal, mas também na esfera substancial.

3.3 A co-culpabilidade na execução da pena

Depois de analisadas as possibilidades de aplicação do princípio da co-culpabilidade e de abordar as hipóteses dos principais doutrinadores sobre o assunto, pode ficar no ar alguns questionamentos interessantes sobre a corresponsabilidade: O estado estaria realmente sendo responsabilizado por sua omissão apenas com a redução da pena do agente? Estaria ele sendo efetivamente responsabilizado quanto a sua falta enquanto Estado Social? O Estado, como possuidor do monopólio do jus puniendi, não estaria em contrassenso aplicando a pena em si mesmo?

Consoante Silva (2011, p. 14), a co-culpabilidade não busca atribuir culpa ao estado pelo ato inflacionário do agente, “mas responsabilizá-lo em virtude de sua ausência prévia quando não forneceu condições para que aquele indivíduo tomasse outro rumo que não o estreito caminho da conduta ilícita”.

Moura (2010) nos ensina que a co-culpabilidade não busca a coisificação do réu, mas o contrário, busca o personalismo axiológico tratado por Miguel Reale, o qual considera o ser humano de um valor de todo direito, trazendo uma maior humanização na sanção penal.

Entretanto, deve-se criar meios de compensação social, ainda que consoante a aplicação da pena, pois apenas corresponsabilizar o Estado, atenuando a pena do agente, não elimina a relação de desigualdade existente, e que em dado momento, foi determinante no cometimento do delito. Nessa linha de pensamento:

[...] é que se deve estar atento ao jus puniendis do Estado, posto que, não basta responsabilizá-lo como coculpável, tem-se, ainda, que discutir o papel do Juízo aplicador das penas, pois sendo impossível que este, na pessoa de qualquer magistrado, faça um juízo que não seja fundamentalmente ideológico, verifica-se a problemática em relação à valoração das circunstâncias judiciais, considerando em

regra que juiz e infrator estão em polos opostos socialmente, acentuando, mesmo nos casos até certo ponto objetivos como os antecedentes, julgamentos discriminatórios por parte do Estado-Juiz.(PERDIGAO, 2016, <<https://www.jurisway.org.br/>>).

Moura (2010, < <https://www.youtube.com/>>) sinaliza que a busca é de um novo paradigma para o instituto da co-culpabilidade com a consciência de que não soluciona o problema enraizado no crime de fato social, advindo por intermédio de causas sociais. Não ocorreria mudança nessas causas apenas com a legislação, pois “ [...]a questão social, ela vai além, até do jurídico. Ela influencia no jurídico, mas vai além do jurídico, e isso é competência do próprio Estado e da sociedade de tentar melhorar as condições do cidadão”.

O CEAPA - Programa Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, em parceria com o Governo do Estado de Minas Gerais, trabalha criando e gerenciando programas sociais que visam a redução da criminalidade. É um bom caminho para a humanização da pena, visto que acolhe aqueles que precisam cumprir suas penas alternativas, e acompanham-nos neste caminho, fornecendo dados necessários para a devida proteção social.

Possui uma equipe que trabalha de forma interdisciplinar, composta por profissionais com formação em Psicologia, Serviço Social e Direito que acompanham o agente no cumprimento da pena, analisando o meio social de cada indivíduo, bem como seus riscos. Assim, os técnicos do CEAPA podem identificar as demandas de cada caso, e encaminhá-las á rede de proteção mais adequada. É uma espécie de monitoramento e intervenção na realidade social do cidadão que busca resgatar o sentido educativo da pena bem como diminuir a vulnerabilidade social.

Outro modelo que procura atender as demandas sociais dos criminalizados, buscando corrigir muitos problemas decorrentes de sanções que atingem a dignidade da pessoa humana, são as APACs , espalhadas por todo o território nacional e pelo exterior. Elas buscam reintegrar os condenados a penas privativas de liberdade, de forma humanizada, ao convívio com a sociedade. Possui índice de reincidência de 30%, enquanto que nas prisões tradicionais este índice é bem mais elevado, cerca de 90%.

Consoante nossa doutrina, ainda que de certa forma escassa sobre o tema co-culpabilidade, afirma-se que a redução da pena do agente é sim uma forma de atribuir ao Estado sua responsabilização por sua omissão quanto à manutenção suficiente dos direitos tutelados.

Salo de Carvalho (2004, p. 79), de forma direta, fala que a aplicação da co-culpabilidade:

[...] possibilitaria, no interior da dogmática jurídicopenal, criar um mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado-Administração, via Judiciário, uma “sanção”, mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito que congloba, como vimos, a matriz do Estado Liberal e do Estado Social.

A própria modernização introduz perigos e inseguranças e o Direito Penal deve trabalhar se adequando a estes novos aspectos. Contudo, essa adaptação, ou contextualização em face da nova sociedade não abandona os princípios basilares do Direito Penal Garantista. O Jus Puniendi deve estar atrelado plenamente as garantias constitucionais e infraconstitucionais vigentes. Em síntese, não se abandona os conceitos fundamentais da teoria geral do delito em face dos delitos desta nova sociedade, mas que estes conceitos “ podem estabelecer interlocuções de adequação com os problemas complexos gerados e constituídos pelo tipo de criminalidade emergente”. (LEAL, 2017, p. 171).

Contudo, há de se reconhecer que nosso sistema atual não comporta poder suficiente para transformar essa corresponsabilidade em solução para os problemas de desigualdades existentes.

Esse papel cabe a um conjunto de ações, quais sejam os programas de acompanhamento de penas, ou associações de assistência aos condenados, ou uma maior dedicação do Estado quanto a políticas públicas de prevenção. Como Moura (2006) nos diz, a questão social vai além do jurídico, mas isso não impede que o estado seja responsabilizado, ainda que de forma residual, ante sua ineficiência.

CONCLUSÃO

O princípio da co-culpabilidade, que consiste na ideia de divisão de responsabilidade entre o agente e o Estado no cometimento do delito, diante da omissão deste em promover as mesmas oportunidades sociais para todos os cidadãos, surge como importante instrumento de justiça, principalmente em se tratando da tão sonhada isonomia material.

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise de como o instituto se concretiza como garantidor de princípios constitucionais quais sejam da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme nossa Constituição Federal de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com conceitos muito abrangentes, no tocante que abraça uma diversidade maior de valores presente em nossa sociedade, torna-se como um dos princípios basilares que reforçam o tema estudado, vinculando os poderes executivo, legislativo e judiciário.

A individualização da pena, presente no art. 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição de 1988, colabora com a co-culpabilidade no que tange à uma sanção mais justa e efetiva, dado o momento que reconhece os motivos pela qual o agente veio a cometer determinado delito, principalmente pela situação socioeconômica, trazendo estas condições para a esfera da individualização.

Pode-se concluir que o instituto estudado encontra formas de acolhimento e aplicação em nossa legislação, como por exemplo na Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, que trouxe mudanças significativas em vários artigos de nosso CPP, inclusive no âmbito do interrogatório judicial, possibilitando ao legislador apurar, de forma separada, a culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato ocorrido, para na sequência fazer uma melhor análise das circunstâncias judiciais.

Destaca-se também a inserção como atenuante inominada, pois, ainda que não expressa pelo legislador, submete-se ao prudente critério do julgador. Através dela o indivíduo que não desfrutou das mesmas oportunidades sociais e culturais pode encontrar uma lacuna para um julgamento mais justo através da bipartição da culpa, considerando sua condição social e econômica e a falta do Estado na tutela de direitos fundamentais assegurados por nossa Constituição.

O trabalho elucida que o instituto estudado não condiciona absolutamente a conduta do agente pela circunstância socioeconômica, negando-lhe qualquer possibilidade de autodeterminação. Defende-se a liberdade do magistrado em identificar uma relação razoável entre a omissão estatal e o fato ocorrido, uma análise caso a caso, verificando a capacidade do autor em conhecer a antijuridicidade no cometimento do delito bem como a ligação de sua conduta com a incapacidade operacional do sistema em garantir os direitos fundamentais consolidados no texto constitucional.

Contudo, pode-se constatar a não-aplicabilidade do instituto da co-culpabilidade, como regra geral, por nossos tribunais, tornando-se de suma importância a necessidade de posituação do princípio dentro de nosso ordenamento jurídico, dada a presente resistência da aplicação pelos magistrados.

Foi oportunizado, além das possibilidades de aplicação do princípio da co-culpabilidade e abordagem das hipóteses dos principais doutrinadores criminológicos sobre o assunto, alguns meios de compensação social, ainda que consoante a aplicação da pena, como o CEAPA - Programa Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, com profissionais capazes de identificar as demandas de cada caso, e encaminhá-las a rede de proteção mais adequada.

Torna-se de suma importância para a criminologia crítica esta análise do caso a caso e das situações sociais do agente no cometimento do delito, não como forma de gerar um passo a passo para a política criminal, mas de problematizar este sistema penal, instigando a reconstrução de conceitos, para que assim aconteçam mudanças de paradigmas.

Dessarte, pôde-se absorver através da pesquisa toda a importância de se instigar um questionamento investigativo acerca das causas do cometimento de determinado crime, de atentar para o contexto social ao qual o acusado está inserido, destrinchando todas as possibilidades implícitas e explícitas de se obter um julgamento justo e isonômico, considerando-se que não deve haver punição igual para aqueles que cometeram delitos diante de circunstâncias sociais completamente diferentes.

REFERENCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRANÇA, Hécio; VIEIRA NETO, João. Um avanço na busca da verdade real e a participação de advogados no interrogatório. **Revista jus navigandi**, ano 9, n.220, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4815>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Culpabilidade, graduabilidade da culpa e culpa temerária. **Revista jus navegandi**, Teresina, ano 10, n.861, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7593>>. Acesso em: 23 ago. 2006.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: Fundação escola superior do Ministério Público, 2017. Disponível em <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/responsabilidadepenal_EBOOK.pdf> Acesso em 6. Abril de 2018.

MARÇAL, F. L.; FILHO, S. S. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

NERY JÚNIOR, Néelson. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERDIGAO, Ana Carla Lobato. **A Coculpabilidade do Estado infrator**: aspectos penais. JurisWay, 2016. Disponível em:<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18846>. Acesso em: 03 de jan. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RAMALHO, JR. **Mundo do crime**: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Scielo, 2008.

RANGEL, Caio Mateus Caires. **Co-culpabilidade e a (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires: Universidade de Bueno Aires, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo em execução n. 70047398979. Agravante: Tiago da Silva. Agravado: Ministério Público. Relatora: Isabel de Borba Lucas. Porto Alegre, 21 de março de 2012. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 19 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação crime n. 70013886742. Apelante: Alexsandro Pierre Tavares Miguel. Apelado: Ministério Público. Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. Porto Alegre ,24 de abril de 2006. Disponível em : < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 22 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Embargos infringentes n. 70000792358. Embargante: Edison Santos Conceição. Embargado: Ministério Público. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre, 28 de abril de 2000. Disponível em : < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 22 de dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Wender Charles. **Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade**. Patos de Minas: Livraria do Advogado, 2011.

SPOSATO, Karyna Batista. **Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.13, n. 56. p. 33-59, set./out. 2005.

Thomé, Livia Cynara Prates. **A vulnerabilidade como atenuante inominada: uma resposta à deslegitimação do sistema penal**. Porto Alegre. Disponível em : < <http://www3.pucrs.br/>>. Acesso em 22 de dez. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.