



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALLANA CRISTINA FERRAZ FERREIRA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**BARBACENA
2017**

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Allana Cristina Ferraz Ferreira¹
Josilene Nascimento de Oliveira²

RESUMO

Como se sabe, o Estado não tem cumprido sua missão de efetivar políticas públicas que possibilitem uma existência digna a todos, fazendo com que surjam desigualdades socioeconômicas. Em decorrência dessa omissão, o Estado também acaba por suprimir do cidadão a possibilidade de inserção social e, considerando que o meio no qual o indivíduo está inserido condiciona a formação de sua personalidade e é determinante para escolha do seu comportamento, ele acaba se envolvendo no crime. Trata-se de artigo de revisão bibliográfica e jurisprudencial cujo objetivo é a análise da possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal Brasileiro e em que extensão, como forma de o Estado ser corresponsabilizado em decorrência do cometimento de infração penal por pessoas socialmente marginalizadas. Através de pesquisa, foi verificado que a incidência desse princípio ainda ocorre em poucas hipóteses. Contudo, ao final, conclui-se que é possível sua aplicação no ordenamento jurídico como circunstância atenuante da pena, em razão do disposto no artigo 66 do Código Penal, apesar de ser necessária sua posituação de forma mais categórica a fim de ser um mecanismo eficiente para a concretização do Direito Penal Mínimo.

Palavras-chave: Omissão estatal. Co-culpabilidade. Aplicação.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal constitui a seara mais severa do Direito Brasileiro e foi criada para solucionar ofensas aos valores sociais e construir uma proteção eficaz aos bens jurídicos mais importantes para a convivência harmoniosa em sociedade. No entanto, para garantir a própria justiça, o Direito Penal está submetido a uma série de princípios penais, com essências constitucionais, que visam garantir a adequação social da norma jurídica, limitando, através deles, o poder punitivo do Estado.

1 Acadêmica do 10º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC - Barbacena / MG. E-mail: allana.ferraz@yahoo.com.br

2 Professora Orientadora. Especialista em Ciências Criminais pela UNESA. Professora de Direito Penal e Processual Penal do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena / MG. E-mail: josinoliveira@gmail.com

Os princípios constitucionais refletem o rompimento com o regime de exceção ditatorial, consagrando, pois, a liberdade, a igualdade e principalmente a defesa do cidadão diante das ingerências do Estado.

Neste contexto, está inserido o princípio da culpabilidade, que é um dos pilares sustentadores do sistema penal. Segundo este, é necessário para existência de um crime e sua consequente punição a presença da culpabilidade, portanto, impõe a necessidade de haver culpa em sentido amplo – incluindo aí o dolo e a culpa em sentido estrito – para que o agente cometa um delito e seja por ele punido.

Ainda, no mesmo seguimento, está introduzido o princípio da igualdade, que constitui princípio fundamental do País, haja vista estar incluído no título I da Carta Magna, “Dos Princípios Fundamentais”. Vale dizer que o aludido princípio denota bem o espírito de um Estado Social Democrático implantado pelo constituinte originário na Constituição de 1988 e coloca-se no fato que pessoas na mesma situação devem ser tratados igualmente e os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade, ou seja, o Estado não pode criminalizar de maneira diversa condutas que se encontram na mesma situação jurídica.

Todavia, o grande problema do princípio exposto é que o legislador deve buscar não só a igualdade formal, mas também a igualdade substancial, e esta, é a igualdade buscada pela adoção da co-culpabilidade.

Desta forma, vislumbrando a importância de se reduzir as desigualdades na esfera jurídica, surge a co-culpabilidade que impõe uma redução na culpabilidade dos cidadãos quando do cometimento de infrações penais, como consequência da omissão de um Estado que, reiteradamente, não cumpre suas obrigações de promover os direitos constitucionais assegurados na Constituição Federal de 1988, acarretando, ainda, a responsabilização solidária da sociedade no abandono dos excluídos sociais.

A co-culpabilidade deve ser tratada como uma forma de compensação para os indivíduos socialmente excluídos, haja vista que essa exclusão influencia diretamente na forma com que essas pessoas vislumbram certos delitos, pois, muitas vezes, crescem e são educadas em locais em que a

prática de determinados crimes são costumeiras, corriqueiras e fazem parte do dia-a-dia.

O reconhecimento do princípio da co-culpabilidade é o ponto de inicial para introdução de mudanças nessa realidade evidente que assola o País, modificando a maneira como o Direito trata aqueles considerados à margem da sociedade e para o desenvolvimento de novos mecanismos para solucionar tais questões.

2 OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Os princípios são normas basilares dentro de qualquer ordenamento jurídico. A Constituição Federal preconiza no seu artigo 4º: “[...] Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. [...] “

A palavra princípio tem origem etimológica do latim *principium*, que significa base, origem, início. Pode-se perceber que as ideias matrizes da palavra princípio ainda permanecem nos dias atuais, quais sejam: alicerce, fundamento, generalidade, e ainda, a palavra se estende a todas as ciências adquirindo aspecto especial na Ciência Jurídica, já que é dotada de coercibilidade e normatividade.

Nas palavras de Moura, (2014, p.26):

[...] Com efeito, do Direito, os princípios são os fundamentos, bases ou alicerces do ordenamento jurídico, visando à unidade, integridade, harmonia, e coerência ao sistema jurídico. Hoje, os princípios jurídicos assumem papel muito importante no Direito, uma vez que a inflação legislativa faz com que o jurista se volte para as noções principiológicas, pois, do contrário, se tornará mero pesquisador de leis, e não um verdadeiro conhecedor do Direito. Os princípios jurídicos possuem várias funções, quais sejam: diretiva, interpretativa, informativa, integrativa, normativa, unificadora, coercitiva, dentre outras. Desta feita, os princípios dão ao jurista a formação humana necessária para aplicar, interpretar, criar, isto é, fazer o verdadeiro Direito. Com efeito, o jurista deixa de ser mero burocrata do Direito (um matemático das leis). [...]

Dentre os vários princípios constitucionais que norteiam o Direito Pátrio, é válido salientar dois, que estão intimamente ligados ao estudo da co-culpabilidade, quais sejam: o da igualdade e o da culpabilidade.

O princípio da igualdade foi consagrado pela Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso I:

[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. [...]

O aludido princípio é fundamentado no pensamento de que todos os seres humanos nascem iguais e, por tal razão devem dispor das mesmas oportunidades de tratamento. Tal princípio deve ser analisado sob dois enfoques interligados entre si: uma igualdade entendida como formal e outra considerada como material.

A igualdade formal, diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, impede privilégios a qualquer grupo e proíbe tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios como raça, sexo, classe social, religião e convicções filosóficas e políticas, conforme dispõe o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Já a igualdade material pressupõe que as pessoas inseridas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, servindo de instrumento de concretização da verdadeira isonomia.

Nesse sentido, afirma Lenza (2009, p. 679):

[...] O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (2009, p. 679). [...]

Lado outro, o princípio da culpabilidade também é de importância inquestionável para o justo propósito do Direito Penal.

A culpabilidade é um elemento normativo, compreendida como o juízo de censura, o grau de reprovação em relação à conduta praticada. Caberá ao magistrado, ao analisar o caso concreto, verificar a existência dos elementos que a compõem, quais sejam: a imputabilidade do agente infrator, a sua capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta e a possibilidade de

exigir atitudes conforme determina a lei. Sem qualquer desses elementos a culpabilidade será excluída. Ainda que uma conduta constitua fato típico (previsto em lei) e antijurídico (contrário ao ordenamento jurídico), não será passível de punição se não houver a culpabilidade.

De acordo com ensinamento de Moura, (2014, p.51-52)

[...] O princípio da culpabilidade exerce seis funções no nosso Direito Penal, a saber:

a.elemento do conceito analítico de crime – crime é fato típico, antijurídico e culpável; b.fundamento da pena – não basta que o fato seja típico e antijurídico, é preciso que haja culpabilidade – juízo de valor que reprova socialmente o injusto; c.limite e medida da pena – ou seja, o agente só pode ser punido na medida de sua culpabilidade. Vê-se aqui a sua ligação com o princípio da suficiência e da necessidade acima exposto – ver arts. 29 e 59 do Código Penal; d.atua na aplicação da pena, ou seja, a culpabilidade também é utilizada como circunstância judicial na fixação da pena-base pelo magistrado na forma do artigo 59 do Código Penal; e.veda a responsabilidade objetiva do cidadão – com a transposição do dolo e da culpa para o tipo penal, não há o cometimento de fato típico sem culpa em sentido amplo; f.veda a culpabilidade de autor e consagra a culpabilidade de fato – o agente responderá pelo fato que efetivamente cometeu e não pela pessoa que ele é (conduta de vida, aspectos morais, etc.). Daí a não intervenção penal em casos como os antigos crimes de bruxaria, heresia, prostituição, punidos outrora. [...]

Bitencourt (2002, p.14-15) esclarece que a culpabilidade no Direito Penal Pátrio recebe um triplo sentido: como fundamento da pena, como elemento da determinação ou medição da pena e como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Confira-se:

[...] Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena [...]

Independente da forma como os doutrinadores subdividem o princípio da culpabilidade, com a sua consagração no sistema penal pátrio, temos mais uma limitação ao direito de punir do Estado, daí a garantia constitucional e penal do cidadão ciminoso diante do incessante direito de punir estatal, ao qual se acrescentará o princípio da co-culpabilidade.

3 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Realizadas as considerações iniciais acerca dos princípios da igualdade e da culpabilidade, passa-se à análise do princípio da co-culpabilidade, que, de antemão, vale dizer, está interligado de forma sólida aos princípios já abordados.

A origem histórica do princípio da co-culpabilidade está diretamente ligada ao surgimento do Estado Liberal, bem como às idéias iluministas consagradas no século XVIII.

O conceito do princípio da co-culpabilidade consiste na co-responsabilidade do Estado, pela prática de condutas criminosas por indivíduos marginalizados, que não tiveram acesso à educação, oportunidades de emprego, saúde, moradia, dentre outros direitos que deveriam ser promovidos pelo Estado.

A co-culpabilidade penal é construção da cátedra de Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 547), que assim a conceituam:

[...] Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no memento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar [...]

Moura (2006, p. 455), por sua vez, discorre sobre o tema de forma brilhante:

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

Destarte, a teoria da co-culpabilidade vem apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser imputada à sociedade e, em última análise, ao Estado, quando da prática de determinados delitos pelos cidadãos marginalizados, que tem a sua autodeterminação reduzida pela falha na

aplicação do princípio constitucional da igualdade por parte do ente estatal, ao não tornar efetivos direitos sociais assegurados na Constituição Federal.

4 APLICABILIDADE IMEDIATA E POSSÍVEL POSITIVAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os princípios constitucionais possuem um papel de destaque na Constituição Federal de 1988, tratando-se de verdadeiras normas imperativas para todo o ordenamento jurídico.

O princípio da co-culpabilidade não está explícito no texto da Carta Magna. Trata-se de um Princípio Constitucional implícito, decorrente de outros princípios do diploma citado como o da legalidade, da individualização da pena e da culpabilidade. (MOURA, 2015).

Apesar de não estar previsto na lei penal, a sua positivação no Direito Penal Brasileiro beneficiaria os apenados, que teriam reconhecida sua situação de miserabilidade social e, conseqüentemente, reduzida ou até mesmo extinta suas punições em casos excepcionais e, desta forma, contribuiria para todo o sistema penal, que passaria a estar em conformidade com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Apesar de ainda ser um tema pouco abordado pela doutrina e jurisprudência pátrias, alguns doutrinadores, mais atuais e visionários, já tratam do assunto, reconhecendo sua existência, bem como sua eficácia.

Nesse sentido, Greco (2006, p.455) preleciona:

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

O princípio da co-culpabilidade estava inicialmente previsto no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, que previa expressamente sua positivação como circunstância judicial prevista no artigo 59 do CP, onde o magistrado, para fins de aplicação da pena, deveria levar em conta as oportunidades sociais oferecidas ao réu.

Porém, através de alterações realizadas no Senado Federal, tal dispositivo não apresenta mais o princípio concretizado em seu texto, o que foi uma grande perda ao projeto de reforma do Código Penal.

Greco (2002, p.469) elucida a finalidade básica da co-culpabilidade:

[...] 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 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 apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. [...]

Não pairam dúvidas quanto à importância da co-culpabilidade. Para aqueles que defendem sua aplicabilidade, sustentam sua incidência com base no artigo 66, do CP, o qual se refere às circunstâncias atenuantes inominadas, haja vista que a redação do referido dispositivo permite que o magistrado leve em consideração na pena outra circunstância relevante não prevista expressamente em lei.

Mesmo que não estando positivado de forma categórica no Código Penal, a jurisprudência, de forma singela, tem aplicado o princípio da co-culpabilidade, fundamentando sua incidência no artigo 66 do CP. Registre-se:

APELAÇÃO - FURTO - PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICAÇÃO - TENTATIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CO-CULPABILIDADE - RECONHECIMENTO PARA FINS DE PROPORCIONALIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - PENA-BASE EXACERBADA - DIMINUIÇÃO - REINCIDÊNCIA - AUMENTO EXACERBADO DA PENA-BASE - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - AUMENTO MÁXIMO DE 1/6 SOBRE A PENA-BASE. Sendo o conjunto probatório idôneo a comprovar autoria e materialidade deve ser mantida a sentença condenatória. Não se pode reconhecer a incidência do princípio da insignificância quando o valor da res furtiva é de quarenta reais, superando, em muito, o critério balizador do crime de bagatela, ou seja, dez por cento do salário mínimo vigente à época dos fatos. A consumação do crime de furto verifica-se quando o agente retira o bem da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por pouco tempo, não sendo necessária a posse mansa e pacífica. Sendo a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a pena-base da privativa de liberdade deve ser fixada no mínimo legal. É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na

vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito. Apesar de nosso Código Penal não determinar qual a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes, doutrina e jurisprudência majoritárias tem aceitado que a variação dessas circunstâncias, atendido o princípio da razoabilidade, não deve modificar a pena-base, em mais de 1/6 (um sexto). V.V.P: APELAÇÃO - FURTO – CIRCUNSTÂNCIAS (TJ-MG 107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007).

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 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o consequente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros 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. (16fls.). (Apelação Crime nº 70002250371, Quinta Camara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/3/2001). Apelação-crime nº70002250371.

Em contrapartida, os tribunais e magistrados ainda mostram-se resistentes quanto à aplicação da co-culpabilidade em casos concretos, argumentando que diante da inexistência de elementos probatórios da extremada pobreza do acusado, imposta pela sociedade injusta que lhe sonegou oportunidades sociais, econômicas e políticas de ser um cidadão e ainda, diante da inexistência de previsão legal que ampare a aplicação, o reconhecimento da co-culpabilidade como circunstância atenuante inominada não deve ser alcançado. Registra-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA - VALIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO CABIMENTO NO CASO CONCRETO - RECONHECIMENTO DA CO-CULPABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. I - A confissão vale não pelo lugar ou momento em que é pronunciada, mas pela força de convencimento que nela se contém. Estando corroborada pelos demais elementos de convicção careados ao feito, a auto-incriminação extrajudicial deve prevalecer sobre a retratação posteriormente ofertada, que se mostrou solteira e sem amparo nos autos. II - O crime, como fato social que é, deve ser

apreciado em sua inteireza, devendo a aplicação do princípio da bagatela nortear-se não só pela afetação do bem jurídico ou desvalor do resultado, mas também pelo desvalor da ação, pelas circunstâncias do crime, pela repercussão na esfera da vítima e pelos antecedentes do acusado. III - A co-culpabilidade é impossível de ser reconhecida quando inexistem elementos probantes da forçada e extremada pobreza do acusado, imposta pela sociedade injusta que lhe sonhegou oportunidades sociais, econômicas e políticas de ser um cidadão livre para obedecer ao Direito. IV - Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos. V - Nos termos da Lei nº 14.939/03 - art. 10, II -, há que se deferir a isenção das custas processuais ao increpado assistido pela proficiente Defensoria Pública. VI - Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - APR: 10024061192902001 MG, Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento: 22/05/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/05/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO – INCONFORMISMO DOS RÉUS – MÉRITO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA – PROVAS APTAS A EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – DOSIMETRIA – PRIMEIRO RÉU – PEDIDO DE AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL E DAS QUALIFICADORAS – INADEQUADO – CRIMES PRATICADOS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO CONTRA DUAS VÍTIMAS INTELIGÊNCIA DO ART. 70 DO CÓDIGO PENAL INCIDÊNCIA DO CONCURSO FORMAL – COMPROVAÇÃO DO USO DE ARMA DE FOGO E DE CONCURSO DE PESSOAS – PLEITO PELO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E CO-CULPABILIDADE ESTATAL – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO JÁ RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – NÃO RECONHECIMENTO DE CO-CULPABILIDADE ESTATAL PORQUE INEXISTE PREVISÃO LEGAL QUE A AMPARE – PEDIDO COMUM AOS DOIS RÉUS – APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL CONSIDERANDO-SE FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PARCIALMENTE PROCEDENTE – CIRCUNSTÂNCIAS EM SUA MAIORIA FAVORÁVEIS – READEQUAÇÃO DA PENA-BASE – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. No caso dos autos, a autoria de ambos os apelantes restou indene de dúvidas, impossibilitando a aplicação do princípio do in dubio pro reo e consequente absolvição. 2. Assim como a autoria, as qualificadoras restaram sobejamente demonstradas, mantendo-se sua incidência ao caso. 3. Constatou-se que o delito fora praticado contra mais de uma vítima, configurando o concurso formal de crimes, impondo-se sua aplicação na dosimetria da pena. 4. A atenuante de confissão espontânea foi reconhecida na sentença e aplicada no quantum ora requerido, razão pela qual o pedido está prejudicado. Já quanto a atenuante de co-culpabilidade estatal verifica-se que embora tratada pela doutrina, ela não se aplica aos casos concretos diante da ausência de previsão legal. 5. Necessário se faz o redimensionamento de ambas as penas-bases, ao passo que as circunstâncias judiciais se mostraram em sua maioria favoráveis aos réus, passando a pena total do primeiro apelante ao montante de 06 (seis) anos 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e de 08 (oito) anos 06 (seis) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão para o segundo apelante, ambas a serem cumpridas em regime inicialmente fechado. 6. Permanecendo inalterados os demais pontos da sentença, em especial a obrigação ao pagamento de 60 (sessenta)

dias-multa, na razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, a cada um dos apelantes. 7. Sentença modificada em parte. (Ap 24781/2012, DES. GÉRSO FERREIRA PAES, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 01/08/2012, Publicado no DJE 10/08/2012) (TJ-MT - APL: 00020665720108110086 24781/2012, Relator: DES. GÉRSO FERREIRA PAES, Data de Julgamento: 01/08/2012, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/08/2012).

Como visto, a doutrina tem admitido a aplicação do princípio co-culpabilidade como circunstâncias atenuantes inominadas, com base no artigo 66 do CP, porém, Moura (2015) admite a possibilidade de a posituação da co-culpabilidade no Código Penal através de diversos outros mecanismos, que serão abordados a seguir.

Uma das formas de previsão legal seria como causa de diminuição de pena prevista no artigo 29 do CPB, inserindo um parágrafo, em que ficaria estabelecido que, se o crime fosse cometido em razão ou estando em situação de miserabilidade, a pena poderia ser reduzida de 1/3 a 2/3, desde que tais condições tivessem relação direta com a prática do crime.

A segunda poderia ser como circunstância do artigo 59 do CPB, a ser considerada na fixação da pena-base, que era o que estava previsto no Projeto de Lei n. 236/2012.

Tal previsão não teria tamanha eficácia, haja vista que, nas hipóteses em que a pena na primeira fase de aplicação fosse estabelecida no mínimo legal, a existência dessa circunstância não poderia conduzi-la aquém da prevista pelo legislador.

Uma outra possibilidade seria como circunstância atenuante do artigo 65 do CPB. Contudo, também haveria o problema da efetividade de sua incidência quando a pena-base fixada fosse a mínima legal, já que não poderia ser aplicado abaixo do patamar mínimo estabelecido pelo legislador, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Outra maneira de posituação seria como causa de exclusão da culpabilidade prevista no artigo 29, do CP, restando afastada a aplicação de qualquer espécie de sanção penal, que não mereceria qualquer reprovação em razão da conduta típica e antijurídica, diante da análise do estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do infrator.

Independente da forma na qual ocorra a inclusão da co-culpabilidade no ordenamento jurídico, o aplicador deverá atentar-se para o fato de que o estado de miserabilidade do agente deve ser uma das causas determinantes do crime.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que em um país onde os direitos sociais básicos como educação, saúde, moradia e emprego, não são acessíveis a toda população, aqueles que não os acaalam, acabam marginalizados pela sociedade.

O Estado é omissor no cumprimento do dever de combater o aumento das desigualdades, desta forma, o agente marginalizado muitas das vezes torna-se transgressor e entende que sua conduta desviante é uma conduta banal, dada a convivência diária com o crime e com a violência.

Desta forma, não podemos perder de vista a amplitude do fator social que incide nas condutas antijurídicas imputadas ao cidadão comum, cujos direitos foram e ainda são sonegados pela falta de atuação do Estado que deveria, por força da Constituição Federal, oferecê-los a todos de forma indistinta.

Nesse passo, é imprescindível a ocorrência de uma reformulação do Direito Penal Brasileiro para que sejam respeitados de forma absoluta os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana e para que a reprovação penal não ocorra apenas com base no contexto probatório, mas também seja considerada a personalidade do agente e o contexto social no qual ele está inserido.

Como forma de amenizar as distorções trazidas pela seletividade social, inatividade estatal e, para que a punição estatal não mais utilize o Direito Penal como primeira *ratio jûris*, defende-se a aplicação do princípio da co-culpabilidade.

Como visto, já vem sendo aplicado, ainda de modo tímido, na jurisprudência como circunstância inominada do art. 66 do Código Penal, que vislumbra a possibilidade de uma circunstância mesmo não especificada pelo legislador, atenuar a pena que será imposta.

Porém, conforme grande parte da jurisprudência pátria, magistrados e juristas deixam de reconhecê-la e aplicá-la ante a falta de positivação no

ordenamento jurídico, o que torna sua positivação de forma categórica indispensável.

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY IN BRASILIAN LAW

ABSTRACT

It is known, the State has not fulfilled its mission of implement public policies that enable a dignified existence for all, causing socioeconomic inequalities. As a result of this omission, the State also suppress the possibility of social insertion of the citizen and, considering that the environment in which the individual is inserted, determines the formation of his personality and is decisive to the choice of his behavior, he ends up getting involved in crime. It is a bibliographical and jurisprudential review article whose aim is the analysis of the possibility of applying the principle of co-culpability in Brazilian Criminal Law and in what extension, as a way for the State be co-responsible as a result of the commitment of criminal infraction by people socially marginalized. Through the research, it was verified that the incidence of this principle still occurs in few hypotheses. However, in the end, it concludes that it is possible his apply in the legal order as an attenuating circumstance of the penalty, due to the provisions of article 66 of the Penal Code, although its positivation in a more categorical way is necessary in order to be an efficient mechanism for the concretization of the Minimum Criminal Law.

Key-words: state omission. Co-culpability. Application.

REFERÊNCIAS

LIMA, Fernanda da Costa. **O princípio da igualdade e a seletividade no direito penal.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9313/O-principio-da-igualdade-e-a-seletividade-no-direito-penal>> Acesso em 17/11/2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I, p. 14-15.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 547.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012:** (Novo Código Penal). Institui a Reforma do Código Penal Brasileiro. Autoria: José Sarney. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 17 novembro 2017.

MOURA, Grégore Moreira. **Do Princípio da Co-culpabilidade no direito penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. **DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS.** Apelação Criminal n.º 70060827029. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. Caxias do Sul, 08 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151190958/apelacao-crime-acr-70060827029-rs/inteiro-teor-151190968?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul TJ-MT.** Apelação Criminal n.º 00020665720108110086 24781. Relator: Desembargador Gérson Ferreira Paes. Nova Mutum, 10 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334959759/apelacao-apl-20665720108110086-24781-2012?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG.** 4ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 10024061192902001. Relator: Desembargador Eduardo Brum. Belo Horizonte, 29 de Maio de 2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498489/apelacao-criminal-apr-10024061192902001-mg>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG**. 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 1070206296608. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 27 de Março de 2007. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5910647/107020629660810011-mg-1070206296608-1-001-1/inteiro-teor-12047100?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.
