



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JOSÉ JORGE DA SILVA PIRES

**DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E BREVES REFLEXÕES
DE SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2016

JOSÉ JORGE DA SILVA PIRES

**DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E BREVES REFLEXÕES
DE SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, como requisito do Curso de Graduação.

Orientando: José Jorge da Silva Pires.

Orientador: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

Área de Concentração: Direito Penal.

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

Assis

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

P667p

PIRES, José Jorge da Silva.

Do Princípio Da Co-Culpabilidade e Breves Reflexões de sua Aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro / José Jorge da Silva Pires. – Assis, 2016.

42p..

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA.

1. Sociologia Criminal, 2. Co-Culpabilidade.

CDD: 341.5973

Biblioteca da FEMA.

**DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E BREVES
REFLEXÕES DE SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

JOSÉ JORGE DA SILVA PIRES

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis,
como requisito do Curso de Graduação analisado
pela seguinte comissão examinadora:**

Orientador (a): Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

Analisador (a): _____

Assis

2016

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus amigos, que ao lerem esta breve e singela homenagem, no mais íntimo, identificar-se-ão, pois foram eles os únicos que acreditaram, e ainda acreditam, em meu potencial, mesmo quando ninguém mais fizera.

Os únicos conhecedores das angústias vividas, bem como dos sofrimentos pujantes do caminhar da vida. O filósofo, Francis Bacon, com maestria ensinou-nos: “Não há solidão mais triste do que a do homem sem amizades. A falta de amigos faz com que o mundo pareça um deserto”.

Hoje chego a esta dedicatória graças a vocês, espero não ser última, bem afastado do deserto. Obrigado por todo apoio e conhecimento compartilhado.

Agradecimentos

A todos aqueles que desprender irão um tempo para descobrir o que este singelo e acanhado trabalho possui a oferecer.

A todos os meus amigos que se encontram dentro e fora do mundo jurídico sempre me direcionando nesse mundo tão tortuoso.

Aos meus professores que, ao longo desses anos, não perderam a paixão pela arte que é a docência, mesmo quando tudo conspirava para esse triste fim.

O meu mais verdadeiro obrigado.

“Palavra puxa palavra, uma ideia traz outra, e assim se faz um livro, um governo ou uma revolução”

Machado de Assis.

RESUMO

Este presente trabalho tem por desiderato a análise do princípio da co-culpabilidade e sua possível aplicação no direito penal brasileiro, visando a reconhecer, assim, a parcela de culpa Estatal pelas infrações penais praticadas por indivíduos excluídos e marginalizados socialmente. Em um primeiro ponto analisar-se-á o princípio da co-culpabilidade, partindo da morfologia da palavra, passando pela origem histórica, sua conceituação no mundo jurídico penal, chegando ao ponto de impacto com o neoconstitucionalismo. Já a segunda premissa consistirá em relacionar o princípio da co-culpabilidade com os princípios que exaram a sua sustentação no mundo jurídico. Por fim, se vislumbrar-se-á os pontos de convergência de aplicabilidade, pelo menos os mais expressivos, entre o princípio da co-culpabilidade e o ordenamento jurídico penal brasileiro.

Palavras-chaves: Co-Culpabilidade; Princípio; Direito Penal.

ABSTRACT

The present study analyses the principles of culpability and its possible application on the Brazilian criminal law. It seeks to recognize the amount of guilt of the State towards infractions practiced by socially excluded and marginalized individuals. First, the principles of co-culpability will be analyzed, considering the word's morphology, its historical origins, and its concept inside the environment of criminal law, reaching the impact point with neoconstitutionalism. The second part of the study will relate the principles of co-culpability with the principles that reflect its sustentation in the law environment and, therefore, its relations. Lastly, the points of applicability convergence will be presented, at least the most expressive ones, regarding the principals of co-culpability and the ordination of the Brazilian criminal law.

Keywords: co-culpability; principle; criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 – DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE.....	12
1.1.Princípios.....	12
1.2.Análise Morfológica da palavra co-culpabilidade.....	14
1.3.Origem histórica do Princípio da co-culpabilidade.....	15
1.4.Princípio da co-culpabilidade.....	17
1.5.Neoconstitucionalismo e sua incidência no princípio da co-culpabilidade....	21
2 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE ..	23
2.1.Do Princípio da Igualdade	24
2.2.Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	28
2.3.Do Princípio da Individualização da Pena	32
2.4.Do Princípio do Pluralismo Jurídico.....	33
3 – POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	34
3.1.A co-culpabilidade e o artigo 59 do Código Penal.....	34
3.2.A co-culpabilidade e o artigo 65 do Código Penal.....	35
3.3.A co-culpabilidade e o artigo 29 do Código Penal.....	36
3.4 A co-culpabilidade e a Exclusão de Culpabilidade.....	37
3.5 A co-culpabilidade e o artigo 66 do Código Penal.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo a ser tratado por este trabalho se torna de difícil análise, pois o princípio ora discutido, ou seja, o da co-culpabilidade, ainda não despertou entre os estudiosos uma reflexão e discussão aprofundada dentro do direito penal Brasileiro. O mesmo, ainda pouco manuseado, faz-se na própria doutrina alienígena, seja por falta de ideias ou por se opor aos ideais que esse princípio visa propagar, já impregnados na sociedade, das classes detentoras do poder.

A co-culpabilidade visa abarcar a parcela de culpa de um Estado omissivo em face de um sujeito infrator marginalizado socialmente, mais precisamente em face do ente soberano – Estado – que deveria cuidar para que isso não ocorresse.

Há a constatação de uma grande problematização, que torna bem árida a área de estudo do presente trabalho.

Sendo esse tema pouco difundido, seja no meio acadêmico, jurisprudencial ou até mesmo doutrinário, torna-se ainda mais árduo o trabalho do princípio da co-culpabilidade em face ao nosso ordenamento jurídico, pois poucos estudos, com embasamento jurídico, filosófico e sociológico se encontram para o mesmo. E por ser esse, ainda, pouco estudado e difundido que se abre, para os poucos estudiosos, inúmeras possibilidades de viabilidade e de soluções para o problema do abandono Estatal que potencializa as condutas criminosas, tão nítido, em face dos excluídos socialmente.

Posto isso, o estudo jurídico-social a ser feito no presente trabalho visará apresentar o princípio da co-culpabilidade - indicando a sua problemática, ou seja, da seletividade e marginalização que acaba sendo permeada e não mitigada pelo ente Estatal – e buscar sua eficácia no campo prático, abandonando assim apenas o teórico, tendo por objetivo precípuo solucionar o problema social que lhe dá efetividade ou até mesmo minorar os mesmos.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará as particularidades do princípio da co-culpabilidade; O segundo ponto apresentará a relação entre a constituição de 1988 e o princípio em discussão – co-culpabilidade – demonstrando, assim, os

princípios que fundamentam sua existência no ordenamento jurídico brasileiro. E por fim, em um terceiro capítulo, demonstrar-se-á a viabilidade de aplicação do princípio em voga, no sistema penal brasileiro, seja pela necessidade de modificação legislativa, ou, ainda, por meio de reconhecimento de previsão implícita na legislação infraconstitucional penal.

1 – DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Neste primeiro capítulo trataremos da origem e evolução da palavra princípio para assim analisarmos o princípio da co-culpabilidade em sua origem histórica, morfológica, conceituação, até chegarmos, desde que admitido a sua existência, à relação com o Neoconstitucionalismo.

1.1 PRINCÍPIOS

Princípio derivado do latim *principium*, que o significado prevalece nos tempos atuais com a mesma essência dos tempos antigos, ou seja, o de origem, início, fundamentos, mas só que com algumas peculiaridades.

Uma comprovação, de suma importância, desse instituto, hoje mais difundido e discutido no mundo jurídico, é a sua existência e utilização ao longo da história do pensamento, tendo sido objeto de indagações por Platão, Aristóteles passando até mesmo por Kant, chegando aos tempos atuais e assim à ciência jurídica. (ABBAGNANO, 1999, p. 806).

Os princípios para o direito servem como base para criação e manutenção do ordenamento jurídico. Servem, também, como base de freios e contrapesos ao próprio poder punitivo do Estado, se visto sob a égide penal, assegurando aos cidadãos garantias inerentes a condição humana. Para o penalista Brasileiro, CLEBER MASSON, seguidor dessa ideia, princípios são “Valores fundamentais que inspiram a criação e manutenção do sistema jurídico”. (MASSON, 2014, p.21).

O grande Jurista, ROBERT ALEXY, em face de um estudo jurídico deontológico, também buscou conceituar o que se entende por princípios. Para esse, princípios são (ALEXY, 2008, p.90):

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

Por esses princípios possuírem extremo grau de abstração acabam por possuir uma aplicabilidade também mais ampla, permitindo assim uma melhor aplicação, para o caso concreto, pelo intérprete.

Com maestria, para uma devida compreensão sobre esse instituto tão abstrato, há a necessidade de analisar-se a definição cedida pelo grande jurista, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, 2002, p.807-808):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário -que há por nome sistema jurídico positivo.

Concluimos que há uma vasta gama de significados para o que se tem por princípios, mas precisamos achar o ponto em comum entre os mesmos para, assim, podermos chegar ao cerne do presente trabalho.

Princípios, visando uma ligação entre tantos conceitos difundidos entre o mundo jurídico e filosófico e por conta de sua tão elevada abstração, são mandamentos nucleares, fios de condução e harmonização de todo um sistema ou ordenamento jurídico, que devem ser vislumbrados para a criação e manutenção desses e que deverão ser sempre vistos como um fim maior a ser buscado.

1.2 ANÁLISE MORFOLÓGICA DA PALAVRA CO-CULPABILIDADE

Sabemos que a linguagem, hoje, ocupa um espaço de extrema importância para as ciências em gerais, mas, principalmente, para a ciência jurídica.

A partir dessa premissa faz-se necessário uma análise buscando uma justificativa para o termo co-culpabilidade presente nesse trabalho. Ressaltamos, ainda, que inúmeros sinônimos são dados a esse referido princípio, como culpabilidade pela vulnerabilidade, culpabilidade delinquencial atenuada, exigibilidade social dentre outros. (MOURA, 2015, p.62)

Em um primeiro ponto, o prefixo “co”, exsurge a ideia de que o Estado estaria ligado e participaria, mesmo que não de forma direta, sendo assim, também responsável pela prática de infrações penais por essa parcela marginalizada da sociedade. O prefixo “co” deve ser entendido como junto, ligação, elo, que divide algo dentre outros sinônimos para esses.

Complementando esse prefixo, temos o termo, já bem difundido no mundo penal, *culpabilidade*. Embora essa seja difundida de forma bem vasta pelo direito penal, o seu significado para o princípio em questão arrasta outro sentido. O sentido buscado para ele seria, de forma indireta responsabilizar o estado por conta de sua ineficiência no desempenhar de suas funções constitucionalmente consagradas – como ocorre com os objetivos fundamentais – tendo, por efeito, consequências que vão desde a aplicação da pena chegando a sua execução.

Mesmo o termo - co-culpabilidade - não sendo o mais adequado para expressar o seu real fundamento basilar, esse acaba sendo o mais empregado, levando em conta a tradição de utilização do mesmo em diversas obras jurídicas e legislações que o consagram. (MOURA, 2015, p.64)

Termo este, que será empregado ao longo do presente trabalho que, em resumo, ainda nas palavras do estudioso sobre o assunto GRÉGORE (MOURA, 2015, p.63)

(...) não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas apenas se reconhece a sua inoperância em cumprir seus deveres, o

que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social ao acusado.

A partir dessa análise morfológica, torna-se menos árdua a busca de uma definição, mesmo com as inúmeras barreiras encontradas, para o princípio da co-culpabilidade.

1.3 - ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

De difícil definição precisa é a origem histórica do princípio da co-culpabilidade, tendo em vista que grande parte dos estudiosos do tema imputam a criação desta como sendo de autoria de, Eugenio Raúl Zaffaroni, grande penalista argentino.

Assim ocorre, pelo fato do argentino sempre se encontrar envolvido em temas sociais ligados ao direito penal, como ocorre com o próprio princípio da co-culpabilidade, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes.

Outra parte, não tão expressiva quanto a primeira, defende que ZAFFARONI apenas foi o difusor, embaixador, dessa tese dentro da ciência penal, sendo originada por JEAN PAUL MARAT.

MARAT criou, no ano de 1780, o chamado “Plano de Legislação Criminal” que, em um primeiro ver, fazia uma análise da ordem social da época.

O autor, em sua obra, constatou que os indivíduos, ora marginalizados na sociedade, não possuíam a garantia de seus mínimos direitos fundamentais, ou seja, que seriam ínfimos em algumas situações ou até mesmo nem existiriam, pois não seriam obrigados a respeitar a lei e, por consequência, não são suscetíveis às sanções.

Vale transcrever alguns de seus pensamentos que exteriorizam, para essa corrente, o nascimento do que chamado princípio da co-culpabilidade (MARAT, 2008, p.32):

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino

Relata ainda, a ineficiência Estatal, como um dos pontos de ignição da criminalidade (MARAT, 2008, p.32):

Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidade e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza

O autor visa a compreensão de que apenas após cumprida todas as obrigações com os seus membros – cidadãos – é que o Estado poderia punir, exercendo assim, o seu “*JUS PUNIENDI*” em face dos infratores. Acrescenta, ainda, que se houvesse uma investigação acerca da vida do infrator se constataria o não provimento de educação, sendo esse privado de fonte essencial para afastá-lo do caminho sedutor da criminalidade. Constatação que torna inegável, tendo em vista o quadro atual de nossa sociedade contemporânea. (MARAT, 2008, p.32-33).

Mister, para compreensão do cerne da questão até aqui apresentada, mais um breve recorte da criação de MARAT, “Plano de Legislação Criminal” que, com grande propriedade esclarece (MARAT, 2008, p.33):

A natureza estabeleceu grandes diferenças entre os homens e a fortuna as estabeleceu muito mais. Quem não vê que a justiça deve levar sempre em consideração as circunstancias em que o

culpado se encontra, circunstâncias que podem agravar ou atenuar o crime?

Faz-se nítida a presença, no fragmento citado da inclinação do autor para uma análise individual no momento de aplicação da pena, análise essa que consecutivamente será uma análise social.

Mais uma vez necessário alegar o não consenso entre a origem do instituto, mesmo com a maioria doutrinária reconhecendo o mesmo como sendo de autoria do Penalista, RAÚL EUGÊNIO ZAFFARONI. Em que pese a falta de consenso, é de extrema importância o apontamento dessa divergência, para que, mesmo no nascimento da referida tese, extrair-se o seu objetivo precípuo, que será desenvolvida mais profundamente nos próximos tópicos.

1.4 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Torna-se indubitável a imprescindibilidade e presença dos princípios jurídicos na legislação brasileira, tendo em vista que, após a promulgação da Carta Magna Brasileira de 1988, inúmeros princípios foram condecorados com a categoria de constitucionais, sendo assim entendidos como a fonte de criação e manutenção de todo ordenamento jurídico.

No mesmo sentido de exame, constata-se a presença de princípios implícitos, como é o caso do princípio em discussão, ou seja, o da co-culpabilidade. Esses devem ser observados mesmo com sua ausência de previsão expressa, pois essa falta não diminui o seu valor e importância ou até mesmo de sua necessidade. Admitindo o princípio da co-culpabilidade como implícito, ele inspiraria todo ordenamento jurídico desde a criação, passando pela interpretação e chegando à sua aplicação no sistema jurídico e social. (MOURA, 2006, p.08).

O princípio da co-culpabilidade, culpabilidade por vulnerabilidade, exigibilidade social, culpabilidade delinquencial atenuada dentre outras nomenclaturas, significaria, em um sentido objetivo, uma concorrência de culpabilidade.

Melhor esclarecendo, seria quando existe um agente culpável, mas que além desse, há outra culpabilidade concorrendo com a sua.

RAÚL EUGENIO ZAFFARONI parte de uma premissa inquestionável, inclusive vivida nos tempos atuais, na qual nem todas as pessoas, em suas vidas, nasceram e cresceram e tiveram as mesmas oportunidades, que estas, na realidade, vivem em meios, situações e oportunidades diferentes.

Enquanto algumas pessoas nasceram com uma condição de vida bem estruturada, outros nasceram e cresceram abandonados e marginalizados pela sua família, sociedade e principalmente pelo Estado que não cumpre com o papel que foi incumbido por meio das políticas públicas.

Sendo assim, as pessoas que obtiveram uma melhor estruturação de vida acabam por possuir uma menor inclinação para a prática de crimes, sendo esse muito menos sedutor em relação às pessoas que não detiveram da mesma estrutura, não restando opções além do cometimento de infrações penais.

Há a necessidade de se ressaltar que, para ZAFFARONI, a pobreza serve de ponto de ignição e de propagação da criminalidade. (ZAFFARONI, 2003. p.48).

Quando determinada pessoa, que durante sua vida foi marginalizada de diversas formas, pratica um crime, ela é culpada, pois o princípio em questão não visa garantir a impunidade do infrator, mas sim de trazer à tona de que a culpa não é exclusiva sua, havendo, portanto um co-culpável, no caso terceiros, a família, a sociedade e, principalmente, o Estado por nada fazer para impedir que chegasse ao ponto em que chegou, no caso, o de prática de algumas infrações penais. Infrações essas, assim como a situação do agente que deverá ser observada, individualmente, no caso concreto.

GRÉGORE MOREIRA DE MOURA após longo e árduo estudo sobre o tema, define o princípio da co-culpabilidade como sendo (MOURA, 2015, p.61):

(...) um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticado por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando

consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

O Penalista ZAFFARONI, também, ao analisar a co-culpabilidade conclui (ZAFFARONI, 1999, p.541):

Se entiende por 'co-culpabilidad' la parte de ésta que corresponde a la sociedad en la limitación del ámbito de libertad del sujeto, que muchas veces se plantea como problema de responsabilidad moral. Es muy cierto que planteado en estos términos, más que un problema dogmático, parecería ser un problema de 'filosofía penal de sobremesa'. Pero la cuestión deja de ser una 'responsabilidad moral' de la sociedad y pasa a ser un problema práctico para el dogmático y el juez, cuando la reconoce la ley y se la descarga al autor. Eso es precisamente lo que hace nuestro CP en su art. 41, em que resalta particularmente la 'co-responsabilidad' en cuando a las motivaciones económicas: 'los motivos que lo determinaron a delinquir' y, particularmente, 'la miséria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos'.

Não menos importante, para uma mais profunda análise do referido princípio, faz-se necessária a transcrição da definição elaborada por ROGÉRIO GRECO, grande estudioso acerca dos temas penais sociais, e um dos nomes de mais importantes a defender o princípio da co-culpabilidade no Brasil (GRECO, 2002, p.469):

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 da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade

Assim, como já explanado, há a constatação de que nem todos possuem o direito de autodeterminação, ou seja, o poder de escolha, mesmo esse sendo

inerentes a pessoa humana, já que ela nasce viciada pelas condições de vida em que se encontra, havendo uma culpa social e que deve ser levada em consideração em face da infração praticada por determinados indivíduos, quais sejam os marginalizados socialmente. Tal apontamento fica nítido no pensamento expressado por ZAFFARONI e PIERANGELI (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.525):

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de 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 sobrecarrega-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Posto isso, temos que o referido princípio admitiria uma culpa além do agente infrator, mas em Relação ao Estado visa, precipuamente, a deixar clara a sua omissão em relação aos cidadãos, eventualmente infratores, dos quais deveria zelar por conta de seu papel na sociedade.

Vale ressaltar o ensinamento, de CESARE BECCARIA, que entende que a sociedade omissa seria, mesmo que de forma indireta, cúmplice. O mesmo ensinamento deve ser aplicado à figura do Estado quanto a sua omissão em face da sociedade.

Conclui-se que a aplicação princípio da co-culpabilidade decorreria da exclusão social fomentada, por meio da omissão Estatal, responsabilizando-o, assim, por sua ineficiência, mas sempre deixando claro que não tende a transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo, assim, as suas devidas localizações na relação jurídica penal e concedendo um prêmio pela prática de infrações penais. O objetivo seria buscar aproximar o máximo possível de um direito penal humanístico e social, reduzindo ao máximo as desigualdades sociais, infelizmente hoje fomentadas com grande denodo.

1.5 NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INCIDÊNCIA NO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Ao admitirmos o princípio da co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico, necessário se torna sua análise em face do Neoconstitucionalismo.

Em um primeiro momento, a análise que deve ser esculpida será, mesmo que brevemente, a do próprio Constitucionalismo em si, para buscarmos elucidação do significado do importante Neoconstitucionalismo e, por consequência, analisarmos a relação desse com o princípio da co-culpabilidade

O Neoconstitucionalismo deriva da perspectiva, e movimento, já consagrado dentro do direito constitucional, constitucionalismo. Este que um sentido amplo, nas palavras de MARCELO NOVELINO (NOVELINO, 2016, p.41):

O constitucionalismo, em seu sentido mais amplo, é empregado para designar a existência de uma constituição nos estados, independentemente do momento histórico ou regime político adotado.

Existência essa que visa assegurar e incluir, dentro de uma constituição, direitos e garantias individuais dos cidadãos, utilizando assim como forma de escudo, em face ao poder, outrora, indiscriminado, ilimitado e abusivo do Estado.

Já em um sentido mais restrito, temos a definição elaborada por CANOTILHO, que define o constitucionalismo como sendo uma (CANOTILHO, 1994. p.51):

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política social-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica à limitação do poder com fins garantísticos. O conceito do constitucionalismo transporta, assim um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Após breve exposição do que se entende por constitucionalismo, temos o Neoconstitucionalismo. Tema recorrente de grande importância para o presente trabalho, tendo em vista sua finalidade em face aos princípios constitucionais.

O Neoconstitucionalismo passa a ser desenvolvido, a partir do conceito já existente e consolidado do constitucionalismo, no início do século XXI. (LENZA. 2013. p.63).

Nas palavras do já conhecido jurista, WALBER DE MOURA AGRA (AGRA, 2008, p.31):

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a **concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado democrático Social de direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) **onipresença dos princípios** e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. (**grifo nosso**)

Acrescenta ainda, sanando quaisquer dúvidas acerca do tema:

O seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais é apenas de grau, no neoconstitucionalismo é também axiológica. A constituição como um valor em si. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.

Conclui-se, diante de todo exposto, que o neoconstitucionalismo visa a reconhecer a constituição um ponto central no ordenamento jurídico, por essa ser 'um valor em si', e ainda passar todo ordenamento jurídico por uma releitura com base em valores constitucionais básicos, havendo, assim, uma superação

da lei *matéria/formal*, ou seja, do que havia sido garantido no plano ideológico, concretizando-o por meio dos princípios constitucionalmente consagrados, implicitamente ou explicitamente, exaurindo, dessa forma, valores sociais.

Ao se analisar o princípio da co-culpabilidade, deve-se buscar exaurir deste os seus valores intrínsecos, sociais, saindo, assim, apenas do plano material. Diante disso, tem por objetivo o Neoconstitucionalismo dar essa concretização aos princípios consagrados na constituição, frisa-se à exaustão, sejam implícitos – como é o caso da co-culpabilidade - ou explícitos, tendo em vista a constituição estar em um posto central no sistema jurídico, no qual proveria para os demais ramos uma carga valorativa, inclusive ao sistema penal, com os princípios por ela consagrada.

Crucial para o presente trabalho é a análise, sempre, de seu objetivo no campo prático, afastando-se este apenas do plano teórico, visando sempre sua concretização e efetividade.

2 - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Em um segundo ponto, é essencial a análise da ligação do referido princípio, desde que admitido por meio implícito, com a constituição vigente. Ambos – carta magna brasileira e o princípio da co-culpabilidade – fundam-se nos mesmos preceitos iluministas, ou seja, justiça, fraternidade, igualdade e humanidade, mesmo com as inúmeras mudanças na qual a Constituição de 1988 passou ao longo de sua vigência.

Outro ponto importante, e base de fundamentação, elo e existência do princípio da co-culpabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio constitucional é que por meio dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, esta visando a reificação do ser humano, da individualização da pena e do pluralismo político, faz-se presente implicitamente (MOURA, 2015. p.85).

2.1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU ISONOMIA

Antes de adentrarmos na indagação que servirá de ponto de partida, há a necessidade de definição deste princípio tão usado e discutido no mundo jurídico e ao mesmo tempo de tão difícil conceituação, como o estudioso CELSO RIBEIRO BASTOS entende: “É o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isso, em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos”. (BASTOS, 1995, p.164).

Rui Barbosa, com maestria, em seu discurso transformado, posteriormente, em livro, de forma serena e permeada de sabedoria, ensina-nos sobre a igualdade (BARBOSA, 1999, p.26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Após essa rica definição, há a necessidade de indagações para o aprofundamento dos referidos e para a correta análise do princípio da igualdade em face ao princípio da co-culpabilidade, fazendo-se inescusável partirmos da seguinte premissa e questionamento: Há igualdade entre os homens? Ou essa apenas trata de um ideal inalcançável?

Rousseau traçou um dos parâmetros mais difundidos na história do pensamento, de forma tão atual, acerca das desigualdades. Concluiu que em um primeiro ponto, haveria a desigualdade *física ou natural*, estabelecida pela natureza do homem (Intelecto, saúde, agilidade etc). Em um segundo ponto, constataria-se a desigualdade difundida por meio da *hierarquia social ou divisão de poder*, aquela que faz nascer em princípio a propriedade, as riquezas, os privilégios sociais, os

prestigiados, dentre outros da mesma seara semeados e convencionados pelos próprios homens. (COSTA, 1987, p.57).

Dessa forma, constatada a desigualdade, surge o objetivo de diminuí-las ou extirpá-las por meio de mecanismos formais. Utópico tal pensamento, isso porque, mesmo com a existência de leis que visam acabar com a desigualdade, o que apenas a permeia ainda mais, se tornando inócuas. Isso se constata por meio da história da humanidade, na qual o detentor do poder, valendo-se do poder que lhe foi conferido, utiliza-se dele para o seu bel prazer, sem vislumbrar limites. (MOURA, 2015, p.86).

Seria o mesmo ensinamento trazido por GEORGE ORWELL, que em seu livro “A Revolução dos bichos”, por meio da famosa sátira, traçou inúmeras críticas que foram de grande turbulência, sendo uma delas sobre a igualdade tendo em vista os detentores do poder. Esta afirmação se torna nítida com a seguinte nota: “Todos os bichos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (ORWELL, 2007, p.106). Frase essa que inspira reflexões até os dias atuais, fazendo uma crítica acerca da grande influência na decisão do que é igualdade pelos detentores do poder, ou seja, quem possui o poder para a alteração das leis e definição do que se entenderá por justo.

O Ex-Ministro EROS GRAU, detentor de um notório saber jurídico e filosófico, baseando-se no entendimento proposto por GEORGE ORWELL (GRAU, 2010, p.22):

Cuidava-se de uma igualdade a moda do porco de Orwell, no bojo da qual havia – como há – os “iguais” e os “mais iguais”. O próprio enunciado do princípio – “todos são iguais perante a lei” – nos dá conta de sua inconsistência, visto que lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais (...)

Já partindo para uma análise do texto constitucional, prescreve o caput do artigo 5º da carta magna Brasileira que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Artigo esse que visa a conceder, uma igualdade jurídica, mas que no plano prático não vem a ser concretizado. Ressalta-se, mesmo sem

a devida efetivação, o grande avanço em face perante as concepções iluministas do século XVIII, mas que tal igualdade, conferida pelo artigo 5º, torne-se insuficiente, pois a mesma se trata de uma igualdade meramente formal, como já dito, que não tem o seu objetivo concretizado, efetivado na vida dos cidadãos que necessitam de um olhar mais atento pela busca do caráter substancial do que apenas programático.

Visa-se assim, em suma, a uma igualdade de tratamento econômico, social, de dignidade e de liberdade. Inclusive no âmbito penal.

FERRAJOLI entende e difere a igualdade formal da igualdade substancial (FERRAJOLI, 2002, p.726-727):

Com a prescrição da igualdade formal convencionou-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça de língua, de religião, de opinião política e afins. Com afirmação da igualdade substancial se convencionou, ao invés, que eles devem ser considerados tão iguais quanto o possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são sociais e economicamente desiguais. Convirá chamar 'diferenças' às diversidades do primeiro tipo, e 'desigualdades', às do segundo. Umhas devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas.

Já Aristóteles crê na virtude como sendo o centro da sabedoria e que se encontra no meio termo, "*virtu est melius*" (ARISTÓTELES, 2004, p.49). Não seria diferente, em relação à igualdade, em que consistiria na ideia de que "Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade".

O renomado processualista, NERY JUNIOR, ao referir-se ao princípio da igualdade, impregnado do conceito Aristotélico, conclui: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades". (NERY JUNIOR, 1999, p.42).

Solução essa elaborada, séculos atrás, para o grande problema de conceituação que é dada como remédio para os anseios nos dias atuais. Que se atendida o presente trabalho, tornaria-se inócuo e desnecessário. Isso porque, no anseio de se tornarem iguais, os seres humanos, distanciam-se cada vez mais dessa igualdade, ou seja, cada vez mais se tornam desiguais mais uma vez se afastando da substancialidade da visada e venerada igualdade.

Vislumbra-se, de maneira clara, que a parcialidade promovida pelo homem em sociedade é o maior castrador do princípio da igualdade, em que, por meio do desequilíbrio criado, mantém a desigualdade para a concretização dos seus próprios anseios. Ou seja, o direito é feito por quem *detém controle do poder social e econômico*, esses defensores militantes da desigualdade, pois essa desigualdade se torna fonte de controle social. (MOURA, 2015, p.88).

Assim a igualdade não passaria de um discurso demagogo e utópico.

Há uma verdadeira necessidade, diante de tais ideias, de se reconhecer o implícito princípio da co-culpabilidade na ordem constitucional, pois esse tem como objetivo a diminuição das referidas desigualdades econômicas e sociais e disseminação deste tipo de ideia no mundo do direito, considerado um instrumento hábil para tal finalidade.

Ao reconhecermos a co-culpabilidade e a possibilidade de sua aplicação concreta, em favor dos infratores marginalizados socialmente, como forma de reconhecermos a ineficiência Estatal no exercício de funções inerentes a sua figura, estaríamos fazendo valer o princípio da isonomia, e tornando o direito penal mais humano, como demagogicamente é difundido sem êxito.

A partir de uma análise filosófica sobre o princípio da igualdade podemos tomar a exposição sobre o tema de NOBERTO BOBBIO (BOBBIO, 2001, p.31-32):

Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição da vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devem ser as posições da partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considera os concorrentes iguais. Basta formular

perguntas do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas a que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições de família nas quais cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamarmos atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar os indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrigem uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.

Ao impor ao Estado uma parcela de culpa pela infração praticada e diminuir a reprovabilidade do ato do infrator socialmente marginalizado e excluído, estaríamos buscando uma igualdade material. Saindo, assim, do plano inalcançável outrora elaborado.

Assim, o princípio da co-culpabilidade encontra nexos com o da igualdade visto que ambos ensejam, além da igualdade chamada de formal, a igualdade sempre buscada e discutida no mundo dos princípios, em que o próprio neoconstitucionalismo se debruçou, o da efetividade, igualdade material, ou nas palavras de BOBBIO: “da igualdade das oportunidades”.

2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio este tão difundido em estudos e fundamentações jurídicas, sociais e políticas e de tão distante consenso. Indubitável faz-se a grande complexidade desse princípio tão banalizado, em conceituações, e ao mesmo tempo tão fundamental. O objetivo do presente trabalho não é travar um conceito para o mesmo, mas relacioná-lo com o princípio da co-culpabilidade sem ainda mais vulgarizá-lo.

Encontrando, assim, uma definição, coerente, mas sem entender essa como uma verdade universal, e sim admitir sua importância em face do princípio da co-culpabilidade e sua constante modificação, sempre agregando mais garantias inerentes à vida do ser humano.

A carta constitucional Brasileira em seu artigo 1º, inciso III, traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana”.

Ao se aventurar em tentar dar um significado para esse princípio, tão vasto, a estudiosa FLÁVIA PIOVESAN conclui (PIOVESAN, 2000, p.89):

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido

Definição essa, assim como inúmeras elaboradas, aberta, que abrange rios de interpretações e garantias. Mas como já citado, o cerne do trabalho não é sua conceituação e sim a sua relação e respeito do mesmo, visando sua implementação no presente trabalho, por meio da co-culpabilidade. Pretendendo ainda mais, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. (MOURA, 2015, p.90).

Ao entendermos e conceituarmos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental (Art 1º, III, CF), todo ordenamento jurídico, políticas públicas, aplicadores do direito e bem como os poderes contidos na república Federativa do Brasil, deverão sempre buscar de condições mínimas para um bom desenvolvimento do ser humano que legitimou o poder do Estado.

Em conclusão e resumo, o ser humano atingiria a tão aclamada dignidade humana, desde que incluído socialmente, como visado na teoria, ou seja, uma concretização material.

Como discutido anteriormente a mera prescrição formal de um direito fundamental de nada vale se não for atingido em seu caráter substancial, viável, hábil para a efetivação de tão importante direito.

Como constatamos na prática, o Estado veio a falhar também com o presente direito, desde o seu nascimento, não conseguindo prover meios hábeis para um desenvolvimento igualitário e humano.

Mas há de se ressaltar a ligação essencial entre ambos os princípios.

Ao Estado assumir para si funções que antes eram consideradas de direito privado, possuindo como fim o bem dos seus cidadãos, e por consequência, o da dignidade da pessoa humana a ser efetivado no momento de prestação dos deveres constitucionalmente impostos. (MOURA, 2015, p.91).

Citando, GRÉGORE MOURA, ao relatar a ineficiência do Estado (MOURA, 2015, p. 91):

Referido Estado, porém, não cumpriu seus deveres por vários motivos, dentre os quais podemos citar: ineficiência dos governantes, inchaço da máquina administrativa, má administração, falta de recursos, corrupção, interesses políticos, modo capitalista de produção, aspecto histórico, desigualdades sociais, globalização e muitos outros.

Claramente se constata a existência de vários fatores, na maioria das vezes, cultivados pelo próprio Estado que o impede de alcançar a erradicação das desigualdades sociais, promovendo, assim, um ambiente social mais digno.

No mesmo contexto, há, como forma de controle, o Direito, que em tese serviria como um instrumento, poderoso, para a diminuição, e quem sabe a erradicação, das desigualdades sociais.

O Estado utiliza desse direito para diminuir as desigualdades e proteger os hipossuficientes, pelo menos em tese, com o objetivo diminuir as desigualdades que acabam por existir. Um exemplo ocorre com o direito do consumidor, estatuto do idoso, estatuto da pessoa com deficiência dentre outras legislações vigentes em nosso sistema jurídico. (MOURA, 2015, p. 92)

A proteção ao hipossuficiente se torna mais que nítida com o princípio da co-culpabilidade, mas sem querer igualar o poder do Estado, ou seja, o *jus puniendi*, com o direito de liberdade do acusado, o que se tornaria incoerente.

A dignidade da pessoa humana apenas se vê reafirmada e buscada pelo princípio da co-culpabilidade, tentando, mesmo que parecendo um discurso demagógico, minimizar as desigualdades presentes desde o nascimento do ser

humano e como com exatidão, GRÉGORE MOURA, “reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo”. (MOURA, 2015, p. 92).

O que deve ser buscado com fervor, afastando, assim, o tratamento hoje dado ao acusado de mero objeto, sob qual recai o poder de punir do “soberano” Estado.

Assim, o princípio da co-culpabilidade, ao reconhecer a parcela da culpa do Estado por conta de sua ineficiência e ao promover os direitos constitucionalmente consagrados, como a concessão de meios adequados para uma vida minimamente digna à todos, apenas reafirmaria o inquestionável, mas ao concedermos a co-culpabilidade, como um direito constitucional, concretizado na prática, afastar-se-á a parte utópica e ora perdida do princípio da dignidade da pessoa humana, por consequência, atingindo o caráter substancial desse quanto daquele, promovendo a dignidade.

2.3 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Princípio este que se encontra previsto expressamente em nossa constituição. O artigo 5º, incisos LXV e XLVI da carta suprema constitucional Brasileira prescrevem sobre esse princípio de extrema importância. Dentre ambos incisos se destacam o inciso LXV em uma primeira análise, que traz em seu bojo:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Individualização essa que é contemplada nas exposições de motivos da “nova” parte geral do Código Penal:

49. Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a **individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos**. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito a fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbítrio iudices variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada. **(grifo nosso)**

Nas palavras de CLEBER MASSON (MASSON, 2014, p.38), o princípio da individualização da pena: “(...) repousa no princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento”.

Ainda no meio dos grandes penalistas brasileiros, o professor e desembargador, GUILHERME DE SOUZA NUCCI (NUCCI, 2005, p.31) com ímpar e indiscutível saber entende:

Individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus

Princípio que se faz necessário para o presente trabalho, entregando a cada sujeito o que lhe cabe, saindo da norma posta apenas, em abstrato, e sim partindo para uma análise de aspectos distintos do crime, objetivos e subjetivos.

Este princípio possui, ainda, como objetivo fundamental limitar o poder Estatal de punir, mantendo, ainda que estreita, uma ligação com o princípio da culpabilidade, princípio que se desenvolve em três planos: previsão, cominação e execução. A sanção penal deve ser resguardada por estes critérios objetivos e subjetivos.

A co-culpabilidade, é uma forma de reconhecimento da reprovação social que pesa sobre o agente infrator e, assim, concretizar o princípio da individualização da pena, pois, leva em conta condições internas do infrator, ou seja, pessoais, e ainda condições externas, até mesmo sociais. Tal análise apenas efetivará objetivos já perdidos pela sanção penal. (MOURA, 2015, p.95)

Reconhecendo a co-culpabilidade no sistema penal pátrio se propiciará, por consequência, uma mais efetiva aplicação seja da pena ou de *‘circunstâncias relevantes’* que pairam sobre a infração penal pelo nobre julgador, analisando todas estas situações relevantes sociais, econômicas, institucionais que influenciaram o infrator a delinquir, inclusive da culpa concorrente do ente Estatal.

Reafirmando a co-culpabilidade, individualizar-se-á, ainda mais, a pena, em aspectos tão divergentes, abstrato e prático, pois, como dito anteriormente analisar-se-á não só a pena, mas os aspectos que pairam na esfera delitiva.

2.4 DO PRINCÍPIO DO PLURALISMO JURÍDICO

Como a maioria dos princípios, o pluralismo jurídico, em sua conceituação, se torna vasto e vago. Isso, pela grande divergência entre os próprios pensadores do direito, um mal da ciência jurídica que comporta grandes discussões, mas que não se torna o cerne do referido trabalho.

Ao discorrer sobre o pluralismo jurídico, WOLKNER, um dos mais importantes nomes em relação ao tema, oferece a seguinte visão (WOLKNER, 2001, p.119):

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não apenas mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia dos interesses do todo comunitário, num *lôcus* político, independente dos rituais formais de institucionalização.

O pluralismo jurídico seria, de forma direta, nada mais que admitir e reconhecer a diversidade, da liberdade, respeitos os polos antagônicos da sociedade, ou seja, efetivar a democracia, a participação por meio de direitos e deveres assegurados nas normas vigentes em um determinado ponto histórico.

A constituição foi elaborada sob a égide deste ideal plural, ou seja, com a participação de grupos distintos. Constata-se essa variedade seja em seu preâmbulo, corpo ou atos dispositivos transitórios constitucionais.

Mesmo com esse grande número de disposições que confirmam esse princípio pela carta constitucional *plural*, destaca-se o artigo 3º, inciso III que trata dos fundamentos da República Federativa (MOURA, 2015, p.94): “*III – Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Artigo que visa conceder uma maior efetividade em face dos direitos, ora mitigados, das minorias. O princípio da co-culpabilidade ao reafirmar a ineficiência do Estado tentaria buscar uma real efetividade para estes direitos das minorias menos favorecidas, que ainda não são alcançados pela prestação Estatal de forma contundente.

3 - POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Neste ponto do trabalho se faz eminente ver o discutido princípio saindo do campo teórico e partindo para um caráter prático, nas hipóteses realmente conducentes ao objetivo do princípio da co-culpabilidade.

No referido capítulo, será tratado das possibilidades de aplicação deste implícito princípio e a viabilidade das mesmas hipóteses no ordenamento jurídico penal Brasileiro, com base no direito alienígena, tendo em vista uma culpa concorrente do Estado no cometimento de infrações penais, ressaltando, sempre, que o princípio em discussão não visa premiar a conduta delitiva ou impor uma “pena” ao ente Estatal, mas reconhecer sua ineficiência em face dos cidadãos menos privilegiados e ainda buscando exaurir um sentido mais humano do direito penal (mínimo) e o sentido social do mesmo, com políticas criminais definidas e não variante, como ocorre no presente cenário, onde ora se encontra um direito penal mínimo, médio ou máximo, gerando, por consequência, uma insegurança jurídica.

3.1 A CO-CULPABILIDADE E O ARTIGO 59 do CÓDIGO PENAL

Insta necessário, como exposto no referido tópico anterior uma análise prática e possível do princípio da co-culpabilidade.

E em uma primeira hipótese, temos o artigo 59 do diploma penal Brasileiro que dispõe no seguinte sentido:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Tal disposto relata as circunstâncias judiciais que incidem na primeira fase da dosimetria da pena, ou seja, onde o juiz analisará essas e definirá a pena base para o restante do trabalho de dosar a pena, resultando, assim, na quantidade da pena a ser aplicada, o regime especial de cumprimento de pena e, até mesmo, a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por outra, se cabível

Reconhecendo e prevendo o princípio da co-culpabilidade sua incidência vincularia o magistrado a fazer sua análise como uma nona circunstância judicial expressamente prevista.

Ressalta-se que haveria a necessidade de reformulação do artigo por meio de projeto de lei competente, devidamente aprovado.

Resta ainda se fazer uma análise crítica acerca dessa hipótese levantada pelos estudiosos do árduo tema, que seria a sua ineficiência em face dos crimes em que a pena base for fixada no mínimo permitido, pois, nesse momento da dosimetria, vedado está o magistrado, fixar a pena *aquém* do mínimo legalmente previsto. (MOURA, 2015, p.128)

Conclui-se, assim, a primeira hipótese de aplicação do princípio da co-culpabilidade, visando, dessa forma, sua efetividade no mundo jurídico penal.

3.2 A CO-CULPABILIDADE E O ARTIGO 65 DO CÓDIGO PENAL

A segunda hipótese elencada pelos estudiosos desse, ainda pouco debatido, princípio seria como uma das atenuantes genéricas prescritas no artigo 65 do código penal.

Vale afirmar que, para essa incidência, haveria a necessidade de uma modificação no código penal - assim como há na hipótese do tópico 3.1 - mais precisamente incluindo uma alínea no inciso III do artigo 65, prescrevendo a hipótese de atenuação da pena cominada, desde que se encaixasse no escopo contido no princípio da co-culpabilidade. Proposta essa, mais audaciosa.

Tais atenuantes genéricas seriam analisadas pelo magistrado no momento de imposição de uma pena, ou seja, na dosimetria, mais precisamente em sua segunda fase.

Exsurge para esse tópico a mesma crítica levantada no tópico passado, em relação a sua ineficácia, entendimento reconhecido pela maioria das doutrinas e jurisprudências que discorrem sobre o tema, isso porque o Magistrado, ao aplicar a pena, levando em consideração as atenuantes genéricas, não poderia diminuir a pena do agente infrator *aquém* do mínimo legalmente previsto. Constata-se, assim, a ineficácia da aplicação do princípio da co-culpabilidade em face dos crimes em que, ao se dosar a pena, chegam ao mínimo permitido.

Assim, no sentido acima exposto, GRÉGORE MOURA conclui (MOURA, 2015, p.128):

É uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado (...). Porém, mesmo o legislador fazendo a opção ora mencionada, segundo a maior parte da doutrina e jurisprudência, ainda assim não poderia trazer a pena além do mínimo legal.

Fazendo-se, assim, necessária a análise de outras hipóteses de aplicabilidade do princípio em voga.

3.3 A CO-CULPABILIDADE E O ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL

Com a mesma intenção que as duas possibilidades anteriormente apresentadas, ressalta-se, a de modificação do Código repressivo Brasileiro, encontra-se um pouco além quando se trata de ousadia.

Para os estudiosos do princípio da co-culpabilidade, para a sua inclusão no mundo penal Brasileiro através do artigo 29 do código penal, haveria a necessidade a necessidade de se acrescentar mais um parágrafo, prescrevendo a possibilidade dele, sendo essa uma denodada mudança.

Sua análise seria feita dentro no sistema trifásico em um último momento, portanto, em sua terceira fase.

Mais uma vez, quando se falando em princípio da co-culpabilidade, o estudioso voraz desse tema, GRÉGORE MOREIRA assim conclui (MOURA, 2015, p. 128):

(...) consistiria em acrescentar um parágrafo no art. 29 do Código Penal, dizendo que “Se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”.

Assim se conclui que a pena variaria com o grau de miserabilidade em que o cidadão infrator estivesse inserido por negligência estatal.

Essa citada hipótese, segundo os estudiosos do tema, seria a mais viável dentre as apresentadas. Isso porque a mesma efetivaria um direito penal mais humano, democrático e liberal, além de sua análise estar situada na terceira etapa do sistema trifásico de dosagem das penas, como já exposto. Vale ressaltar que por essa estar situada na terceira etapa do sistema de dosagem, isso permitiria o magistrado diminuir a pena do agente infrator *aquém* do mínimo permitido legalmente.

3.4 A CO-CULPABILIDADE E A EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Ressalta-se a importância de uma breve análise da co-culpabilidade, também, por meio positivado, mas com o intuito de figurar como mais uma hipótese de exclusão de co-culpabilidade. Também audaz e ainda pouco difundida pelos defensores o princípio em questão, tendo em conta o seu baixo grau de aceitabilidade no mundo penal.

Ao figurar como causa de excludente de ilicitude, o princípio da co-culpabilidade faria face a um estado social de vulnerabilidade por conta da elevada miserabilidade, sendo tão desastroso, difuso e de alto alcance que por ser desta forma, sobre o agente, não recairia a reprovação, tanto da sociedade quanto penal.

Hipótese esta que não se sustenta, pois o princípio em discussão não visa brindar o agente infrator com a impunidade.

3.5 A CO-CULPABILIDADE E O ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL

Pouco, ou mesmo quase inexistente, durante o tempo de estudo para elaboração do presente trabalho se teve comentado a hipótese de inserção da co-culpabilidade, pelos renomados estudiosos, por meio do artigo 66 do código penal.

Vivemos uma grande implosão de modificações e criações de leis, na maioria das vezes já nascendo “mortas”, tendo em vista a sua aplicabilidade para quem são cridas, ou seja, sociedade, que legitima tal poder.

Prescreve o artigo 66 do código Penal: “Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Tal dispositivo legal faz referência às chamadas circunstâncias inominadas.

Estas circunstâncias são uma cláusula aberta no campo da fixação da pena, cedida pelo legislador ao Magistrado no momento de fixação da pena, levando em conta qualquer circunstância que venha a entender como relevante para o caso concreto, diminuindo, assim, a pena do agente infrator.

Nesse sentido, entendem os doutrinadores, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e PIERANGELI ao analisarem a seletividade e vulnerabilidade, trazem resquícios da aplicabilidade no princípio da co-culpabilidade como circunstâncias judiciais inominadas (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p.10):

La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos burdos y hasta insignificantes), provoca una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria, porque (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección; y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su

comportamiento termina correspondiendo al mismo (la profecía que se autorrealiza)

Assim, essa hipótese seria uma das mais viáveis dentro do ordenamento penal para inserção do princípio da co-culpabilidade, bastando apenas o reconhecimento do mesmo para que sua aplicabilidade venha a ser efetivada, sem nem mesmo haver a necessidade de reformas legislativas que, na maioria das vezes, não conseguem atingir o seu objetivo na realidade fática dos cidadãos. Por consequência haveria a impossibilidade de diminuí-la *aquém* do mínimo legal permitido durante a primeira etapa no sistema de dosagem da pena, mas sem necessitar de uma mudança legislativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo exposto concluímos as possibilidades de inserção do princípio da co-culpabilidade, de forma implícita, no ordenamento jurídico tendo em vista o seu objetivo para com a sociedade, mais precisamente com os excluídos e marginalizados socialmente.

Princípio esse que reconheceria a ineficácia Estatal e tentaria diminuí-la ou até, mesmo que remotamente, fazer com que deixe de existir uma desigualdade que parece, a um primeiro ver, intransponível da exclusão social.

A sua inserção poderia se dar de várias maneiras no ordenamento jurídico penal, na maioria havendo a necessidade de modificações legislativas, mas sempre reconhecendo o mesmo como um princípio implícito do sistema constitucional brasileiro. Princípio que se apoiaria em outros constitucionalmente consagrados, como ocorre com o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e do pluralismo jurídico.

Reconhecendo a co-culpabilidade no sistema jurídico penal, estaríamos buscando um direito penal mínimo - afastando a ideia de um direito penal máximo – mais humano, social e justo. Objetivos estes que deveriam ser fundamentos essenciais concretizados no ordenamento jurídico vigente, que no cenário atual são tratados apenas como objetivos utópicos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito Administrativo. Ed. São Paulo: ed. 14. Malheiros. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, RUI, Oração aos Moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa. Ed. 1999.

BARBOSA. Oração aos Moços. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf

BECCARIA, Cesare – Dos delitos e das penas, Nacional, Edistora Martin Claret, 2002.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional e teoria da Constituição, 1994, 7 ed., p. 51.

COSTA, Maria Cristina Castilho. O que todo cidadão precisa saber sobre democracia. São Paulo: Global, 1987.

GRAU. Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GASPAR. A co-culpabilidade e responsabilização do Estado. Disponível em: <http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943231/co-culpabilidade-e-responsabilizacao-do-estado>

JÚDICE. Robert Alexy e sua teoria sobre os princípios e regras. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras

SANTANA. Da natureza do homem à origem da Sociedade e da Desigualdade. Disponível em: <http://www.partes.com.br/ed47/reflexao.asp>

SANTOS. O princípio da Igualdade. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: RT, 2005.

RENATO BRASILEIRO DE LIMA, MANUAL DE PROCESSO PENAL: Volume único – 4 ed. Ver. Amp. E atual. – Salvador: ed: JusPodivm, 2016.

MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado. Vol. 1 / Cleber Masson. – 8ª ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014.

MARAT apud MATTE, 2008.

MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade. Editora Impetus, 2006.

MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Editora D'Plácido, 2015.

ORWELL, George, A Revolução dos bichos, Ed. Companhia das Letras – São Paulo, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, Alejandro SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do direito Penal. Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. 7. Ed. São Paulo: RT, 2007. V. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoria del delito. Buenos Aires: Ediar 193, 1999.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2011

WALBER DE MOURA AGRA, DIREITO CONSTITUCIONAL, 4 ed, 2008.

WOLKER, A. C. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma no WOLKER, A. C. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.