



CO-CULPABILIDADE PENAL E ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRINCÍPIO ATENUANTE DA INEFICIÊNCIA DO ESTADO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Clarissa Jahn Sturzbecher¹

RESUMO

O Brasil na qualidade de Estado Social Democrático de Direito deve garantir a todos os indivíduos direitos básicos necessários à dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, ao falhar em seu papel garantidor o Estado deve assumir uma *mea culpa* com os indivíduos com os quais foi omissor. O objetivo desse trabalho é através de uma pesquisa analítico-dogmática evidenciar a existência de um perfil socioeconômico da população carcerária brasileira, relacionando a omissão do Estado com o cometimento de delitos, e atribuindo-lhe responsabilidade através da aplicação do Princípio da Co-culpabilidade. Tal princípio entendido como uma co-responsabilização do Estado em crimes cometidos por indivíduos socialmente excluídos. É encontrado expressamente no direito alienígena, porém aparece de forma ainda insipiente no ordenamento interno. Diante da realidade brasileira defendemos sua aplicação como atenuante na dosimetria da pena.

Palavras-chave: estado social democrático de direito, dignidade da pessoa humana, Princípio da Co-culpabilidade, dosimetria, pena.

ABSTRACT

Brazil as Social Democratic State of Law must ensure to all individuals basic rights necessary for human dignity. In this vein, failing in its role as guarantor, the State shall assume a *mea*

¹Graduanda em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); servidora do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Endereço para correspondência: clarissajahn@gmail.com

culpa with individuals with whom the State was missing. The aim of this work is through an analytical-dogmatic research show that there is a social and economic profile of the Brazilian prison population, relating the State's failure to the commission of crimes, and imputing responsibility to the State by applying the Co-Culpability Principle.

This principle is understood as a shared responsibility of the State in crimes committed by socially excluded individuals. It is expressly found in foreign law, but it appears incipient in domestic law. Considering the Brazilian reality we defend the application of this principle as a mitigating in the dosimetry of criminal penalty.

Keywords: Social Democratic State of Law, human dignity, Principle of Co-Culpability, dosimetry, criminal penalty.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará da possibilidade de aplicação do Princípio da Co-Culpabilidade no âmbito do direito processual penal brasileiro, diante da omissão do Estado Social Democrático de Direito como garantidor dos direitos fundamentais.

Tendo o Estado Social Democrático de Direito como objetivo o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalização², buscando o bem comum, deve este garantir, a todos, condições necessárias para se viver de forma digna, isto é, tornar eficazes os direitos fundamentais.

Com o mínimo garantido, o indivíduo tem o poder autodeterminar-se, sendo razoável esperar dele uma diversidade maior de condutas. Diante da omissão do Estado na garantia dos direitos fundamentais, essa autodeterminação é reduzida, as opções disponíveis são limitadas, e muitas vezes os indivíduos são compelidos a cometer delitos. No que diz respeito a essas pessoas, com as quais o Estado foi negligente, cujo primeiro contato com Estado foi na esfera penal e que conheceram o poder estatal punidor antes do garantidor, há de se falar em Princípio da Co-Culpabilidade Penal.

Este se estabelecerá como uma *mea culpa* entre a pessoa que cometeu o crime e o Estado, o qual não cumpriu suas prerrogativas constitucionais de dar efetividade aos direitos fundamentais, garantindo a dignidade humana desse indivíduo. Dessa forma, o Estado

²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 49ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

assumiria parte da culpa por sua omissão, por ter reduzido o rol de opções daquele indivíduo, por não ter dado a ele as oportunidades necessárias para que se esperasse dele conduta diversa ao cometimento de crime.

Na esfera prática, do direito processual penal, a co-culpabilidade se aplicaria na dosimetria da pena, sendo uma forma atenuante desta, principalmente no que diz respeito a crimes contra o patrimônio. No Brasil aparece, ainda, de forma incipiente, não sendo amplamente discutida na doutrina nacional nem acolhida de forma representativa pelos tribunais, ao passo que, na esfera internacional, é aceita como princípio aplicado ao direito penal em diversos países, estando por vezes positivado em seus ordenamentos.

Em um país como o Brasil, eivado de desigualdades, com a renda concentrada, sem educação e saúde públicas de qualidade, no qual o salário mínimo não garante o estabelecido pela constituição, com grandes disparidades regionais e um grande número de pobres, faz-se necessário o debate sobre a responsabilidade do Estado no cometimento de crimes pela população marginalizada. Tal necessidade corrobora-se em dados estatísticos que apontam o perfil do preso brasileiro como: negro/pardo, pobre e com baixo grau de escolaridade³. Acreditando não ser uma coincidência que a população carcerária tenha o perfil supracitado, propõe-se a implantação eficaz do Princípio da Co-Culpabilidade Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Explicitar-se-á o papel garantidor do Estado Social Democrático de Direito e como este não está sendo cumprido no Brasil, relacionando tal omissão com o cometimento de crimes. Apresentar-se-á o conceito de co-culpabilidade como princípio implícito na Constituição Federal de 1988, relacionando-o com os conceitos de culpabilidade, reprovabilidade e justiça. E, por fim, almeja-se demonstrar a relevância jurídica e social da consolidação do Princípio da Co-Culpabilidade Penal no ordenamento brasileiro, traçando paralelos com ordenamentos alienígenas.

O marco teórico será o livro “Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal”⁴, do Professor Grégore Moura, Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da

³BRASIL.Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen). Dezembro 2012. Disponível em:portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7-437^a-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D;

⁴MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal.Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Procurador Federal da Carreira da Procuradoria-Geral Federal, sendo, oportunamente complementado por textos, artigos e livros de autores diversos.

Será feita uma pesquisa analítico-dogmática por meio de investigação crítica, metódica e ampla das principais publicações doutrinárias nacionais e estrangeiras referentes ao tema proposto, abordando o que já se sabe, as lacunas existentes e os principais entraves teóricos,

Abordar-se-ão o conceito de Estado Social Democrático de Direito e suas prerrogativas garantistas; o quadro de omissão do Estado Brasileiro e sua relação com o cometimento de delitos; o conceito de Princípio da Co-Culpabilidade, questão terminológica eco-culpabilidade às avessas; o Princípio da Co-Culpabilidade em face do Princípio da Igualdade; a co-culpabilidade no Direito Penal brasileiro e na política criminal; a questão Jurisprudencial; a co-culpabilidade no Direito Comparado, em uma pesquisa analítico-dogmática de revisão bibliográfica.

1. O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O termo Estado Social Democrático de Direito designa um Estado garantidor das liberdades civis, que respeita os direitos humanos e as garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica, no qual as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito, o que evita abusos⁵.

Fruto das Revoluções Liberais, o Estado Social Democrático de Direito positiva uma série de direitos fundamentais – individuais, coletivos e sociais –, tais normas assumem uma função principiológica refigurando inteiramente a ordem jurídica do Estado, limitando as suas atividades legiferante, executiva e judicial, permeando-as com busca de correção e justiça.⁶

É, portanto, papel precípuo do Estado Social Democrático de Direito dar efetividade aos direitos fundamentais, garantindo a todos “igualdade de oportunidades, tida como equiparação de chances ou de pontos de partida, e da igualdade de fato, contraposta à

⁵SANTOS, Adairson Alves Dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em abr 2013.

⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial da Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

igualdade meramente de direito”, diferenciando a igualdade jurídica da igualdade nos direitos.⁷

Não basta que todos sejam tratados de forma isonômica diante da lei, é preciso que a integralidade dos cidadãos desfrutem “de todos os direitos fundamentais enumerados na Constituição.”, sendo todo membro de um grupo social um sujeito jurídico, titular de capacidade jurídica.⁸

O Brasil, constitucionalmente definido como Estado (Social) Democrático de Direito,⁹ abraça seu papel de Estado garantidor ao estabelecer um vasto rol de direitos fundamentais em sua Carta magna.¹⁰

Porém, não o tem feito de maneira eficiente. Dados do IBGE apontam para uma situação de omissão estatal com alguns seguimentos sociais: a taxa de mortalidade infantil da população negra e parda aproxima-se do dobro da mortalidade na população branca¹¹; a média de anos de estudo no ano de 2011 era 1,8 anos inferior na população negra e parda em comparação com a branca, sendo a taxa de analfabetismo de negros e pardos, no mesmo ano superior ao dobro diante dos brancos¹²; o rendimento médio mensal de todos os trabalhos entre negros e pardos é 1,6 p. inferior ao rendimento da população branca¹³;

Diante desse quadro de omissão, não podemos conceber como acaso que o perfil da população carcerária do Brasil reflita o perfil dos seguimentos sociais cujos direitos fundamentais não tem sido plenamente garantidos pelo Estado. Havendo, dessa forma, relação entre a omissão do Estado garantidor e o cometimento de delitos, devendo o Estado assumir sua parcela da culpa. Nesse contexto eleva-se a necessidade de aplicação do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal Brasileiro.

2. CULPABILIDADE

⁷ BOBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edidouro, 2002, p. 30/35.

⁸ BOBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edidouro, 2002, p. 29/30.

⁹ Constituição da república federativa do Brasil de 1988, art. 1º.

¹⁰ Constituição da república federativa do Brasil de 1988, art. 5º e seguintes.

¹¹ BRASIL. Aspectos Demográficos, informações gerais. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/tabela1.shtm#a13>. Acesso em jul. 2013.

¹² BRASIL. Aspectos Demográficos, informações gerais. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/pdf/educacao_pdf.pdf. Acesso em jul. 2013.

¹³ BRASIL. Aspectos Demográficos, informações gerais. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/pdf/padrao_vida_pdf.pdf. Acesso em jul. 2013.

O Princípio da Culpabilidade estabelece que não há pena sem culpabilidade, e a medida da pena não ultrapassará a medida da culpabilidade¹⁴. Tem como pressuposto que o homem possa decidir com liberdade, tratando-se de uma liberdade material, não meramente formal, exige-se que se apanhe e concretize opções corretas¹⁵.

A reprovabilidade da conduta e a exigibilidade de conduta diversa são aspectos inerentes à culpabilidade, Frank estabelece que: “imputa-se uma conduta proibida à culpabilidade de uma pessoa quando se lhe pode fazer uma reprovação por ter incorrido nela”¹⁶ e Amaral que “somente se existir a capacidade de atuar de outro modo poder-se-á fazer o autor responsável pelo agir antijurídico, que deixa de dominar os impulsos criminais”¹⁷.

Para Jakobs a culpabilidade está inserida em uma problemática social, o que exige constante observação da sociedade, uma vez que a aplicação de uma pena é a confirmação da configuração social.¹⁸ Sendo “inegável que a má formação do caráter e da personalidade pode conduzir à criminalidade crônica com ou pelo embotamento da consciência ética.”¹⁹.

3. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Nesse tópico desenvolver-se-ão os conceitos de co-culpabilidade e co-culpabilidade às avessas, buscando-se explicar a escolha vocabular e definir o princípio estudado nesse trabalho.

3.1. CONCEITO

O Princípio da Co-Culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação

¹⁴MIR, José Cerezo. Direito Penal e Direitos Humanos: Experiência Espanhola e Euopéia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 06.

¹⁵AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM, 2003. 171-220, p.175//176.

¹⁶FRANK, citado por Roxin, Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del Delito, p. 795.

¹⁷AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM, 2003. 171-220, p.202.

¹⁸JAKOBS, Günter. Fundamentos del Derecho Penal. trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, 1 ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

¹⁹TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 1995. P.243.

social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.²⁰

A questão terminológica é relevante, co-culpabilidade dever ser entendida aqui como culpabilidade por vulnerabilidade. O termo culpabilidade não é utilizado em sua acepção dogmática, mas sim como uma forma de responsabilização indireta do Estado, por sua omissão em cumprir seus deveres constitucionais²¹.

O termo culpabilidade pode gerar confusão, uma vez que pode denotar uma culpa “penal” do Estado, o que é impossível considerando que o Estado como detentor do *jus puniendi* não pode cometer delitos e sofrer sanções penais²².

Mesmo que o termo co-culpabilidade não seja o ideal para expressar menor reprovação social do indivíduo em virtude de suas condições socioeconômicas provocadas pela inadimplência estatal, é o mais usado na doutrina penal nacional e estrangeira(...)²³.

Dessa forma, com respaldo na tradição, o termo utilizado para denominar o princípio acima exposto será Princípio da Co-culpabilidade.

3.2. CO-CULPABILIDADE ÀS AVESAS

A aplicação da co-culpabilidade às avessas pode se dar de três formas: a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos detentores de poder econômico; c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social penal.

Considerando o intuito do trabalho, faz-se interessante a discussão a respeito da terceira. Sendo possível que a co-culpabilidade seja usada tanto para agravar quanto para atenuar a pena, pode-se questionar se não há a possibilidade de aumentar a reprovabilidade da conduta, reprovabilidade penal, daqueles que mesmo estando

²⁰ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 36-37.

²¹ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 39.

²² MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 40.

²³ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 40.

socialmente integrados, tendo tido garantidos todos os direitos fundamentais, ainda assim optem pela prática delituosa.²⁴

A co-responsabilidade do Estado é diretamente proporcional à sua omissão perante o indivíduo, quanto mais omissor o Estado maior é sua co-responsabilidade e menor é a reprovabilidade da conduta. Por outro lado, “quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menos a co-responsabilidade do Estado; logo, maior a reprovação social”²⁵.

Apesar de parecer lógico tal raciocínio, este não expressa as finalidades para as quais foi desenvolvida a co-culpabilidade. O Estado está cumprindo a sua função constitucional de incluir socialmente os cidadãos, garantindo-lhes o gozo dos direitos fundamentais e os cidadãos para com os quais o Estado não foi omissor não podem ser penalizados. Além disso, por ser a regra, a reprovação daqueles que estão incluídos socialmente já está prevista e limitada no Código Penal não necessitando de majoramentos.²⁶

No Brasil, a figura da co-culpabilidade às avessas aparece no ordenamento jurídico nas duas primeiras formas (tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas e aplicando penas mais brandas ao detentores de poder econômico). Por exemplo, ao tipificar as condutas do artigo 59 da Lei de Contravenções Penais.²⁷ *In verbis*:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.²⁸

²⁴ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 44-45.

²⁵ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 46.

²⁶ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 47.

²⁷ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 96.

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Legislação federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm.

No artigo supracitado punem-se os indivíduos marginalizados, excluídos do mercado de trabalho que não possuem renda para assegurar sua subsistência. Ressalte-se que apenas indivíduos pobres que não tenham emprego seriam punidos, os ricos, ainda que desocupados, por possuírem meios de subsistência estariam excluídos do tipo penal.

4. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE EM FASE DO PRINCÍPIO À IGUALDADE

O Princípio da Co-Culpabilidade concretiza as ideias iluministas de igualdade, liberdade, justiça, fraternidade e humanidade. A Constituição Federal também traz em seu texto tais ideais, sendo dessa forma, imprescindível relacionar a Carta Magna com o princípio tratado, uma vez que aquela é fundamento daquele.

Pode-se dizer que o Princípio da Co-Culpabilidade, como princípio constitucional implícito, decorre dos princípios explícitos: da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, do pluralismo jurídico, e principalmente da igualdade.

Para relacionar o Princípio da Co-Culpabilidade com o da Legalidade é necessário assumirmos que há duas formas de desigualdades entre os homens, a física ou natural e a política, a primeira referente à idade, saúde, força, inteligência, etc. e a segunda é a que rege a hierarquia social e as relações de poder, que dão surgimento à propriedade, à riqueza, aos privilégios de classe.²⁹

Logicamente, apenas a segunda seria passível de alteração por meio do direito, porém ao considerar que apesar de todas as leis existentes as desigualdades permanecem e até se acentuam, conclui-se que a atividade legislativa, no decorrer da história, tem sido objeto utilizado pelas classes dominantes para manter sua situação social e econômica privilegiada.

Buscando amenizar essas disparidades, foi estipulada uma igualdade jurídica entre os cidadãos³⁰. Porém, esse postulado iluminista de igualdade perante a lei garante uma igualdade meramente formal, com caráter ideológico, e utilizado como justificção artificiosa do poder estatal, que canaliza sua atuação repressora junto aos seguimentos sociais historicamente

²⁹MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 57.

³⁰MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 58.

excluídos, através de mecanismos sutis de facilitação do controle formal-estatal e imunização dos mais poderosos³¹.

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder do (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal³².

Barata defende que: “O direito penal pode ser considerado o direito desigual por excelência, sem que corretivo político algum tenha se mostrado efetivo para reverter essa conatural tendência”, diz ainda que a igualdade no direito penal é um mito, que na realidade apresentaria como características: a) defende apenas os bens essenciais, nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados, porém quando pune as ofensas a esses bens o faz com intensidade desigual e modo fragmentário; b) a lei penal não é para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e distribuição do *status* de criminoso independe da danosidade social das ações e da gravidade das infrações e da gravidade das infrações à lei.³³

Confunde-se muitas vezes justiça com legalidade, o que implica a imparcialidade na aplicação da lei. Assim, ainda que os critérios de justiça de um determinado ordenamento jurídico não sejam plenamente justos, a sua aplicação de forma generalizada atenua o sentimento de injustiça.³⁴

5. CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E NA POLÍTICA CRIMINAL

A co-culpabilidade não aparece expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como ocorre, em diversos países latino-americanos. Porém já há uma sensibilização

³¹HERINGER JÚNIOR, Bruno. Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial da Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p.23/24

³²ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Direito penal brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal. V 1. Rio de Janeiro. Revan, 2008.

³³HERINGER JÚNIOR, Bruno. Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial da Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p.23/24.

³⁴HERINGER JÚNIOR, Bruno. Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial da Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p.62.

doutrinária para sua positivação, e seu reconhecimento, ainda que de forma insípida, pela jurisprudência.³⁵

Sua positivação não é só necessária, como passível de ser realizada. O legislador infraconstitucional busca promover a concretização desse princípio constitucional implícito. Há previsão expressa no anteprojeto da lei que busca reformar a Parte Geral do Código Penal brasileiro, no caput de seu artigo 59, *in verbis*³⁶:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

A jurisprudência tem aplicado a co-culpabilidade, ainda que de maneira tímida. No processo penal, afiguraria no que diz respeito à prova das condições socioeconômicas do agente. Em relação à política criminal a co-culpabilidade pode funcionar como critério corretor da seletividade do direito penal e como busca por um direito penal mínimo.³⁷

6. A CO-CULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

Apesar de não estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Co-Culpabilidade está presente em diversas legislações alienígenas, em especial nos países latino americanos, que assumem sua *mea culpa* nas questões criminais. A co-culpabilidade foi desenvolvida para atender as peculiaridades socioeconômicas dos países subdesenvolvidos, uma vez que decorre da omissão do Estado garantidor³⁸.

A co-culpabilidade aparece expressamente no Código Penal da República da Argentina, prevista como circunstância de agravante ou atenuante da pena, porém a doutrina do país sempre a tratam como circunstância atenuante. Redação semelhante aparece no direito mexicano, mas incide na primeira fase da aplicação da pena, não na segunda como na argentina. E inova ao estender expressamente a co-culpabilidade à aplicação das medidas de segurança. Os códigos penais peruano, boliviano, colombiano, equatoriano, paraguaio e português também preveem expressamente a co-culpabilidade.

³⁵ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 89.

³⁶ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 89-90.

³⁷ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 89-90.

³⁸ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 69-87.

Na Costa Rica e em El Salvador não está expresso nos códigos penais, porém já é aplicado como atenuante por interpretação análoga. No projeto do novo código penal da Costa Rica já figura expressamente.³⁹

CONCLUSÃO

Sopesando as informações apresentadas no trabalho, conclui-se que o Brasil como Estado Democrático Social de Direito tem o dever garantir a efetividade dos direitos fundamentais para todas as pessoas. Entretanto, tem sido omissa em tal tarefa e sua omissão se relaciona com o cometimento de delitos. A marginalização socioeconômica e cultural reduz a capacidade de autodeterminação do indivíduo, podendo-se esperar dele um rol reduzido de condutas, restando a ele, muitas vezes, o cometimento de delitos. Dessa forma, o sistema penal tende a punir as camadas mais frágeis da sociedade, e a igualdade jurídica mascara a desigualdade punidora.

Nesse contexto, o Princípio da Co-Culpabilidade surge como uma ação de duplo foco, quais sejam: trazer ao debate a relação entre omissão estatal e cometimento de delitos, responsabilizando o Estado por tal omissão e atenuar a seletividade e a desigualdade do direito penal pátrio. O direito brasileiro precisa e está preparado para a positivação e aplicação do Princípio da Co-Culpabilidade. A efetivação desse princípio em nosso ordenamento é necessária para que as desigualdades sociais sejam atenuadas quando da aplicação do *jus puniendi* estatal, e para que nos aproximemos de uma justiça real no direito penal.

Não obstante reste demonstrada a importância da aplicação do Princípio da Co-Culpabilidade no direito brasileiro tal entendimento não é unânime. O jurista Paulo Queiroz critica a conceituação da co-culpabilidade de forma diversa do próprio conceito de culpabilidade, considerando aquela apenas uma dimensão desta, afirma que é apenas um novo nome para designar coisa velha.⁴⁰

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM, 2003.

³⁹ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 69-87.

⁴⁰ Paulo Queiroz. Artigo: Co-culpabilidade?. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>. Acessado em jul. 2013.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro. Renavan, 1990.

BECCARIA, C. Dos Delitos e das Penas. Bauru: Edipro, 1993;

BOBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5. Ed. Rio de Janeiro: Edidouro, 2002.

BRASIL. Aspectos Demográficos, informações gerais. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 49ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Legislação federal.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen). Dezembro 2012.

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. A Teoria da Co-Culpabilidade na Perspectiva do Estado Democrático de Direito. Teresina: 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9206/a-teoria-da-co-culpabilidade-na-perspectiva-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: abr. 2013.

FRANK, citado por Roxin, Derecho Penal – Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A Culpabilidade Compartilhada como Princípio Mitigador da Ausência de Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 10, n. 1, Mar. 2009;

HERINGER JÚNIOR, Bruno. Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial da Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

JAKOBS, Günter. Fundamentos del Derecho Penal. trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, 1 ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

MIR, José Cerezo. Direito Penal e Direitos Humanos: Experiência Espanhola e Europeia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 06.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual Direito Penal Vol1: Parte geral, 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SANTOS, Adairson Alves Dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011.

PAULO QUEIROZ. Artigo: Co-culpabilidade?. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>. Acessado em jul. 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Direito penal brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal. V 1. Rio de Janeiro. Revan, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.