

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Ricardo Vilarinho Ferreira Pinto**
*Sarah Carolina Galdino da Silva***

RESUMO

O presente artigo propõe uma análise em relação ao princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito. Partindo da dogmática da sociedade, na qual os direitos como educação, trabalho, saúde, lazer, cidadania e dignidade são distribuídos de forma assimétrica, pode-se esperar que grupos excluídos não reajam de forma análoga ao padrão moral e ético das classes beneficiárias. Diante desse desequilíbrio, tem-se que o investigado é vítima do Estado, na medida em que, o Estado utiliza o Direito Penal como única forma de solução para os conflitos em sociedade. Isto faz com que os problemas continuem mascarados, aumentando a exclusão e instalando a desigualdade social e econômica reinante. Em contrapartida, temos o garantismo penal, que prima por uma aplicação coercitiva mínima do Estado. Procurou-se dessa forma, no desenvolver do trabalho, a importância do princípio da coculpabilidade para a efetivação da Justiça em um Estado Constitucional e Democrático de Direito. Assim, evidencia-se o desrespeito ao fundamento do Estado e princípio constitucional da dignidade humana. Em relação à metodologia, aplica-se o procedimento analítico (raciocínio) e as técnicas documentais e bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE

Coculpabilidade; Princípios Constitucionais; Responsabilidade do Estado; Vulnerabilidade do autor.

* Mestrando em Direito em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Advogado. E-mail: ricardo.ferreira@adv.oabsp.org.br

** Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Advogada. Jornalista. E-mail: sarahgaldino.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Estado Social de Direito, surgiu com a teoria formulada por John Maynard Keynes, na primeira metade do século XX. Tinha como ideal intervir na economia e no meio social, propiciando seguridade social às pessoas. Após o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a ser um Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito. Por suas funções, temos o dever de apoiar e criar oportunidades para a população, promovendo, a justiça social.

Porém, com o passar dos anos, percebe-se a ingerência do Estado frente a criação de políticas sociais efetivas de atendimento à saúde, à saneamento básico, à moradia, à geração de emprego e ao transporte. Essa omissão gerou, em tese, uma responsabilidade, já que, isto interfere diretamente, na conduta do indivíduo da sociedade. Assim, procura-se iniciar o estudo do princípio da coculpabilidade. Tem-se a ideia da responsabilidade civil do Estado que, responsável por conceder amparo social e material à sociedade, omite-se. Com isto, a sociedade que se encontra nesse rol de vulnerabilidade e, dependendo do estágio psicossocial de miséria, acaba por usar de meios antijurídicos e reprováveis, como forma de sobrevivência.

Temos que no Brasil, a educação, o trabalho, a saúde, o lazer, a cidadania e a dignidade, são distribuídos assimetricamente. Portanto, como esperar que grupos excluídos, vitimados pelo desprezo do Estado, reagissem de forma “equivalente” ao padrão moral e ético das classes beneficiárias? Diante dessa problemática, o presente estudo enfoca na possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme é cediço, o Estado Democrático de Direito, por meio do legítimo exercício do *jus puniendi*¹, fornece condições de repreender e punir as condutas consideradas ilícitas. O fato é que o mesmo detentor do direito de punir é o mesmo que deixa de oferecer, proporcionar e condicionar possibilidades e oportunidades dignas de sobrevivência ao cidadão

Portanto, diante da desproporcional diferença social existente, justifica-se esse trabalho. A justificativa está em ser o princípio da coculpabilidade, primordial ao moderno Direito Penal, que privilegie um Estado menos intervencionista com máximas garantias.

A problemática do referido tema relaciona-se a não explicitação no ordenamento brasileiro desse princípio. Além, de mostrar as possibilidades de seu reconhecimento como princípio implícito na Carta Magna. Questiona-se: Caso

¹ Direito de Punir do Estado (tradução livre).

houvesse sua expressividade, em qual fase da pena poderia ser aplicada? A nova reforma do Código Penal brasileiro trouxe a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade?

Em síntese, entende-se por meio do princípio da igualdade, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo jurídico e, do garantismo penal defendido por Ferrajoli, ser a coculpabilidade um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por fundamento o artigo 5º, § 2º, da CF/1988.

Quanto à fixação da pena, o juiz passaria a analisar, além dos pressupostos da pena: a culpabilidade do autor, a culpabilidade da sociedade e as condições sociais. Formaria assim, um nexos causal de corresponsabilidade, para à aplicação da pena base, com fundamento no art. 59, do Código Penal.

1 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E O DIREITO PENAL

A origem histórica do princípio da coculpabilidade revela-se complexa, já que, salvo exceções, não consta nos dispositivos legais, na maioria das legislações, que a adotam. Exemplo disto, temos o ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, existem três correntes que delimitam sua origem histórica: no século XVIII, os ideais iluministas; nos direitos socialistas e, no início do século XX, com o surgimento do Estado Liberal (MOURA, 2006).

O presente estudo adota o surgimento da coculpabilidade, nos direitos socialistas, desenvolvidos pelo médico francês Jean Paul Marat, na Suíça, em 1780. Marat publicou a obra intitulada “Plano de Legislação Criminal”, que tecia críticas sobre o Direito Penal, em face das desigualdades sociais existentes na época (FLORES, 2010).

Nesse plano, a culpabilidade era relacionada a fase representada pela sociedade, ou seja, analisava a conduta ilícita e reprovável do agente perante às condições socioculturais por ele vivenciadas.

Para Marat “a pena mais justa é a ‘talional’, mas observa que isso será só numa sociedade justa” (apud ZAFFARONI, 2006, p. 232). Nessa concepção, adepto da teoria contratualista, acreditava-se na existência de um contrato social entre a sociedade e o Estado.

Rousseau, em sua obra “Do Contrato Social”, discorreu sobre o contrato social, do qual, a sociedade, em justas condições, abriu mão de seus direitos individuais para que o Estado protegesse a sociedade. Este contrato consolidou-se, no momento em que, os homens reuniram-se em sociedade. e, partindo-se dessa

formação, para garantir a convivência, deveres foram positivados pelo Estado e tornaram-se regras a serem respeitadas. O Estado, por sua vez, garantia toda a gama de direitos fundamentais, como a igualdade, por exemplo.

Ocorre que, esse contrato começou a ser descumprido, numa verdadeira inversão paradigmática. Instaurou-se a violência, começando a reprimir a igualdade e, o individualismo postergou o bem comum.

Nesse primeiro momento, o Estado ficou inerte, deixando de utilizar-se dos poderes de polícia ou de políticas públicas para frear o nascimento das desigualdades sociais e econômicas. Em razão disso, deu-se quebra do contrato social e o Estado deixou de fornecer condições mínimas de sobrevivência à sociedade (BARROSO, 2009).

Com isto, iniciou-se questionamentos acerca do descumprimento do contrato pelo Estado, tendo em vista a desestruturação da sociedade, que, diante das desigualdades, dividiu-se em duas: a dos incluídos socialmente e a dos excluídos. Surge a interrogação: o agente excluído deveria ser fiel ao ordenamento de leis positivadas pelo Estado?

Partindo-se desse ponto, é fácil concluir que Jean Marat defendia a isonomia plena, onde o direito e à aplicação da pena deveriam ser justos na contextualização de cada sociedade, sob a garantia do Estado, bem como as diferenças sociais dentre os indivíduos seriam analisadas, em cada caso, para a correta aplicação da pena (MATTE, 2008).

Em virtude dessas considerações, os juristas Zaffaroni e Pierangeli entendem que Marat foi o precursor do pensamento do princípio da coculpabilidade, resgatando, no início de 1980, essa concepção de contrato e o idealismo de coculpabilidade:

Todo sujeito age numa determinada circunstância 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 indivíduo e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'co-culpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmando que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo Direito Penal socialista. Cremos que a co-

culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais e, portanto, tem cabimento no Código Penal (2006, p. 525).

Assim, o princípio da coculpabilidade surgiu inspirado nos ideais de Marat, “pois não é nada mais do que o reconhecimento da igualdade material, por meio da co-responsabilização indireta do Estado iluminista em não criar oportunidades iguais de inclusão social aos seus cidadãos, em virtude da sua inadimplência” (MOURA, 2006, p. 43).

Já no ordenamento jurídico pátrio, Zaffaroni identificou a coculpabilidade no atual código Penal, em seu artigo 60, *caput* e § 1º. Conclui-se que:

Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma coculpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas [...]. Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram (ZAFFARONI apud, CARVALHO, 2008, p. 74, grafia original).

Procura-se demonstrar a quebra de contrato por parte do Estado, que deixa de cumprir com sua obrigação, devendo a pena ser aplicada, conforme as oportunidades oferecidas ao infrator.

Deve-se também, analisar a etimologia da palavra. Neste passo, a palavra coculpabilidade se divide nos termos “co” e “culpabilidade”. Nessa ideia, o termo “co” é interpretado como: estar junto; concorrer; participar, na concepção de participação indireta do Estado, ou seja, deve ser entendido sob a ótica do Estado que concorre com o agente hipossuficiente na prática de determinados ilícitos. Em relação à “culpabilidade”, trata-se de um termo que não deve ser interpretado da maneira dogmática, mas sim, como um inadimplemento operante do Estado, pelo descumprimento dos seus deveres relativos à inclusão socioeconômica do agente vulnerável na sociedade (MOURA, 2006).

Em suma, a coculpabilidade adveio do Plano de Legislação Criminal, de Jean Paul Marat, em face da pena justa pela sociedade justa.

Ressalte-se que nesse primeiro tópico, registou-se o aspecto histórico e

a etimologia do princípio da coculpabilidade, como forma de compreender seus aspectos gerais.

1.1 Princípio da coculpabilidade

O comportamento humano, atualmente, é um dos casos mais estudados por todas as áreas científicas. É função do Direito Penal pátrio estudar a sociedade e o indivíduo diante de uma conduta considerada ilícita.

Quanto à conduta ilícita, existe o questionamento do grau de culpabilidade do agente infrator. Questiona-se: As pessoas que tiveram uma formação desprovida de oportunidades sociais, estão mais propensas a entrar no mundo do crime?

Partindo dessa indagação, o crime, elemento fático na sociedade, vem cada vez mais agrupando pessoas. Um dos motivos é a possibilidade de atendimento momentâneo de suas necessidades, diante da omissão do Estado.

No momento em que essas pessoas serão julgadas e condenadas pelo *jus puniendi* do Estado, para a fixação da pena, serão analisadas de forma “fria” e “instantânea”, tanto a culpabilidade, quanto outras circunstâncias. Percebe-se que, não há margem para uma análise pormenorizada de outros fatores determinantes para prática do crime, como a realidade social.

Sobre essa nova concepção em relação ao crime e a sociedade, Rocha afirma que “a resolução delitiva advém de um complexo entrelaçamento entre as necessidades físicas e as exigências psicológicas e sociais. O comportamento individual é resultante das diversas influências internas e externas” (2007, p. 350).

Dessa forma, o fundamento da reprovabilidade de conduta reforça a teoria determinista. Esta corrente aduz que o homem não é dotado do poder soberano de liberdade de escolha. Complementa que, o autor não possui o livre-arbítrio de escolher e arcar com as consequências de suas atitudes perante a sociedade, mas sim, que fatores internos e externos podem influenciá-lo na prática da infração penal, em determinados momentos (GRECO, 2010).

Apontando alguns argumentos da teoria determinista, Antônio Moniz Sodré Aragão diz que:

Admitir-se a existência de uma vontade livre, não determinada por motivos de qualquer ordem, é contestar-se o valor da herança e a influência que a educação e o meio físico e social exercem sobre os homens. Não há de fugir deste dilema. Ou a herança, o meio, a educação influem poderosamente sobre os indivíduos, formando-lhes o temperamento e o caráter, transmitindo-lhes e dando-lhes ideias e sentimentos que os

levarão à prática de atos maus ou bons, conforme a natureza das qualidades morais transmitidas e adquiridas; e, então, a vontade não é livre, mas francamente determinada por esses motivos de ordem biológica, física, e social. Ou a vontade é livre, exerce sua ação fora da influência destes fatores, e, neste caso, existe o livre-arbítrio, mas é mister confessar que o poder da herança, do meio e da educação é mera ilusão dos cientistas (apud GRECO, 2010, p. 364).

Sobre o fato de determinados indivíduos sofrerem uma forte influência do meio, pergunta-se: Qual seria essa força que o conduz para o crime? Uma das respostas é a própria sociedade, o Estado, que não promove políticas públicas para o crescimento e desenvolvimento na vida do cidadão comum. Nesse passo, a maioria se vê vulnerável, o que enseja a possibilidade de desvios de condutas, a fim de satisfazer seus anseios.

Diante dessa concepção, surge a culpa do Estado. Juarez Cirino dos Santos foi um dos estudiosos que provocou a discussão a respeito dessa nova modalidade de culpa. Passou a chamá-la de “co-culpabilidade da sociedade organizada” (apud, SILVA, J., 2010, p. 04), procurando explicar o que seria essa coculpabilidade:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida (SANTOS, apud MOREIRA, 2006, p. 36).

Isso demonstrou que a sociedade e o indivíduo criam e condicionam influências, deixando claro que o sujeito ativo não tem responsabilidade exclusiva em relação a suas condutas. Há, então, indícios concretos de que o Estado é coparticipante nesse processo, conforme Nilo Batista:

[...] a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu [...] (2007, p. 105).

Com efeito, o princípio da coculpabilidade no caso concreto terá a finalidade de proteger o réu e reconhecer “[...] o papel do Estado e da sociedade no que se

refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão” (MOREIRA, 2006, p. 38). A coculpabilidade é, portanto, um instrumento eficaz de proteção ao indivíduo contra a veleidade da norma penal incriminadora.

Sobre o tema, conceitua Grégore Moreira de Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados 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 social, gerando consequências praticadas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal (2006, p. 36-37).

Assim, entende-se que não se trata apenas de um mecanismo protetivo, e sim, de buscar uma nova reflexão do Direito Penal:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade (GRECO, 2010, p. 404).

Portanto, o princípio da coculpabilidade pode ser compreendido como um mecanismo de flexibilização da culpabilidade do autor, passando a integrar a parcela de culpa da sociedade em face de determinados delitos, mostrando a influência da relação socioeconômica como forma de determinar as condutas das pessoas.

Quando o nexos causal configurado pela relação entre a conduta delituosa e a omissão estatal for caracterizado, o princípio da coculpabilidade deve ser aplicado no momento da dosagem da pena. Se a sociedade não oferece possibilidades, a

responsabilidade do agente deve ser quantificada na medida das oportunidades que lhe foram oferecidas.

Diante disso, entende-se que a coculpabilidade é apresentada como um elemento de mudança de paradigma no Direito Penal, mostrando que se necessita de novas soluções para a conflitividade coletiva e que, através desse princípio audacioso, apresenta-se uma nova norma penal, mais humana e eficaz.

2 COCULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Estado é o responsável pela proteção da sociedade, criando normas, parâmetros, penalidades e princípios a serem seguidos e respeitados. Todos estes dispositivos estão expostos na Constituição Federal de 1988, que marcou o avanço da democracia e da justiça. Enfatizou-se em seu texto, elementos normativos para assegurarem direitos e garantias individuais e coletivas.

Diante do progresso da Constituição Cidadã percebe-se a importância dos princípios. Constituem elementos fundamentais para à interpretação e à aplicação da norma jurídica. Para Carraza:

Introduzida, na Filosofia, por Anaximandro, a palavra foi utilizada por Platão, no sentido de fundamento do raciocínio (Teeteto, 155 d), e por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (Metafísica, V.1.1.012 b 32-1.013 a 1.019). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda preposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (Crítica da Razão Pura, Dialética II,A)” (apud MOURA, 2006, p. 07).

Observa-se que, a palavra princípio origina-se do termo latino “*principium*”, que significa: início; base; origem; ponto de partida e fundamento. Princípio, portanto, é o alicerce da ciência jurídica, já que interfere não apenas na punição dos crimes, mas também intervém na esfera individual da liberdade. Sua função é promover o controle e a preservação da justiça, garantindo o Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito.

Fernando Galvão complementa:

Os princípios, justamente por fundamentarem toda a ordem jurídica, são orientadores seguros para o trabalho interpretativo das leis e a atuação concreta do operador do Direito. Nesse sentido, importa observar que são os princípios que orientam

a relação de poder do Estado para com os membros da sociedade a que serve. No Estado Democrático de Direito, os princípios penais devem limitar a atividade repressiva, estabelecendo quais são as garantias inafastáveis da liberdade individual. O poder que emana do povo, embora utilizado para atender aos interesses da coletividade, não pode ser descuidado com qualquer de seus indivíduos (2007, p. 66).

Neste contexto, compreende-se a importância dos princípios, em especial das normas penais reguladas pela Carta Magna. E, é por meio, desses princípios que haverá a junção do Direito Penal com a Constituição Federal, buscando uma norma mais justa e não altamente coercitiva.

Nesse liame, Grégore de Moura (2006) utiliza a metáfora de que a Carta Máxima seria uma “árvore jurídica” e a norma penal um de seus “galhos”, existindo uma relação entre elas, uma vez que não se pode deixar o autoperdão do Estado punitivo com toda intensidade, pois haveria uma cadeia de desigualdade.

Como enfatizado, os princípios são elementos essenciais a toda ordem jurídica, limitando as atividades repressivas, realizando parâmetros dos direitos e garantias da liberdade individual e permitindo a evolução da norma penal em observância a esses princípios, para uma melhor efetividade do direito, em busca da inatingível justiça social (ROCHA, 2007).

Ressalte-se que, na evolução da norma jurídica brasileira, é imprescindível estabelecer um liame do princípio da coculpabilidade com a nossa Carta Magna. Assim, acredita-se que a coculpabilidade é um princípio implícito na Constituição Federal de 1988, inserida no seu artigo 5º, § 2º, conforme dizeres de Grégore Moreira de Moura (2006).

Em razão disso, o nexosubentendido da coculpabilidade vem sendo fundamentado pelo princípio da igualdade, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo jurídico e, do garantismo penal.

2.1 Princípio da igualdade

Consubstanciado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Brasileira¹, o princípio da igualdade advém das ideias iluministas do século XVIII, tendo em sua concepção duas correntes sobre igualdade. A primeira resultante da Revolução Francesa de 1789, considerada como igualdade formal, onde o Estado prega que todos são iguais perante a lei.

No entanto, essa igualdade jurídica não trouxe soluções eficientes, uma

vez que o indivíduo “(...) aspira muito mais que uma simples igualdade formal. Ele necessita e luta por uma igualdade social e econômica, por meio da qual possa concretizar a plenitude de sua dignidade e de seus direitos de liberdade” (MOURA, 2006, p.58).

A segunda, igualdade material, na verdade, possui a concepção de que o Estado deveria tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Para Aristóteles (2001), a justiça distributiva consistia, propriamente, em tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, visando o meio-termo, a proporcionalidade. Assim, não se mostra suficiência apenas o ato de editar leis para garantir direitos, pois cabe ao Estado estruturar-se para modular esse pêndulo e buscar o equilíbrio da igualdade.

Nesta ordem, o princípio da coculpabilidade surge como um meio válido para “(...) estabelecer o real tratamento isonômico entre as pessoas, observando a desigualdade material existente entre os grupos da sociedade” (FLORES, 2010, p. 15).

Logo, ao reconhecer esse princípio, sua aplicação estará igualando os iguais e diferenciando os desiguais, uma vez que se trata de maneira específica, aqueles que são vulneráveis e que não possuem oportunidades do Estado (MOURA, 2006).

Observa-se a ligação entre a coculpabilidade e o princípio da igualdade, visto que ambos almejam alcançar a igualdade material, o meio-termo, visando o equilíbrio entre todos.

2.2 Princípio da individualização da pena

Elencado no artigo 5º, inciso XLV² e XLVI² da CF/1988, o princípio da individualização da pena, impõe a sua aplicação em cada caso concreto. Essa individualização se dá, conforme art. 68, do Código Penal, de forma incidente, nas três fases da pena: circunstâncias judiciais, circunstâncias atenuantes e agravantes, e, diminuição e aumento da pena.

A sanção criminal, com suas funções preventivas e repressivas, deve ser

² Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

direcionada especificamente ao autor do crime. Além disso, sua aplicação e execução devem atender não só aos aspectos objetivos do delito, mas também aos subjetivos e às individuais características do condenado, respectivamente (MOURA, 2006).

Em todas essas fases o juiz deve estrita obediência a esse mandamento constitucional, ou seja, limitar o poder punitivo do Estado, valorizando a culpabilidade em face do agente punido.

Nesse sentido, segue o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios do art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer (STJ, HC 48122/SP; HC 2005/0156373-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 12/06/2006, p. 511).

Diante disso, o princípio da coculpabilidade realça a vulnerabilidade do agente frente à sociedade, individualizando-o. Este posicionamento vai ao encontro do que requer o princípio da individualização da pena, visto que se deve analisar individualmente a pessoa do condenado, levando-se em consideração às suas condições econômicas e pessoais, para que se obtenha maior efetividade frente à norma penal:

Como efeito, a positivação do princípio da coculpabilidade no Código Penal brasileiro propiciará ao julgador considerar na aplicação e execução da pena outras circunstâncias relevantes que circundaram o delito, isto é, as condições de miserabilidade e desemprego, enfim, as condições socioeconômicas do agente, desde que estas tenham influência na prática do fato crime (MOURA, 2006, p. 64).

Conclui-se que, a coculpabilidade será mais um fator a ser considerado na individualização da pena. Constitui-se um elemento de análise a cada caso concreto pelo juiz, para que haja justiça.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Fundamento do Estado Democrático de Direito e como direito fundamental irrenunciável, a dignidade da pessoa humana foi inserida no artigo 1º, inciso III³, da

³ Artigo 1º. República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III – a dignidade da pessoa humana.

Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, o Estado deveria garantir condições de assistência; emprego; oportunidades; educação; moradia; cultura e lazer, visando o bem-estar do cidadão. Temos que a “própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana” (BITTAR, 2005, p. 302). Portanto, o indivíduo para ser digno precisa estar inserido socialmente.

Mas, no Brasil, isto não vem ocorrendo. Isto se dá, devido a inúmeros fatores, como o inchaço da máquina administrativa pública, a corrupção, a falta de recursos, os interesses exclusivamente individuais, as desigualdades sociais, econômicas e culturais, dentre outras. Assim, a criminalidade e a exclusão social crescem cada dia mais, diante de um Estado indolente. Nesse aspecto, Marcelo Saliba disserta:

Essa criminalidade organizada cresce e se desenvolve nas regiões metropolitanas onde os olhares não chegam e não querem chegar; cresce onde a única resposta social levada ao domicílio é a arma da repressão e da violência. O grito dos excluídos fez acordar por breves momentos a sociedade e discutir e tentar compreender a razão daquela revolta, todavia a falsa ideologia do sistema penal de controle repressivo para a paz fez adormecer novamente todos aqueles que despertaram, até que tudo recomeça (2009, p.106).

Neste contexto, a coculpabilidade insurge-se como forma de realçar a condição de seres humanos que se veem marginalizados, vitimados pela ingerência do Estado. A dignidade da pessoa humana evidencia o dever do Estado em promover a inclusão social dos cidadãos em sociedade.

2.4 Princípio do pluralismo jurídico

A sociedade é formada por diferentes culturas e modelos, mas o padrão de vida acaba sendo estabelecido pelas classes dominantes economicamente. Isso faz com que as pessoas busquem a sua “dignidade” de qualquer forma. O Estado, por sua vez, edita normas de uma forma desenfreada, buscando minimizar os efeitos da grande indústria midiática.

Nesse passo, o pluralismo jurídico surge como forma de materializar essa igualdade instalada, sob enfoque de uma justiça informal, possibilitando a abertura de um paralelo a novos sistemas, para atender as pessoas excluídas da proteção estatal.

Antônio Carlos Wolkmer elucida este princípio como: “[...] multiplicidade de prática jurídica existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (2001, p. 219).

Em razão disso, o pluralismo jurídico advém da concepção de que novas normas podem ser aplicadas inconstantemente para reger os direitos dos indivíduos em sociedade. Busca-se resolver os conflitos através da adoção de novas ordens para melhorar a qualidade de vida de cada grupo, conforme sua realidade sociocultural. (COLEDEL, 2010).

Oportuno dizer que esse direito alternativo reforça a coculpabilidade, porque no Brasil as diversas classes sociais precisam ser abrangidas por um sistema jurídico social que garanta os direitos de todos os cidadãos.

Indubitável é verificar o liame entre o pluralismo jurídico e a coculpabilidade, pelos objetivos fundamentais postos no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal⁴:

Assim, a co-culpabilidade como reconhecimento, pelo Estado, da sua ineficiência em atingir seus objetivos, principalmente o disposto no art.3º, inciso III, da Constituição Federal, é o próprio respeito às classes sociais menos favorecidas e marginalizadas, que propõe a legalização do pluralismo jurídico, perfilhando o verdadeiro espírito democrático em um mundo globalizado, onde deve haver o reconhecimento das minorias (MOURA, 2006, p. 66).

Portanto, reconhecer o princípio da coculpabilidade é buscar um direito mais justo, através do respeito às minorias e da emancipação da paz social.

3 GARANTISMO PENAL

Por derradeiro, o garantismo penal apresentado por Luigi Ferrajoli, por meio dos dez princípios que estruturam o modelo de responsabilidade penal:

- A1 Nulla poena sine crimine;
- A2 Nulla crimen sine lege;
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate;
- A4 Nulla necessitas sine injuria;
- A5 Nulla injuria sine actione;

⁴ Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...); III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

- A6 Nulla actio sine culpa;
- A7 Nulla culpa sine iudicio;
- A8 Nulla iudicium sine accusatione;
- A9 Nulla accusation sine probatione;
- A10 Nulla probation sine defensione (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

Desde logo, os princípios penais e processuais, respectivamente:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Em virtude desse ensinamento, a teoria impõe limites ao Direito Penal. Demonstra uma forma de prevenção, controlando a intervenção penal através dos princípios penais e processuais.

Posta a questão, a coculpabilidade viabiliza o garantismo penal, uma vez que os princípios desenvolvidos concretizam a produção dos fatos, tornando a pena mais justa:

[...] a co-culpabilidade aproxima o sistema penal e o processo penal da verdade, pois retrata, na aplicação da pena e na produção da prova em juízo, uma condenação mais condizente com a realidade fática, representando maior verificabilidade da prova produzida em juízo (MOURA, 2006, p. 67).

Por tais razões, o garantismo penal de Ferrajoli e o princípio da coculpabilidade não propõem a perfeita norma penal e processual, o que seria utópico almejar, mas oferecem certezas fáticas ao processo, com o aumento da funcionalidade do ordenamento jurídico constitucional penal.

Ao ensejo da conclusão deste capítulo, a coculpabilidade aparece como uma maneira de reconhecer a passividade do Estado em não dar dignidade à pessoa humana e, frente à exclusão social decorrente, resgatar os direitos e valores contingentes do sujeito menos favorecido (MOURA, 2006).

Conforme propõe o preâmbulo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e de miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como seus direitos civis e políticos.

Neste diapasão, Grégore Moura conceitua a coculpabilidade como um princípio constitucionalmente implícito, afirmando que:

O reconhecimento do princípio da co-culpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art.5º, §2º, da Constituição Federal. (...) Aceitar a coculpabilidade como princípio constitucional implícito “obriga” o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito à justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos (2006, p. 113).

Portanto, o princípio da coculpabilidade possui o fundamento previsto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988:

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Enfim, considera-se que o reconhecimento do princípio da coculpabilidade é um instrumento necessário que identifica a parcela de culpa do Estado que não garante à sociedade a dignidade da pessoa humana. As atuais conjunturas sociais, econômicas e culturais da sociedade exigem que algo seja feito com o intuito de pressionar o Estado (MOURA, 2006; PERREIRA, 2009).

Por tais razões, recomenda-se uma transformação no sistema penal retributivo, para que o acusado seja reconhecido como um ser humano passível de

direitos e deveres. Somente assim se poderá atingir a plenitude da cidadania, do devido processo legal e do acesso à justiça, para se compor no Brasil um Estado Democrático de Direito Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no trabalho, deve-se entender que a culpabilidade não pode ser quantificada tão somente pelo juízo de reprovação, como norma jurídica que regula o nível de culpa do agente. Assim, torna-se necessário refletir que diversos fatores, envolvem a atividade criminosa e a personalidade do agente, pois a sociedade, como se sabe, é formada por diversos estratos sociais, onde, em grande parte deles, há a convivência diária com o crime e a violência, gerando diferentes discernimentos.

Num país em que direitos sociais básicos, como saúde, emprego e educação não são alcançados por todos os cidadãos, formam-se bolsões de exclusão, por causa da omissão do Estado. Com a ausência da atuação estatal, aumenta-se a impunidade, e o agente transgressor permite-se pensar que sua conduta desviante é algo banal.

Portanto, não se pode perder de vista a amplitude do fator social diante das condutas antijurídicas imputadas ao cidadão comum, cujos direitos são sonegados pela falta de atuação do Estado. Assim, não se torna justa uma punição estatal que se utiliza o Direito Penal como primeira *ratio juris*.

Nesse passo, é imperioso pensar que o sistema penal necessita de uma reformulação, compreendendo-se que a luta por justiça é o equilíbrio entre o direito de punir e de liberdade, perpassa, necessariamente, pelo respeito absoluto aos Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Assim, passa-se a defender o instituto da coculpabilidade como forma de amenizar as distorções trazidas pela seletividade do Direito Penal, uma vez que as políticas econômicas do capitalismo não vêm proporcionando igualdade social preconizada.

Em virtude dessas considerações, a reprovação penal consubstanciada de maneira igualitária, somente com base no contexto probatório, não obedece ao princípio da igualdade. É preciso que haja um julgamento que componha a personalidade do agente e as relações sociais que ele está inserido, de modo efetivo e não *pro forma*. Em outras palavras, é preciso insistir no fato de que a exigibilidade da conduta diversa e a consciência da ilicitude não devem ser interpretadas grosso modo, com fundamento tão somente na normatividade pura e simples, mas devem ser analisadas no caso concreto de forma objetiva e subjetiva.

Por fim, cumpre ressaltar que, através do escasso conteúdo bibliográfico e jurisprudencial acerca do tema coculpabilidade, bem como, observados os estudos doutrinários específicos de direito que abordam essas questões de modo pouco relevante, compreende-se que a seletividade está de fato presente no seio do Direito Penal.

Portanto, o princípio da coculpabilidade ainda necessita de ser debatido e estudado, como forma de se buscar um Estado Democrático de Direito, com a aplicação prática dos preceitos de igualdade e melhor respeitando o princípio da individualização da pena, como critério de justiça.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três ecolas penais**. São Paulo: Freitas, Bastas, 1995.
- BARROSO, Rosana Carrijo. **Liberdade e Autodeterminação, Direitos Fundamentais e Democracia: por uma reorientação do conceito de culpabilidade**. Curitiba: 2009. Dissertação de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 de setembro. 2015.
- CARRAZ, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO Salo. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO Salo. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- DECRETO LEI N.º 678, de 06.11.92. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. DOU de 06.11.92.

FLORES, Marcelo Marcante. **Estado Responsabilidade e co-culpabilidade penal**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tcell/trabalhos2007_1/marcelo_marcante.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MATTE, Natalia Allet. **O Princípio da Co-culpabilidade e sua (in) aplicabilidade no Direito Penal brasileiro**. Biguaçu: 2008. Monografia Científica em Direito na Universidade do Vale do Itajá-UNIVALE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.html>. Acesso em 29 de setembro de 2015.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2006.

ROCHA, Fernando A.N. Galvão da. **Direito penal. Curso completo**. Parte Geral. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, João Carlos Carvalho da; GOMES, Edílson Francisco. **Princípio da co-culpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1222>>. Acesso em 22 de setembro de 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5ª Turma, HC nº HC 48.122/SP; HC 2005/0156373-8. Relator: Laurita Vaz. Data do julgamento: Data do julgamento: 04.05.06. DJ 12/06/2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.