



**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**  
**Coordenação do Curso de Direito**

**CAMILA ALVES DA CRUZ**

**A CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE**  
**GENÉRICA**

**Brasília - DF**

**2011**

**CAMILA ALVES DA CRUZ**

**A CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE  
GENÉRICA**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Coordenação de Direito do  
Centro Universitário do Distrito Federal -  
UDF, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito  
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

**Brasília -DF**

**2011**

## CAMILA ALVES DA CRUZ

### A CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE GENÉRICA

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Coordenação de Direito do  
Centro Universitário do Distrito Federal -  
UDF, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito  
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010

Banca Examinadora

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

Nota: \_\_\_\_\_

*Dedicatória*

*Dedico à minha mãe, porque tudo, ao final, é para ela.*

*Ao meu pai, pelo reconhecido esforço em minha formação.*

*À minha irmã, por existir em minha vida.*

## AGRADECIMENTO

*Agradeço primeiramente a Deus, e ao Professor Valdinei Cordeiro Coimbra, pela dedicação com que me orientou.*

*Agradeço, ainda, àqueles que estiveram ao meu lado, torcendo por mim em cada conquista, e que tão bem compreenderam a minha ausência.*

*“Com que autoridade pode a sociedade exigir o fim da verdadeira guerra civil travada em forma de assaltos, tráfico de drogas e desrespeito às normas, quando predominam as leis implacáveis do capitalismo selvagem, que mantém um número crescente de cidadão sem nome, sem casa, sem trabalho, sem remuneração digna, sem esperança de inclusão social? As promessas e ofertas do mercado não incluem os excluídos. Os “falcões” [meninos usados pelos traficantes para o trabalho exposto, sujo], de alguma forma, expressam o fracasso de políticas sociais excludentes. Em nome de qual lei adotarão os valores defendidos por uma sociedade – que somos nós mesmos – que lhes nega nome, identidade e futuro? O futuro é a morte.”*

Cláudio Costa

## RESUMO

A presente monografia tem como tema a co-culpabilidade e sua possível aplicação como atenuante genérica, nos termos do artigo 66 do Código Penal. Para tanto, em um primeiro momento aborda o conceito de culpabilidade como elemento integrante do crime, imprescindível para melhor compreensão do assunto discutido. Em seguida, trata da teoria e conceito da co-culpabilidade, bem como sua origem histórica e as demais teorias que têm ligação com a sua evolução teórica. Nessa linha, tendo em vista que a co-culpabilidade é prevista nos ordenamentos jurídicos penais de vários países, o presente estudo aborda esses dispositivos estrangeiros, especificamente os dos países latino-americanos, os quais possuem uma situação econômico-social semelhante à do Brasil, com o fim de demonstrar a possibilidade de positivação da co-culpabilidade. Por fim, a pesquisa analisa a possibilidade de aplicação de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica, aplicando, para tanto, o art. 66 do Código Penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Co-culpabilidade. Exclusão social. Atenuante genérica.

## ABSTRACT

This monographic research main theme is the co-culpability principle and it's application as a generic penal mitigation, under the speech of the 66 article of the brazilian Penal Code. To reach this objective, addresses the co-culpability concept as a criminal element, indispensable to the understanding of the subject. Then, looks to the theory and to the concept of co-culpability, as it's origins and theoretical evolution. In this line, given that the co-culpability is foreseen at the juridical order of many countries, this research looks up to the foreign devices, specifically, the latin ones which have the economic and social situation suchlike Brazil's, to demonstrate the possibility of co-culpability positivation. In the end, the research analyzes the possibility of applying that principle in the brazilian juridic order as a generic mitigating system, as says the 66 article of the Penal Code.

**Key words:** *Co-culpability. Social Exclusion. Generical Atenuation.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> -----	<b>10</b>
<b>1 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME</b> -----	<b>12</b>
<b>2 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE</b> -----	<b>20</b>
2.1 TEORIA E CONCEITO DA CO-CULPABILIDADE-----	20
2.2 ORIGEM HISTÓRICA-----	22
2.3 RESPONSABILIDADE SOCIAL E CO-CULPABILIDADE-----	23
2.4 A CO-CULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988-----	26
2.5 A CO-CULPABILIDADE ÀS AVESAS-----	30
2.6 A CO-CULPABILIDADE E A TEORIA DE MERTON-----	33
<b>3 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO</b> -----	<b>37</b>
3.1 NO ORDENAMENTO JURÍDICO ARGENTINO-----	37
3.2 NO ORDENAMENTO JURÍDICO PERUANO-----	38
3.3 NO ORDENAMENTO BOLIVIANO-----	39
3.4 NO ORDENAMENTO JURÍDICO COSTA RIQUEÑO-----	39
3.5 NO ORDENAMENTO JURÍDICO EQUATORIANO-----	41
3.6 NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARAGUAIO-----	41
<b>4 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE GENÉRICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> -----	<b>43</b>
4.1 APLICAÇÃO DA PENA-----	43
4.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E A CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE-----	48
<b>CONCLUSÃO</b> -----	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> -----	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a co-culpabilidade como atenuante genérica, cujo objetivo é a descrição e análise da co-culpabilidade e a sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica.

Será que a pessoa que cresce e vive em um ambiente social equilibrado, com moradia digna, alimentação, acesso à educação e a serviços de saúde adequados, com trabalhos lícitos e com remuneração razoável, mesmo que seja baixa, tem as mesmas possibilidades de conduta daquela pessoa que vive na miséria, sem teto ou com moradia precária, presenciando atos de violência habitualmente, sem comida e sem escolaridade?

É justamente essa situação fática que o princípio da co-culpabilidade discute. Com isso, no juízo de censura da conduta devem ser observados vários fatores, inclusive a responsabilidade do Estado nos crimes cometidos por seus cidadãos, não sendo apenas o agente responsável por essa infração, ante a ausência de oportunidades e assistência oferecidas ao mesmo.

Assim, se o Estado não oportuniza a todos os seus cidadãos o mesmo espaço social, o juízo de reprovação deve adequar-se, em cada caso, ao espaço social que foi disponibilizado para o indivíduo.

A problematização do trabalho é seguinte indagação: Como podemos concretizar essa divisão de responsabilidade entre o Estado e aquele que, em virtude de sua exclusão social, praticou determinado crime?

Segundo a pesquisa, há duas possibilidades para haver essa concretização. A primeira hipótese seria a absolvição do autor do crime, dependendo da situação de exclusão social que se encontrava a pessoa. Já a segunda hipótese seria a atenuação da reprimenda, tendo em vista a interpretação do artigo 66 do Código Penal brasileiro à luz do Estado Democrático de Direito.

O método aplicado na execução da presente pesquisa é o sócio-jurídico, ou seja, a combinação da análise jurídica e sociológica dos fatos. Esse tipo de método

tem por objetivo integrar o Direito na estrutura social, uma vez que não há regras específicas sobre o tema discutido.

A técnica utilizada foi predominantemente de pesquisa monográfica, tendo como estrutura uma revisão bibliográfica. Entretanto, também foi utilizada a técnica de pesquisa com método comparado. A fonte de pesquisa será a bibliográfica, a qual inclui livros e internet.

A possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica foi desenvolvida por Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Assim, são dois doutrinadores que se destacam no estudo desse tema. Ademais, Grégore Moura também é um importante autor que trata da co-culpabilidade, em uma obra específica sobre esse assunto.

Para desenvolver tal pesquisa, optou-se por dividir o trabalho em quatro capítulos diversos. Contudo, ligados entre si, a fim de um servir de suporte para o tema a ser discutido.

O presente estudo será iniciado com a análise da culpabilidade como elemento integrante do crime e em seguida será abordada a teoria e conceito da co-culpabilidade, bem como sua origem histórica e outras teorias que estão estritamente ligadas ao princípio da co-culpabilidade, como a responsabilidade social de Enrico Ferri, a teoria da anomia de Merton e a co-culpabilidade às avessas. Ainda no segundo capítulo será abordada a ligação entre o princípio da co-culpabilidade e os princípios constitucionais, tais como da individualização da pena, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, será abordada a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade no direito penal comparado, mais especificamente nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos.

Por fim, no quarto capítulo será estudada a aplicação da co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica, mediante a aplicação do artigo 66 do Código Penal brasileiro.

## 1 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME

Inicialmente, cumpre analisar o conceito de crime na sua forma mais simples. Como bem explica Nelson Hungria citado por Nilo Batista<sup>1</sup>:

O crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (effectus sceleris), isto é, a conseqüente lesão ou periclitacão de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.

Em princípio, foi adotado pela doutrina brasileira um conceito formal de crime, no qual o delito seria “toda ação ou omissão proibida por lei sob ameaça de pena”<sup>2</sup>. Nesse conceito, a simples ação ou omissão que fosse contrária à lei, já seria considerada crime, não sendo analisada a essência do ato.

Posteriormente, ante a definição vaga do conceito formal de crime, adotou-se uma definição material, no qual o crime passou a ser definido como sendo uma conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem jurídico protegido pela lei.

Porém, não era possível ter uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime tendo como base apenas o conceito formal e material. Diante disso, houve a necessidade de elaborar um conceito analítico, o qual passou a definir o crime como uma ação típica, antijurídica e culpável<sup>3</sup>.

Analisando o primeiro elemento do crime, para se afirmar que um fato concreto é típico, é necessário que “ele se contenha perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal.”<sup>4</sup> Assim, são elementos do fato típico: a conduta (ação ou omissão); o resultado, o definido como sendo a “modificação do mundo exterior provocado pelo comportamento humano voluntário”<sup>5</sup>; o nexu causal, o qual consiste no vínculo necessário entre a conduta e o resultado.

---

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Revan.

<sup>2</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 148

<sup>3</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 88

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 97

Partindo para o segundo elemento, a antijuridicidade “é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico.”<sup>6</sup>

Portanto, para que haja a antijuridicidade é necessário que a conduta do agente tenha contrariado uma norma jurídica anterior, pois se não houver essa contradição, por mais antissocial que seja o ato praticado, não poderá ser considerado antijurídico, uma vez que não estaria ferindo o ordenamento jurídico penal.

Desse modo, foi visto que o crime é fato típico, antijurídico e culpável. Assim, para a existência do ilícito penal é necessário que a conduta típica e antijurídica seja, ainda, culpável.

Nas lições de Cury Urzúa, “a culpabilidade é reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou não obstante que na situação concreta podia submeter-se às determinações e proibições do direito”.<sup>7</sup>

Sanzo Brodt, citado por Rogério Greco, define a culpabilidade nos seguintes termos<sup>8</sup>:

A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica.

Assim, ao contrário do que afirmam alguns autores, que consideram a culpabilidade apenas como mero pressuposto da pena, aqui a culpabilidade integra a teoria do delito. Nesse sentido, César Bitencourt ao citar a obra de Welzel, confirma que a “culpabilidade é um elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa”.<sup>9</sup>

Nesse sentido, Rogério Greco, ao citar a lição de Roxin, assim assevera<sup>10</sup>:

O injusto penal, quer dizer, uma conduta típica e antijurídica, não é em si punível. A qualificação como injusto expressa tão somente que o fato

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 167

<sup>7</sup> CÚRY URZÚA, Enrique. **Derecho Penal – Parte general**. Santiago: Jurídica de Chile, 1992, p. 7

<sup>8</sup> SANZO BRODT, Luis Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

<sup>9</sup> BITENCOURT, César Roberto. Op. Cit. p. 210

<sup>10</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Ed. Ímpetrus, 2010, p. 201

realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não o autoriza a concluir que aquele deva responder pessoalmente por isso, pois que esta questão deve ser decidida em um terceiro nível de valoração: o da culpabilidade.

Com base nos ensinamentos de Cirino dos Santos<sup>11</sup>, o conceito de culpabilidade tem como elementos centrais a imputabilidade (capacidade de culpabilidade), a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento conforme o direito. Este último tem como fundamento concreto a normalidade das circunstâncias de realização do tipo de injusto, o que significa dizer que, por exemplo, se o autor encontra-se inserido em um contexto de condições sociais adversas (máxima negação da situação de normalidade das circunstâncias do fato), privado do mínimo acesso aos direitos fundamentais, como alimentação, moradia, educação e higiene, a motivação da vontade nas decisões da vida é também anormal, o que diminui o grau de reprovação da conduta.

Como bem esclarece Juarez Cirino dos Santos<sup>12</sup> “[...] a culpabilidade do autor pela realização do tipo do injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do injusto [...]”.

Por oportuno, cumpre ressaltar o entendimento de Nilo Batista acerca do conceito de culpabilidade<sup>13</sup>:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.

Assevera, ainda<sup>14</sup>:

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade.

Conclui-se, portanto, que para uma conduta típica e antijurídica possa ser considerada crime, ela tem que ser culpável. Como bem salienta Cezar Bittencourt,

---

<sup>11</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

<sup>12</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

<sup>13</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103

somente uma ação humana pode ser objeto do juízo de censura, que consiste em uma avaliação na qual determinada conduta vai ser tida como censurável ou incensurável.

Existem duas correntes que justificam e fundamentam esse juízo de censura, quais sejam, a corrente que defende o livre-arbítrio e a corrente que prega o determinismo.

Para a primeira corrente, fruto da Escola Clássica, o homem é moralmente livre para fazer as suas escolhas, podendo agir conforme o ordenamento jurídico ou optar por praticar um ato criminoso, contrariando, assim, a norma penal.

É o que se denomina de livre arbítrio, o qual consiste no “poder do homem psiquicamente desenvolvido de conduzir livremente a vida da maneira que aprovar”.<sup>15</sup> Assim, todos os homens são livres para fazer suas próprias escolhas, sendo os donos de sua ação.

Em relação à corrente que prega o livre-arbítrio, Moniz Sodré assevera<sup>16</sup>:

Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinqüentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. Só é punível quem é moralmente livre e, por conseguinte, moralmente responsável, porque só estes podem ser autores de delitos. Se o homem cometeu um crime deve ser punido porque estava em suas mãos abster-se ou se o quisesse, praticar ao invés dele um ato meritório.

Já para segunda corrente – o determinismo, que surgiu na Escola Positiva, o homem não teria essa liberdade de forma plena, sendo fortemente influenciado pelo meio em que vive. Assim, em determinados casos, observa-se que o homem não era livre para escolher agir conforme o direito.

Acerca da teoria determinista, Moniz Sodré leciona<sup>17</sup>:

---

<sup>14</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104

<sup>15</sup> BOCSHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 66

<sup>16</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. São Paulo: Freitas Bastos, 1995, p.72

<sup>17</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. São Paulo: Freitas Bastos, 1995, p. 82

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 fugir deste dilema. Ou a herança, o meio, a educação influem poderosamente sobre os indivíduos, formando-lhes e dando-lhes idéias 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.

Para Rogério Greco, uma corrente não exclui a outra, pelo contrário, as duas se completam. Explicando esse entendimento, Greco exemplifica com o crime de tráfico ilícito de entorpecentes:<sup>18</sup>

Todos sabemos a influência, por exemplo, do meio social na prática de determinada infração penal. Temos, quase que diariamente, por meio da imprensa, notícias de que o tráfico de entorpecentes procura arregimentar pessoas da própria comunidade para que possam praticar comércio ilícito de drogas. Muitos são atraídos pela ausência de oportunidades de trabalho; outros, pela falsa impressão de poder e autoridade que o tráfico de drogas transmite. Enfim, o meio social pode exercer influência ou mesmo determinar a prática de uma infração penal. Contudo, nem todas as pessoas que convivem nesse meio social se deixam influenciar e, com isso, resistem à prática de crimes. Outras, pelo fato de a pressão social ser demasiadamente forte, deixam-se levar.

Concluindo a questão do conceito de culpabilidade como um juízo de censura, Rogério Greco leciona:

[...] o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, é individual, pois o homem é um ser que possui sua própria identidade, razão pela qual não existe um ser igual ao outro. Temos nossas peculiaridades, que nos distinguem dos demais. Por isso, em tema de culpabilidade, todos os fatos, internos e externos, devem ser considerados a fim de se apurar se o agente, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo.

Diante desses conceitos, conclui-se que se trata de um juízo de “reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez não do que o homem é.”<sup>19</sup>

Na conceituação de Roxin:

Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um direito penal do autor quando a pena

---

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 373.

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.44

se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.

Rogério Grego afirma que “um direito penal exclusivamente do autor é um direito intolerável, porque não se julga, não se valia aquilo que o homem fez, mas, sim, o que ele é”<sup>20</sup>. Nesse sentido é a lição de Zaffaroni e Pierangeli<sup>21</sup>:

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.

Corroborando esse entendimento, Nilo Batista aduz que o direito penal só pode ser do fato, e não um direito penal do autor, ou seja, um direito que não reprove a personalidade da pessoa, mas sim a sua conduta.

Entretanto, para a doutrina moderna tem que haver uma moderação entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, não devendo ser um direito exclusivamente de um ou de outro. Nesse sentido é a lição de Assis Toledo<sup>22</sup>:

Na verdade, porém, nenhum sistema se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos. [...] Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor. Esta é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado direito penal do fato.

Ademais, segundo o autor espanhol Juan Bustos Ramires<sup>23</sup>, para determinar o conteúdo da culpabilidade não se pode partir do indivíduo sem que se conceba o indivíduo na sociedade. É sempre necessário levar em consideração as condições do autor e sua dimensão social.

---

<sup>20</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 383

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 119.

<sup>22</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251

<sup>23</sup> BUSTOS RAMIREZ, Ruan. **Manual de Derecho Penal Español – Parte General**. Barcelona: Ariel Editorial, 1984.

Na mesma esteira, importante ressaltar a lição de Günther Jackobs<sup>24</sup>:

Para a determinação da culpabilidade, deve-se, então, acordar quantas pressões sociais podem ser imputadas ao autor afetado pela atribuição de culpabilidade e quantas particularidades perturbadoras do autor têm que ser aceitas pelo Estado e pela sociedade ou arcadas por terceiros – também pela própria vítima”.

Seguindo o entendimento de Jakobs, um princípio defendido pelo doutrinador Juarez Cirino dos Santos, que está de certa forma ligado ao princípio da co-culpabilidade, é o princípio da alteridade, o qual “permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento anti-social na normalidade de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto.”<sup>25</sup>

Continuando o raciocínio, ainda, assevera:

O estudo da culpabilidade consiste na pesquisa de defeitos na formação da vontade antijurídica: a) na área da capacidade de vontade, a pesquisa de defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico; b) na área do conhecimento do injusto, a pesquisa de condições internas negativas do conhecimento real do que faz, expressas no erro de proibição; c) na área da exigibilidade, a pesquisa de condições externas negativas do poder de não fazer o que faz: as situações de exculpação, determinantes de conflitos, pressões, perturbações, medos, etc.

Dessa forma, na seara da exigibilidade é que se observa a relação com o princípio da co-culpabilidade, uma vez que, diante de uma situação de pressão e perturbações, decorrente da ausência de assistência por parte do Estado de oferecer as condições mínimas de sobrevivência aos seus cidadãos, o indivíduo acaba por cometer um crime para suprir suas necessidades mais básicas, devendo assim o mesmo Estado arcar com uma parte da responsabilidade, tornando-se um co-responsável.

Ademais, não podemos abster de analisar a relação entre a culpabilidade e a pena.

Partindo do brocardo que a pena não pode ultrapassar os limites da culpabilidade, observa-se que a culpabilidade não é apenas um componente do crime, mas sim o próprio limite para a fixação da pena. Nesse sentido leciona Juarez

---

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2009, p. 691.

<sup>25</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 293.

Tavares, “a culpabilidade não será apenas um elemento de composição do delito, para afirmar a sua completude, mas, também o meio idôneo a impor limites às finalidades preventivas conferidas à pena.” (A relação entre culpabilidade e a pena).

Na mesma esteira, leciona Juarez Cirino dos Santos<sup>26</sup>:

A noção de culpabilidade como limitação do poder de punir parece contribuir para a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão.

Desse modo, a culpabilidade como limitação da pena é uma garantia à liberdade do indivíduo, tendo em vista que não pode haver pena sem culpabilidade, e quanto menor o grau de reprovação sobre a conduta do agente, menor deve ser a intervenção do Estado, decorrente do seu poder de punir.

---

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 288.

## 2 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Será que a pessoa que cresce e vive em um ambiente social equilibrado, com moradia digna, alimentação, acesso à educação e a serviços de saúde adequados, com trabalhos lícitos e com remuneração razoável, tem as mesmas possibilidades de conduta daquela pessoa que vive na miséria, sem teto ou com moradia precária, presenciando atos de violência habitualmente, sem comida e sem escolaridade?

É justamente essa situação fática que a teoria da co-culpabilidade vem discutindo.

Diante dessa indagação, mostra-se imprescindível aplicar critérios sociais e filosóficos na aplicação do Direito Penal, tendo em vista a manifesta desigualdade social existente em um país como o Brasil.

### 2.1 TEORIA E CONCEITO DA CO-CULPABILIDADE

Como explica Grégore Moura<sup>27</sup> o Direito Penal influencia toda a sociedade. Isso porque, está estritamente ligado ao direito de liberdade, a qual consiste em um bem jurídico que está protegido tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Código Penal, devendo, assim, ser privada apenas em casos extraordinários.

Entretanto, não é suficiente proteger esse direito apenas através de normas, é necessário aplicar um critério social na aplicação do Direito Penal, em face das desigualdades sociais existentes no Brasil.

Sendo assim, com base nessas desigualdades sociais “não seria justo que se cobrasse com o mesmo rigor o cumprimento da lei daqueles que têm menos oportunidades e opções na vida em sociedade, em relação à parte da população”.<sup>28</sup>

Como diz Zaffaroni, “reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido.”<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 19.

Partindo dessa idéia é que nasce o princípio da co-culpabilidade, o qual foi bem explicado por Juarez Cirino dos Santos<sup>30</sup>:

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.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, o princípio da co-culpabilidade seria <sup>31</sup>:

[...] há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'co-culpabilidade', com a qual a sociedade deve arcar.

Por sua vez, Grégore Moura assim conceitua a co-culpabilidade<sup>32</sup>:

Portanto, a co-culpabilidade é uma *mea-culpa* da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.

Assim, não teria sentido que o Estado, detentor do *jus puniendi*, não reconhecesse sua influência e parcela de responsabilidade ao colocar o seu cidadão em situações adversas, sem oportunidades para adquirir uma vida digna.

Como observa Nilo Batista, trata-se de considerar no juízo de reprovabilidade “a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada.” <sup>33</sup>

Nilo Batista assevera, ainda, acerca desse tema<sup>34</sup>:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que

---

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997

<sup>30</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3. Ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 265-266.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p.613.

<sup>32</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 1

<sup>33</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

<sup>34</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105

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.

Portanto, ao realizar o juízo de censura, deve ser considerado o contexto social no qual o acusado pela prática de determinada infração penal se encontra inserido.

## 2.2 ORIGEM HISTÓRICA

Segundo Grégore Moura <sup>35</sup>, o princípio da co-culpabilidade surgiu com o advento das idéias iluministas e com a criação dos Estados Liberais. Porém, essas idéias tiveram como conseqüência o aprofundamento das desigualdades sociais, como se o Direito fosse um instrumento para manter o controle das classes sociais menos favorecidas.

Em contrapartida, surgiram as idéias marxistas, que tinham como objetivo acabar com essas desigualdades sociais, ou seja, “criticando o direito como superestrutura com função ideológica para manter e fomentar o estado capitalista.”<sup>36</sup>

Desse modo, alguns autores defendem que a co-culpabilidade surgiu em razão dos direitos socialistas.

Partindo da idéia de que o direito penal socialista busca a igualdade formal, bem como a igualdade material, é correto entender que a co-culpabilidade, realmente, nasceu do direito penal socialista, uma vez que tal princípio não é nada mais “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 de sua inadimplência.” <sup>37</sup>

Todavia, Grégore Moura conclui que a co-culpabilidade do Estado na prática de determinados crimes surgiu com a criação do Estado liberal e o seu contratualismo, tendo em vista o cidadão ao cometer um delito estaria quebrando o contrato social. Por outro lado, o Estado também quebraria esse contrato “quando

---

<sup>35</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 43

<sup>36</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 42

<sup>37</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 43

deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana.”<sup>38</sup>

Michel Foucault explica sabiamente essa teoria geral do contrato<sup>39</sup>:

Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – está presente na menor punição.

Entretanto, diante desse direito que a sociedade tem de se levantar contra aquele que quebrou o contrato, Michel Foucault assevera que o poder de punir deve ser feito de forma moderado, vejamos<sup>40</sup>:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder de castigo.

Dessa forma, o princípio da co-culpabilidade poderia ser considerado uma forma de moderação do poder de punir do Estado.

Atualmente, é possível observar que o princípio da co-culpabilidade está implícito na Constituição Federal, tendo em vista que tal princípio seria a própria “concretização do valor igualdade e dignidade da pessoa humana”.<sup>41</sup>

### 2.3 RESPONSABILIDADE SOCIAL E CO-CULBABILIDADE

Importante, ainda, não confundir a co-culpabilidade com a responsabilidade social, defendida por Enrico Ferri.

Segundo Enrico Ferri<sup>42</sup>:

---

<sup>38</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 44

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis. 34. Ed. 2007, p. 76

Todo sujeito ativo de delito é, portanto, sempre penalmente responsável desde que o ato seja seu, isto é, expressão da sua personalidade, quaisquer que sejam as condições fisiopsíquicas em que ele o deliberou e executou. E as sanções defensivas contra ele só deverão ser condicionadas pela qualidade e quantidade, da sua diversa potência ofensiva.

A razão jurídica fundamental disto – que eu chamei, no campo teórico, responsabilidade ‘social’ (isto é, para com a sociedade) e, no campo prático, responsabilidade ‘legal’ quando concretiza numa norma e lei, como o art. 18 do nosso Projeto de Código Penal – é por mim resumida nas palavras: “o homem é sempre responsável de todo o seu ato, somente porque e até que vive em sociedade”. Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado.

Desse modo, para Ferri, todo homem que vive em sociedade deve ser responsabilizado pelos atos que vão contra as regras que a mesma sociedade impõe.

Seguindo a linha de entendimento de Ferri, Grégore Moura assevera que “o simples fato de se viver em sociedade já gera para o indivíduo a obrigação de respeito e observância das regras sociais”.<sup>43</sup>

Considerando as idéias de Ferri, oportuno observar algumas diferenças e semelhanças entre as duas teorias, quais sejam, da responsabilidade social e da co-culpabilidade.

A primeira semelhança verificada nas palavras de Grégore Moura é que “ambas aproximam o Direito Penal da realidade fática, tornando-o mais efetivo, visto que acrescentam à análise subjetiva social do delito”.<sup>44</sup>

Essa análise social do crime diz respeito às influências que o comportamento e as condições fisiopsíquicas do indivíduo sofrem do ambiente em que ele está inserido, isto é, propõe um determinismo social do indivíduo.

Contudo, a co-culpabilidade não defende a adoção de um determinismo, e nem a do livre-arbítrio

---

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis. 34. Ed. 2007, 9.76

<sup>41</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 36.

<sup>42</sup> FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 232

<sup>43</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 49

<sup>44</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 49

Para Grégore Moura<sup>45</sup>:

A co-culpabilidade busca um meio-termo entre a questão do livre arbítrio e o determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser “contaminada”, “viciada”, pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade.

Até porque, essas duas correntes não são contraditórias como aparentam ser, ao invés disso, elas se completam, como bem salienta Rogério Greco<sup>46</sup>:

Na verdade, entendemos que livre-arbítrio e determinismo são conceitos que, ao invés de se repelirem, se completam. Todos sabemos a influência, por exemplo, do meio social na prática de determinada infração penal. Assistimos, quase que diariamente, por meio da imprensa, notícias no sentido de que o tráfico de entorpecentes procura arregimentar pessoas da própria comunidade para que possam praticar comércio ilícito de drogas. Muitos são atraídos pela ausência de oportunidade de trabalho; outros, pela falsa impressão de poder e autoridade que o tráfico de drogas transmite. Enfim, o meio social pode exercer influência ou mesmo determinar a prática de uma infração penal. Contudo, nem todas as pessoas que convivem nesse mesmo meio social se deixam influenciar e, com isso, resistem à prática de crimes. Outras, pelo fato de a pressão social ser demasiadamente forte, se deixam levar. A esta última hipótese, como veremos mais à frente, pode-se aplicar a teoria da co-culpabilidade.

Como é cediço, o Estado não investe de forma correta em políticas sociais contra a violência e a miséria. Atualmente, a regra geral em determinadas comunidades é observar as pessoas seguirem o caminho da marginalização, sendo que ter uma vida digna passou a ser a exceção.

Dessa forma, o indivíduo que vive em uma situação de miséria e presenciando diariamente atos de violência, não tem tanta liberdade de escolher seguir outro caminho que não seja o do crime, sendo justamente a esses casos concretos que a co-culpabilidade deve ser aplicada.

Enquanto a co-culpabilidade “defende os direitos do homem perante o não-cumprimento dos deveres constitucionais atribuídos ao Estado”, a responsabilidade social “é calcada na idéia de defesa dos direitos do Estado perante os direitos do homem”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 406.

<sup>47</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 50

## 2.4 A CO-CULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É imprescindível estabelecer uma ligação do princípio da co-culpabilidade com a Constituição Federal de 1988.

Isso porque, como corretamente leciona Grégore Moura, a Carta Magna “traz várias disposições limitadoras do poder punitivo estatal, por intermédio dos princípios constitucionais penais [...]”.<sup>48</sup>

Dentre esses princípios pode-se citar o chamado princípio da individualização da pena. Individualizar, segundo definição contida no Dicionário Houaiss, significa distinguir, particularizar. Bem assim, a palavra *individualização* vem traduzida como “[...] processo pelo qual um organismo, especialmente um indivíduo, se torna diferente de todos os outros”. Finalmente, a individualização judicial da pena, na lição de Nilo Batista, constitui “[...] exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina”.<sup>49</sup>

Desse modo, observa-se que a individualização da pena pressupõe a consideração do condenado em todas as suas dimensões, principalmente suas carências sociais, pois, em um cenário tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, onde milhares de pessoas encontram-se excluídas do processo social, comportamentos criminosos, especialmente aqueles relativos ao patrimônio, passam a ser uma fonte alternativa de renda.

Segundo Grégore Moura<sup>50</sup>, “esse princípio incide nas três fases da pena: previsão, cominação e execução.”

Prosseguindo o entendimento, Grégore Moura, na mesma obra, leciona ainda:

A co-culpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. Isso

---

<sup>48</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 16

<sup>49</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104-105

<sup>50</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**, Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 64.

que resultará na maior efetividade no que tange às funções por ela – sanção penal – propostas.

É de se ressaltar que não há que se falar em impunidade ou abolição do sistema penal, mas sim na possibilidade do julgador, no momento da individualização da pena, levar em consideração que situações de desocupação involuntária, aliadas com a omissão do Estado em disponibilizar alternativas legais de sobrevivência, podem conduzir o agente ao crime.

A co-culpabilidade também decorre do princípio da igualdade, segundo o qual os iguais merecem tratamento isonômico, enquanto os desiguais, tratamento desigual. Nesse sentido, alerta ZAFFARONI que reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam papéis diferenciados na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica, constitui grave violação ao princípio da igualdade.

Nesse contexto, fica claro que o mencionado princípio está entrelaçado com o princípio da co-culpabilidade. Como bem explica ZAFFARONI, “[...] ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte da culpabilidade [...] com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas...”.<sup>51</sup>

Isso significa dizer que, para se atingir juízos isonômicos de reprovabilidade individual, é necessário levar em consideração a estrutura social, que limita as opções de decisão disponíveis à pessoa.

Nessa ordem de idéias, Grégore Moura assevera<sup>52</sup>:

A co-culpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem de sua exclusão social e da desigualdade que ela gera.

Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade –, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de sua desigualdade, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado.

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, p. 167-168

<sup>52</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 60

Entretanto, essa igualdade dificilmente será atingida, uma vez que “os interessados em manter a desigualdade sempre terão êxito na concretização de seus objetivos.”<sup>53</sup> E segundo Grégore Moura, os interessados em manter a desigualdade social seriam aqueles que fazem o Direito, os detentores do poder econômico e social. Assim, a tão almejada igualdade material nunca será alcançada. A respeito disso, Norberto Bobbio sustenta que, *verbis*<sup>54</sup>:

A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização.

Assim, para Grégore Moura “surge a necessidade do reconhecimento da co-culpabilidade nas esferas constitucional e penal, como forma de se buscar e concretizar o princípio da igualdade, bem como amenizar as desigualdades sociais e econômicas.”<sup>55</sup>

Cabendo, ainda, aos estudiosos do Direito, principalmente do Direito Penal, “lutar obstinadamente para amenizar essa desigualdade, para que se atinjam níveis próximos à equalização dos diferentes.”<sup>56</sup>

Frise-se que o conceito de co-culpabilidade tem ainda mais relevância em países que apresentam elevados índices de desigualdade social, como o nosso, pois em um contexto em que segmentos populacionais significativos são expostos a condições extremamente miseráveis de vida, muitas vezes o autor age compelido pelas circunstâncias que o circundam. Por isso, não pode o indivíduo arcar com as consequências integrais por eventual ilícito, como se fosse absolutamente livre para tomar suas decisões.

Outro princípio constitucional que a co-culpabilidade busca concretizar é o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto na Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III.

---

<sup>53</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 59

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2000, p. 43.

<sup>55</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 59

<sup>56</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 59

Grégore Moura conceitua a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos<sup>57</sup>:

Todavia, conceituaremos a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, inciso III, da Constituição da República, que vincula – ou deveria vincular – os aplicadores do Direito e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e que se consubstancia na conceituação do homem como “ser humano”. Daí advém as seguintes conseqüências: ser livre em seus atos; ter igualdade de condições materiais de vida e moradia; ter possibilidades e oportunidades iguais, tais como formação cultural, meio ambiente saudável, educação, alimentação e emprego; ter direito ao próprio corpo; ter identidade genérica; dentre outras.

Em suma, o ser humano, para ser digno, deve estar incluído socialmente. Não basta, aqui, a mera inclusão social formal. Ao contrário, tal inclusão deve ser substancial e efetiva, hábil a concretizar seu desenvolvimento pelo e irrenunciável.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo primeiro, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Estado “assumiu diversas funções até então relegadas à iniciativa privada, com a finalidade de promover o bem comum e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, mediante a concretização de seus deveres constitucionais”<sup>58</sup>, como por exemplo, segurança pública, moradia, educação, oportunidades iguais, entres outros.

Contudo, o Estado não vem cumprindo esses deveres que foram lhe impostos pela própria Constituição, por vários motivos, quais sejam, ineficiência dos governantes, inchaço da máquina administrativa, má administração, falta de recursos, corrupção, interesses políticos, etc.<sup>59</sup>

Assevera, ainda, que o Direito como um instrumento de controle e fator de inclusão social, seria capaz de amenizar a situação de desigualdade social existente no Brasil.

Por oportuno, leia-se o que Grégore Moura leciona ao relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana com a co-culpabilidade<sup>60</sup>:

Um dos mecanismos “utilizados pelo Direito para atingir tal desiderato é justamente a proteção dos hipossuficientes, pou seja, a legislação tenta

<sup>57</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 62-63

<sup>58</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 62

<sup>59</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

<sup>60</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 63

igualar as partes envolvidas na lide, a fim de minimizar as desigualdades fáticas. É o que ocorre com o direito do trabalho, o direito do consumidor, o direito previdenciário, dentre outros.

No direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade do acusado ao *jus puniendi* do Estado, o que seria improvável e infactível.

A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo.

Portanto, o marginalizado deixa de ser objeto de meras pesquisas e estatísticas criminais, para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado.

Desse modo, a co-culpabilidade é o instrumento hábil para o reconhecimento da responsabilidade do Estado, que não proporciona aos seus cidadãos a dignidade da pessoa humana.

## 2.5 A CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS

Grégore Moura ainda faz menção a uma co-culpabilidade às avessas. De acordo com essa teoria, a co-culpabilidade teria o condão de diminuir a pena do agente e também de aumentar o grau de reprovação social e penal.

Esse efeito é claramente observado no ordenamento jurídico argentino, no qual a co-culpabilidade serve tanto para agravar como para atenuar a pena, bem como no Projeto de Reforma do Código Penal da Costa Rica, como veremos em capítulo posterior.

Grégore Moura assim explica a co-culpabilidade às avessas<sup>61</sup>:

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (co-responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo maior a reprovação social.

Assevera, ainda, que no Brasil há disposições que prevêm indiretamente a co-culpabilidade às avessas, ou seja, para aumentar a reprovação penal. É o caso do artigo 76, inciso IV, alínea a, da Lei nº 8.078/90, o qual dispõe que será

---

<sup>61</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 46

circunstância agravante dos crimes previstos na referida lei, quando forem cometidos por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.

Porém, essa forma de co-culpabilidade não é bem aceita pela doutrina brasileira. Como afirma Grégore Moura<sup>62</sup>:

[...] não reconhecemos a co-culpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal, visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desvirtuar a finalidade para qual foi criada. Além disso, a reprovação daqueles que são incluídos socialmente já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não carecendo, com efeito, de uma exarcebação da punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena previsto no art. 59 do Código Penal.

Dessa forma, não parece razoável agravar a pena daquele que cometeu um crime por ele está inserido no meio social, ainda que de forma parcial, uma vez que o ordenamento jurídico já prever sanções também para aqueles que estão incluídos socialmente.

Ademais, a co-culpabilidade às avessas ainda se manifesta nas disposições do art. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais, que prevêem, respectivamente, as contravenções de vadiagem e mendicância.

Por oportuno, cumpre ressaltar a diferença entre crime e contravenção. Nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, a diferença entre os dois está apenas na forma de punição, *verbis*:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Como bem ressalva Grégore Moura, “não há diferença ontológica e substancial entre as condutas denominadas crimes e contravenções. O legislador

---

<sup>62</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 47-48

apenas traz graus diversos de valoração de certas condutas em determinado espaço de tempo e lugar.”<sup>63</sup>

Ultrapassado esse ponto acerca da diferença entre as duas condutas, leia-se o que dispõe os artigos 59 e 60 da Lei de Contravenção Penal:

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 a própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

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

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:

- a) De modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;
- b) Mediante simulação de moléstia ou deformidade;
- c) Em companhia de alienado ou menor de 18 (dezoito) anos.

Com efeito, da leitura dos dispositivos acima transcritos se depreende que sua aplicação é quase que impossível na atual condição socioeconômica do Brasil, ferindo frontalmente vários princípios constitucionais, que asseguram a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Grégore Moura aduz, ainda, que a previsão dessas contravenções vai contra a adoção do princípio da co-culpabilidade, *verbis*<sup>64</sup>:

Desta feita, a posituação dessas contravenções é totalmente contraposta à adoção do princípio da co-culpabilidade, já que o Estado se furta à sua parcela de responsabilidade no cometimento desses “delitos”, quando não só não presta assistência aos necessitados, como também potencializa essas necessidades ao etiquetar aqueles que não têm condições de trabalho e subsistência, ou seja, criam o estereótipo do bandido – o socialmente excluído.

Concluindo, então, que tais contravenções devem ser suprimidas do ordenamento jurídico penal, tendo em vista que, além, de ir contra o princípio da co-culpabilidade, reconhece a “incapacidade do Estado em prover as necessidades de sua população, bem como de aperfeiçoar, gerenciar e controlar o exército de reserva de trabalhadores”.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 97

<sup>64</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 99

<sup>65</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 100.

Na época que era função da Igreja cuidar da pobreza, onde o nível de incentivo à caridade era alarmante, o objetivo maior era manter o baixo nível de salários dos trabalhadores, pois em razão das guerras e pestes presentes na Europa o “exército industrial de reserva”<sup>66</sup> diminuía de forma significativa e, conseqüentemente, aumentava o valor da mão-de-obra.

Desse modo, conforme Grégore Moura os motivos que ensejaram a positivação das contravenções de vadiagem e mendicância – falta de exército industrial de reserva-, não mais subsistem, pelo contrário, atualmente esse exército industrial de reserva é enorme, não havendo, assim, necessidade de manter a criminalização da vadiagem e mendicância.

Até porque, a sua permanência no ordenamento jurídico penal fere frontalmente o princípio da co-culpabilidade que está implícito na Constituição Federal, dificultando a concretização de tal princípio, “cujo objetivo é proporcionar maior aproximação do Direito Penal com a realidade social, na esteira do princípio da igualdade e da menor seletividade do sistema.”<sup>67</sup>

## 2.6 A CO-CULPABILIDADE E A TEORIA DE MERTON

Grégore Moura ao abordar a teoria da anomia, desenvolvida por Durkheim, assim assevera<sup>68</sup>:

O crime seria funcional e normal em qualquer tipo de sociedade, ou melhor, o crime é um fator de desenvolvimento social já que modifica e impulsiona as mudanças em determinadas sociedades. Assim, toda sociedade precisa de uma certa taxa de comportamento desviado, pois isto leva a sociedade a debater, desenvolver, repensar valores etc. para ele, a sociedade sem crime fica estagnada. Todavia, as taxas de criminalidade têm que ser controladas (devem estar dentro de um limite), pois, do contrário, haverá o que Durkheim chama de anomia. Com a anomia, o crime passa a ser disfuncional e desagregador.

Partindo dessa teoria, Robert Merton propôs outra readaptando a teoria de Durkheim, e a relacionou com as estruturas sociais, transformando-a em uma teoria sobre a criminalidade.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

<sup>67</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 100

<sup>68</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 50

<sup>69</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

Entretanto, o conceito de anomia para Merton não era o mesmo proposto por Durkheim. Nas palavras de Grégore Moura, a anomia para Merton e para Durkheim seria<sup>70</sup>:

Para o primeiro a anomia seria a tensão que surge entre o acesso aos fins propostos pela sociedade, ou seja, objetivos culturais e os meios institucionais que a mesma disponibiliza, para que o cidadão atinja esses fins. Já para o segundo, a anomia seria uma crise de normas e valores que atingem a consciência coletiva em determinados momentos de crise ou expansão econômica.

Assim, para Merton os objetivos culturais seriam ter dinheiro e sucesso profissional, e os meios institucionais seriam aqueles que levariam o cidadão a alcançar esses objetivos, como por exemplo, estudar e obedecer às leis.

Nesse sentido, Merton *APUD* Grégore Moura, aduz que o Estado é o responsável por não oportunizar aos indivíduos os meios institucionais necessários para eles alcançarem os objetivos culturais, *verbis*<sup>71</sup>:

Quaisquer que sejam as proporções diferenciais do comportamento desviado nos diversos estratos sociais, e sabemos por muitas fontes que as estatísticas oficiais a respeito dos crimes mostram uniformemente proporções maiores no estratos inferiores, e que elas não são dignas de confiança, resulta da nossa análise que as maiores pressões para o comportamento transviado são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. Diversas pesquisas têm mostrado que áreas especializadas de vícios e crimes constituem uma reação 'normal' contra uma situação em que a ênfase cultural sobre o sucesso pecuniário tem sido assimilada, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para que uma pessoa seja bem-sucedida. [...] É a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais legítimos para 'entrar no dinheiro' é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível em todos os níveis a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia de 'oportunidades iguais para todos', o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes.

Como a co-culpabilidade reconhece a inadimplência do Estado, por não dar oportunidades iguais aos seus cidadãos, e a teoria de Merton também reconhece

---

<sup>70</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 51

<sup>71</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 52

essa inadimplência, Grégore Moura conclui que a teoria criminológica de Merton é fundamento da co-culpabilidade.<sup>72</sup>

Moura assevera, ainda, que as classes sociais mais baixas buscam os objetivos culturais, ou seja, dinheiro e o reconhecimento profissional, contudo, desprezam os meios institucionais, em razão da fácil obtenção desses objetivos por meios ilegítimos, isto é, praticando crimes.

Com isso, pode-se dizer que esse comportamento é embasado em dois elementos: a normalidade do uso dos meios ilegítimos e diminuição da consciência da ilicitude.<sup>73</sup>

A normalidade do uso dos meios ilegítimos está relacionada com o ambiente em que o indivíduo está inserido. Assim, aqueles que vivem em determinados lugares em que fatos criminosos são praticados a todo o momento, acabam por entender que praticar um crime é um comportamento normal.

Nesse diapasão, Moura aduz<sup>74</sup>:

Esse fenômeno gera nessas pessoas uma vontade viciada, já que “introjetam” a necessidade de atingir os objetivos culturais a todo custo, mas não possuem meios legítimos de fazê-lo e, por conseguinte, os meios considerados ilegítimos para a sociedade passam a ser legítimos para o grupo.

Logo, a “co-culpabilidade é uma tentativa de reconhecer e amenizar a maior pressão que surge sobre as classes sociais menos favorecidas, na esteira do que propõe Merton em sua teoria da anomia.”<sup>75</sup>

Por sua vez, a diminuição da consciência de ilicitude está ligada com o fato de que se o Estado não proporciona condições mínimas de sobrevivência, como moradia, alimentação e saúde, os seus cidadãos não terão conhecimento dos direitos fundamentais mais básicos e, conseqüentemente, não terão conhecimento das normas jurídicas.

Nesse sentido, leciona Grégore Moura<sup>76</sup>:

---

<sup>72</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 53

<sup>73</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 53

<sup>74</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 54

<sup>75</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 54

Portanto, observa-se que as classes desfavorecidas estão alheias ao Direito, ao conhecimento de suas normas, aos aspectos culturais, às oportunidades oferecidas pelo Estado, ao consumo de bens, dentre várias outras coisas.

Desta feita, vem sendo demonstrado que as classes vulneráveis são mais suscetíveis ao que o autor supracitado chama de opacidade do Direito. Logo, estão mais suscetíveis ao desconhecimento da norma e, portanto, a viverem alheias aos meios institucionais.

Por tudo aqui exposto, verifica-se a manifesta ligação entre a teoria da anomia, proposta por Merton, e o princípio da co-culpabilidade. Sendo que a primeira serve de fundamento para o segundo.

---

<sup>76</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 55

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

Considerando o que já foi dito até aqui, passa-se, então, às possibilidades de aplicação na prática do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico comparado.

Com efeito, no direito penal estrangeiro há dispositivos que podem ser utilizados para concretizar esse princípio, principalmente nos países latino-americanos, os quais serão abordados aqui por estarem em uma situação econômico-social semelhante à do Brasil.

#### 3.1 NO ORDENAMENTO JURÍDICO ARGENTINO

Nos termos dos artigos 40 e 41 do Código Penal argentino a co-culpabilidade está prevista expressamente como uma circunstância que pode atenuar ou agravar a pena, *verbis*:

Artigo 40. Nas penas divisíveis por razão de tempo ou de quantidade, os Tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de conformidade com as regras do artigo seguinte. (tradução livre)

Artigo 41. Aos efeitos do artigo anterior, se levará em conta:

A natureza da ação e dos méis empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados.

A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus, a participação que haja tomado no fato, as reincidências em que houver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstraram sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso. (tradução livre)

Segundo Grégore Moura, a aplicação da co-culpabilidade no ordenamento jurídico argentino corresponde a uma circunstância que é fixada na segunda fase da aplicação da pena no direito penal brasileiro, nos termos do art. 68 do Código Penal.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006.

Sobre o que dispõe o artigo 41 do Código Penal argentino transcrito acima, assevera Zaffaroni *Apud* Grégore Moura<sup>78</sup>:

Refiro-me à parte do citado artigo em que ordena levar em conta 'a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus'. [...] Não é a primeira disposição sábia de nossa legislação que os doutrinadores passam por alto. (tradução livre)

Conclui-se, portanto, que no ordenamento jurídico argentino a co-culpabilidade tem aplicabilidade efetiva, podendo tanto atenuar como agravar a pena.

### 3.2 NO ORDENAMENTO JURÍDICO PERUANO

O Código Penal peruano prevê expressamente a co-culpabilidade, nos termos do seu art. 45, *verbis*:

Artigo 45. Pressupostos para fundamentar e determinar a pena:  
O Juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta:  
1. As carências sociais que houver sofrido o agente;  
2. Sua cultura e seus costumes; e  
3. Os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependem. (tradução livre)

Interpretando o artigo acima mencionado, José Hurtado Pozo consagra o princípio da co-culpabilidade nos seguintes termos<sup>79</sup>:

[...] se deben tener em cuenta las carências sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad em la comisión del delito, recordando similar previsión legal em el Código penal argentino: 'especialmente la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos' em la que, justamente, la doctrina de aquél país – citada por la peruana – ve tal figura. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, 'en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad.

---

<sup>78</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 71.

<sup>79</sup> POZO, José Hurtado. **El modelo peruano**. Disponível em [HTTP://unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artvel3.htm](http://unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artvel3.htm). Acesso em 10/09/2011.

Desse modo, o referido autor peruano aduz que a co-culpabilidade se consagra como modelo de convivência comunitária, próprio de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma disposição de ordem constitucional e legal, estando o juiz obrigado a observar todas as circunstâncias que são consideradas decisivas no momento da fixação da pena.

Assim, como previsto no ordenamento jurídico argentino, no momento da fixação da pena, o juiz deve considerar as carências sociais que o agente possa ter sofrido, em decorrência da inércia do Estado em proporcionar a seus cidadãos as condições mínimas de sobrevivência.

### 3.3 NO ORDENAMENTO BOLIVIANO

O princípio da co-culpabilidade na legislação boliviana está prevista nos arts. 38 e 40, onde é vista como circunstância judicial para aferir a personalidade do agente e como atenuante genérica, quando o autor age impulsionado pela miséria:

Art. 38 – Circunstâncias

Para apreciar a personalidade do autor, se levará principalmente em conta: a idade, a educação, os costumes e a conduta precedente e posterior do sujeito, os motivos que o impulsionaram a delinquir e sua situação econômica e social. (tradução livre)

Art. 40 - Atenuantes genéricas

Poderá também atenuar a pena:

Quando o autor tiver agido por razão honrosa, ou impulsionado pela miséria [...] (tradução livre)

Sobre o referido dispositivo, Grégore Moura assevera que se trata de "um reconhecimento estatal de suas próprias falhas ao não promover a inclusão social de seus cidadãos"<sup>80</sup>, devendo a reprovação penal ser menor, em razão da condição de miserabilidade em que o indivíduo vive.

### 3.4 NO ORDENAMENTO JURÍDICO COSTA RIQUEÑO

No Código Penal da Costa Rica a co-culpabilidade não está prevista expressamente, entretanto, ela pode ser aplicada através do art. 71 do Código Penal

---

<sup>80</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006 p. 78.

costa riquenho, o qual, segundo Grégore Moura, equivale ao art. 66 do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre as atenuantes genéricas.

Assim, o art. 71 estabelece:

O Juiz, na sentença motivada, fixará a duração da pena que deve ser imposta de acordo com os limites assinalados para cada delito, atendendo a gravidade do fato e a personalidade do agente.

Para apreciá-los se levará em conta:

- a) Os aspectos subjetivos e objetivos do fato punível;
- b) A importância da lesão ou do perigo;
- c) As circunstâncias de modo, tempo e lugar;
- d) A qualidade dos motivos determinantes;
- e) As demais condições pessoais do sujeito ativo ou da vítima na medida em que hajam influído na prática do delito; e
- f) A conduta do agente posterior ao delito. As características psicológicas, psiquiátricas e sociais, o mesmo que as referentes à educação e antecedentes, serão solicitadas ao Instituto de Criminologia, o qual poderá incluir qualquer outro aspecto que possa ser interessante para melhor informar o Juiz. (tradução livre)

Contudo, diante da crescente desigualdade social presente nos países subdesenvolvidos, como é o caso da Costa Rica, houve a necessidade de incluir a co-culpabilidade no *Proyecto Del Código Penal de Costa Rica*, de 14 de abril de 1998, prevista nos arts. 73 e 74, nos seguintes termos:

Artigo 73: Princípio de culpabilidade

A pena não poderá exceder os limites da culpabilidade. Tanto para quantificar como para selecionar a pena dos delitos e as contravenções, o juiz levará principalmente em conta: a extensão do dano e do perigo provocados; a qualidade dos motivos que o impulsionaram a praticar a conduta; a maior ou menor compreensão do caráter ilícito da conduta; as circunstâncias do modo, tempo e lugar da conduta; as condições econômicas, sociais, culturais e pessoais do autor; o comportamento posterior à conduta, em quanto revele a disposição para reparar o dano, resolver o conflito ou mitigar seus efeitos; e as condições gerais da pessoa ofendida na medida em que hajam influído na prática do delito ou da contravenção.

As mesmas regras se aplicam quando se trata de substituição tanto da pena principal por uma alternativa como de uma alternativa por outras.

Artigo 74: Regras gerais para a aplicação da pena

No momento de individualizar as penas, de determinar as condições de seu cumprimento ou de realizar as substituições que correspondentes, o juiz deve levar em conta o que em cada caso resulte adequado para:

1. Tutelar os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependam;
2. Resolver satisfatoriamente os conflitos gerados pela conduta;
3. **Resolver satisfatoriamente os conflitos em cujo marco**
4. Suprir as carências sociais que haja sofrido a pessoa condenada;
5. Conservar e melhorar a saúde física e psíquica da pessoa condenada;
6. Fazer o menor emprego possível a pena de prisão; e
7. Motivar que a conduta futura da pessoa condenada seja conforme o direito.

De acordo com o referido Projeto e nas palavras de Grégore Moura, a co-culpabilidade “não só servirá para apurar o limite e a medida da pena do autor no momento de aplicação da pena, mas também vinculará o juiz, de modo que ele deverá aplicar a pena adequada para suprir as carências sociais da pessoa condenada.”<sup>81</sup>

Observa-se, então, a função ressocializadora da pena, uma vez que o juiz ao individualizá-la deve estabelecer a melhor maneira de seu cumprimento, tendo como objetivo suprir as carências sociais que o agente da infração tenha sofrido.

### 3.5 NO ORDENAMENTO JURÍDICO EQUATORIANO

No Código Penal do Equador a co-culpabilidade está prevista de forma expressa no seu art. 29, 11º. Contudo, tal princípio é aplicado somente nos casos de crime contra a propriedade, *verbis*:

São circunstâncias atenuantes todas as que se referiam às causas impulsivas da infração, ao estado e capacidade física e intelectual do delinquente, a sua conduta com respeito ao ato e suas conseqüências, diminuem a gravidade da infração ou o alarme ocasionado na sociedade, ou levam ao conhecimento a pouca ou nenhuma periculosidade do autor, como nos casos seguintes:

11º) Nos delitos contra a propriedade, quando a indigência, a numerosa família, ou a falta de trabalho colocarem o delinquente em uma situação excepcional; ou quando uma calamidade pública tornar muito difícil a obtenção de forma correta dos meios de subsistência, na época em que a infração foi cometida; (tradução livre)

Observa-se, assim, o princípio da co-culpabilidade quando o Código Penal equatoriano dispõe que o delinqüente que praticar um crime contra a propriedade, em razão de indigência, desemprego ou, até mesmo, aquele que possui uma família grande, tendo dificuldades para mantê-la, terá sua pena atenuada.

### 3.6 NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARAGUAIO

No Direito paraguaio o princípio há previsão expressa do princípio da co-culpabilidade no art. 65, do Código Penal, *verbis*:

Bases da fixação.

---

<sup>81</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 77.

1º) A fixação da pena se baseará na reprovabilidade do autor e será limitada por ela; se atenderão também os efeitos da pena em sua vida futura em sociedade.

2º) Ao determinar a pena, o tribunal analisará todas as circunstâncias gerais a favor e contra o autor e particularmente:

- a) os motivos e o fins do autor;
- b) a atitude frente ao direito;
- c) a intensidade da energia criminal utilizada na realização do fato;
- d) o grau de ilícito da violência do dever de não atuar ou, em caso de omissão, de atuar;
- e) a forma de realização, os meios empregados, a importância do dano e do perigo e as conseqüências reprováveis do fato;
- f) a vida anterior do autor e suas condições pessoais e econômicas; e
- g) a conduta posterior à realização do fato e, em especial, os reforços para reparar os danos e reconciliar-se com a vítima.

3º) Na fixação da pena, não serão consideradas as circunstâncias que pertencem ao tipo penal. (tradução livre)

Portanto, o Código Penal paraguaio prevê que o juiz tem que analisar as condições pessoais e econômicas do agente antes de fixar a pena.

#### 4 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO ATENUANTE GENÉRICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico penal brasileiro a co-culpabilidade não está prevista expressamente como ocorre em vários países da América Latina, como estudado em capítulo anterior.

Porém, parte da doutrina defende que tal princípio pode ser aplicado por meio do art. 66 do Código Penal que se refere às atenuantes genéricas. Para Grégore Moura, esse artigo “dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo às peculiaridades do caso concreto”.<sup>82</sup>

Desse modo, para melhor compreender o assunto, se faz necessário abordar sobre a aplicação da pena, para, posteriormente, analisar as circunstâncias atenuantes.

##### 4.1 APLICAÇÃO DA PENA

Primeiramente, importante analisar quais são as finalidades das penas, sendo que Rogério Greco corretamente assevera que “as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime”.<sup>83</sup> Ou seja, no direito penal brasileiro as penas devem reprovar a conduta praticada pelo agente que causou o mal à sociedade, e também prevenir a prática de futuros delitos.

Há duas teorias que fundamentam as finalidades das penas: a teoria absoluta e a relativa.

A teoria absoluta defende a pena como meio de reprovação. Segundo essa teoria é na reprovação que reside o caráter retributivo da pena. Na lição de Roxin<sup>84</sup>:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa

---

<sup>82</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 90

<sup>83</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 473

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 91-82

naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.

Desse modo, para essa teoria a pena não teria nenhum fim social, sendo apenas um meio para alcançar a 'justiça' nos olhos da sociedade, reduzindo o sentimento de ameaça, por meio do encarceramento do condenado pela prática de determinada infração.

Nesse sentido leciona Rogério Greco<sup>85</sup>:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de "pagamento" ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Por outro lado, a teoria relativa defende a pena como meio de prevenção. Esta se subdivide em duas partes: prevenção geral e prevenção especial.

Por sua vez, prevenção geral se subdivide em prevenção geral negativa, também conhecida por prevenção por intimidação, e prevenção geral positiva.

Nas palavras de Rogério Greco, entende-se por prevenção geral por intimidação<sup>86</sup>:

A pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração.

Portanto, através da prevenção geral negativa ou por intimidação é que se espera que aqueles cidadãos que estão mais propensos à prática de crimes possam ser convencidos de que o melhor caminho a ser seguido seria agir em conformidade com o direito, uma vez que no outro caminho encontra-se a resposta punitiva do Estado, em decorrência da violação de uma norma jurídica

Nessa esteira, leciona Hassemer<sup>87</sup>:

---

<sup>85</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 473

<sup>86</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 473-474

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Por sua vez, entende-se por prevenção geral positiva, nas palavras de Paulo de Souza Queiroz <sup>88</sup>:

Para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

A prevenção especial, por sua vez, também é dividida em prevenção especial negativa, a qual consiste na “neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere”. <sup>89</sup>; e prevenção especial positiva, na qual se observa o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o infrator reflita acerca da prática do crime para não praticar futuras infrações.

Conforme se depreende da leitura do art. 59 do Código Penal, verifica-se que o direito penal brasileiro adotou uma teoria mista. Isso porque, o referido artigo “conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.”<sup>90</sup>

Passando à análise da aplicação da pena, a qual sabemos que possui tanto o caráter retributivo quanto o preventivo, cumpre salientar que a sua individualização, como já foi visto em capítulo anterior, está presente em três fases distintas.

Frederico Marques discorre sobre a primeira fase, a qual ele chama de individualização legislativa, nos seguintes termos<sup>91</sup>:

É a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que

---

<sup>87</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.34

<sup>88</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40

<sup>89</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 474

<sup>90</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 474-475

<sup>91</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, p. 297

varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados. A individualização legislativa, por outra parte, domina e dirige as demais porque é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos da execução penal, na aplicação das sanções.

Portanto, em um primeiro momento a pena vai ser individualizada quando o legislador prevê uma norma jurídica determinando sanções, que serão aplicadas caso essa norma seja descumprida. A partir do descumprimento da lei, parte-se para o segundo momento da individualização da pena: a fase judicial.

Nessa segunda fase cabe “ao juiz do processo penal de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.<sup>92</sup>

Nessa linha de entendimento, leciona Frederico Marques<sup>93</sup>:

A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais. Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e máximo legal para individualizar as sanções cabíveis.

Diante dessa responsabilidade do juiz em individualizar e aplicar a reprimenda, a legislação brasileira traçou várias etapas, a fim de conduzir o magistrado na correta aplicação da pena.

Ressalte-se que antes da reforma do Código Penal ocorrida em 1984, não havia um dispositivo disciplinando as etapas do cálculo da pena. Assim, havia muita divergência na doutrina da época acerca do assunto.

A corrente defendida por Roberto Lyra preconizava o sistema bifásico. Para essa corrente, na primeira fase de aplicação da pena o juiz levaria em consideração as circunstâncias judiciais, juntamente com as atenuantes e agravantes, chegando à fixação da pena-base. Após, na segunda fase o juiz aplicava sobre a pena-base, anteriormente fixada, as causas de aumento e diminuição da pena, tornando a pena em definitivo.

---

<sup>92</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 549

<sup>93</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, p. 300

Para os defensores dessa corrente não teria sentido separar as circunstâncias judiciais e legais, já que ambas são coincidentes, devendo, assim, haver uma visão panorâmica dessas circunstâncias, até porque a lei não prevê parâmetros quantitativos para as atenuantes e agravantes.<sup>94</sup>

A segunda corrente é atribuída a Nelson Hungria, que defendia o método trifásico de aplicação da pena.

Desse modo, na primeira fase o juiz analisava somente as circunstâncias judiciais (previstas atualmente no artigo 59 do Código Penal), e com base nelas, fixava a pena-base. Na segunda fase, ponderava as agravantes e atenuantes, chegando a uma pena provisória. Por fim, na terceira fase aplicava sobre a pena provisória as causas de aumento e diminuição da pena, tornando a reprimenda definitiva.

Ocorre que com a reforma do Código Penal de 1984, foi adotado o critério trifásico de aplicação da pena, o qual está previsto no art. 68 do atual Código Penal.

Assim, ao aplicar a pena o juiz deverá, primeiramente, fixar a pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Segundo Rogério Greco, como nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, é permitido ao juiz, após analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixar uma pena mais apropriada ao caso concreto.<sup>95</sup>

Depois de fixar a pena-base serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas na parte geral do Código Penal.

As circunstâncias agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Dentre elas podemos citar a reincidência, ter o acusado cometido o crime por motivo fútil ou torpe, contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, em estado de embriaguez, entre outras.

Também há previsão legal para algumas circunstâncias atenuantes, nos artigos 65 e 66 do Código Penal. Entretanto, diferentemente do que ocorrem com as

---

<sup>94</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 1 ed. São Paulo: RT, 2005.

<sup>95</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

circunstâncias agravantes, as atenuantes não estão previstas de forma taxativa, podendo o juiz considerar qualquer circunstância do crime, desde que relevante.

Por fim, o terceiro momento da aplicação da pena leva em consideração as causas de aumento e diminuição da pena, que estão previstos tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal.

Conforme Rogério Greco dispõe, esse é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença, em conformidade com o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

#### 4.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E A CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE

Primeiramente, cumpre ressaltar a noção de circunstância, a qual consiste no fator que não integra o tipo penal, não sendo considerada como um pressuposto para a existência da figura típica, demonstrando apenas um grau menor de culpabilidade sobre a conduta do agente. Para Rogério Greco <sup>96</sup>:

Circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado. Por permanecerem ao lado da definição típica, as circunstâncias em nada interferem na definição jurídica da infração penal.

Nesse sentido, Paulo José da Costa assevera que as circunstâncias atenuantes “são aquelas que atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e conseqüentemente a culpabilidade pelo crime praticado”. <sup>97</sup>

Para corroborar esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci leciona que “as atenuantes são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade e atenuar a pena, sem qualquer ligação com a tipicidade.” <sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 131.

<sup>97</sup> COSTA, Paulo José da. **Direito Penal. Curso Completo**. Ed. Saraiva, 2000.

<sup>98</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos Tribunais, 2000.

Portanto, “a ausência ou a presença de uma circunstância não interfere na definição do tipo penal”.<sup>99</sup>

Cumprido ressaltar que o *quantum* das circunstâncias atenuantes não está fixado em lei. Seu valor depende da discricionariedade do juiz, que deverá estabelecer o *quantum* por meio de decisão fundamentada, consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Diante da ausência de critérios para fixar o *quantum* das circunstâncias, Rogério Greco afirma que é necessário aplicar o princípio da razoabilidade, *verbis*<sup>100</sup>.

Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravamento da pena. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do quantum fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena.

Ultrapassado esse ponto de definição das circunstâncias que norteiam o tipo penal, passa-se à análise das circunstâncias atenuantes, que são aquelas que estão previstas no artigo 65 do Código Penal e as chamadas atenuantes inominadas previstas no artigo 66 do mesmo diploma legal e que têm como objetivo diminuir a pena a ser aplicada ao sentenciado.

Diferentemente do que ocorre com as circunstâncias agravantes, o rol disposto do art. 65 do Código Penal, que trata das atenuantes, não é taxativo, uma vez que o art. 66 diz que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

No direito penal brasileiro, uma das propostas de aplicação no caso concreto do princípio da co-culpabilidade é através do art. 66. Zaffaroni e Pierangeli, percussores desse entendimento, lecionam<sup>101</sup>:

Creemos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver, 118), e hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito,

<sup>99</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 559

<sup>100</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 560

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugênio e PIERANGILI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 525

que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

Rogério Greco, na mesma linha de entendimento, aduz o seguinte<sup>102</sup>:

Mas, na prática, como podemos levar a efeito essa divisão de responsabilidade entre a sociedade e aquele, que, em virtude de sua situação de exclusão social, praticou determinada infração penal? Não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada. Assim, teremos, na verdade, duas opções: a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre a pessoa que, em tese, praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal.

Exemplifica, ainda, a situação acima mencionada, vale dizer, de forma correta, nos seguintes termos<sup>103</sup>:

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

Sobre esse tópico, assevera Moreira<sup>104</sup>:

Miguel Reale Júnior noticia proposta de alteração referente às diretrizes de aplicação da pena, que, de certa forma, considera o agente integrado a uma conjuntura social no juízo de reprovação. No projeto modificativo do Sistema de Penas, no que tange às circunstâncias judiciais, elimina-se a referência à conduta social e à personalidade do agente, vez que tais aspectos raramente são considerados na prática, além de poderem dar lugar a um subjetivismo do julgador, tornando elástica em demasia a discricionariedade conferida ao aplicador da pena. E, prossegue aludido autor, 'acrescenta-se, todavia, a circunstância relativa às oportunidades sociais oferecidas ao réu.

Dessa forma, aplicando a co-culpabilidade como atenuante genérica estar-se-á dividindo a responsabilidade pela prática do injusto penal entre o Estado e o agente, em decorrência da omissão do mesmo Estado em não propiciar as oportunidades sociais aos seus cidadãos. Assim, na colocação de Nilo Batista, "em

---

<sup>102</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 413

<sup>103</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 413

<sup>104</sup> MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Breves apontamentos acerca da noção de co-culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 801, 12 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7268>. Acesso em: 11 out. 2011.

certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.<sup>105</sup>

Embora, serem raras as manifestações dos Tribunais no concernente ao assunto, há decisões que negaram aplicação ao princípio da co-culpabilidade, ao argumento de que seria inviável a atenuação da reprimenda imposta ao condenado em razão da sua exclusão social e por não ter comprovado tal situação, como é o caso do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 116792 pelo Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça, *verbis* <sup>106</sup>:

Ou seja, a Teoria da Co-culpabilidade, a qual se pretende ver reconhecida na hipótese dos autos, seria uma espécie de corresponsabilidade social (do Estado) quanto à criminalidade, na medida em que, estabelecidos determinados direitos e garantias pela Constituição Federal, deveriam estes ser concretizados na vida de todos os cidadãos. Não concretizando tais direitos, deve a reprovabilidade da conduta criminosa dos cidadãos aos quais não foram oferecidas condições plenas de desenvolvimento pessoal ser mitigada, pois a culpa pela formação desses agentes criminosos seria em parte do Estado, aplicando-se a atenuante genérica do art. 66 do CP.

E, no caso *sub examine*, verifica-se que não há como se eximir o acusado parcialmente das conseqüências do ilícito praticado, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou porque teria menor âmbito de autodeterminação em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis, eis que inviável conceber que a prática de homicídio qualificado, cujo móvel foi o emprego de apelidos por parte da vítima aos réus, e executado com o emprego de barra de ferro pontiaguda, seria decorrente de ocasional inadimplência estatal no cumprimento da sua obrigação de reconhecer, concretamente, determinado direito fundamental do agente, sobretudo em se considerando a futilidade e a crueldade dos meios pelos quais foi cometido o ilícito.

Ademais, não se preocupou a impetrante em comprovar eventual situação de extrema penúria em que viveria o paciente, o que reforça a impossibilidade de ver reconhecida, na espécie, a atenuante genérica prevista no art. 66 do CP.

Como se depreende da leitura do excerto transcrito acima a co-culpabilidade não foi aplicada ao caso por ser inviável entender que o motivo do crime de homicídio qualificado – emprego de apelidos por parte da vítima aos réus – seria decorrente da inércia do Estado em não propiciar as mínimas condições de sobrevivência aos seus cidadãos. Além disso, seria necessária a comprovação de que o condenado realmente vivia em uma situação de extrema penúria.

---

<sup>105</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105

<sup>106</sup> HC 116972/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010

Entretanto, dependendo do caso concreto, do delito praticado e da efetiva comprovação da situação de miséria do autor da infração, a aplicação da co-culpabilidade do Estado como atenuante genérica é possível, como pode-se aferir da decisão do Desembargador Geraldo Mascarenhas Prado<sup>107</sup>:

Ocorre todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] No caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do ECA, restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo de reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinqüente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permit o artigo 66 do Código Penal.

Com isso, uma vez demonstrada a exclusão social do autor do crime, deve sua pena ser atenuada. Nesses termos, assevera Charles Francisco Rozário<sup>108</sup>:

Pelo exposto, cumpre asseverar que, uma vez demonstrada na persecução penal circunstâncias suficientes para convencer o julgador de que aquele réu - tendo em vista as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo brasileiro (Lei n. 2.848/41) - sofreu constante exclusão, tanto pelo Estado como também pela sociedade, dos direitos e serviços públicos essenciais garantidos a todas as pessoas (arts. 5º e 6º da Lei Maior de 88) e, não obstante ser sua conduta típica, ilícita e culpável, deve ter assegurado o direito à atenuação de sua reprimenda com base no art. 66 do Código Penal adotando-se, para tanto, por intermédio da Hermenêutica Criminológica, a teoria da co-culpabilidade na fundamentação judicial do caso concreto.

Assim, a co-culpabilidade deve ser reconhecida em consonância com o Estado Democrático de Direito, o qual vincula todas as ações do Poder Público, bem como da própria sociedade, que de certa forma também contribuíram para a marginalização do condenado e o colocaram em situação de exclusão social, diminuindo, assim, a sua capacidade de autodeterminação.

---

<sup>107</sup> Disponível em [www.direitosfundamentais.net](http://www.direitosfundamentais.net). Acesso em 12/10/2011

<sup>108</sup> ROZÁRIO, Charles Francisco. **A teoria da co-culpabilidade como causa de atenuação genérica da pena. Uma análise do art. 66 do Código Penal brasileiro à luz da Hermenêutica Criminológica e do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2618, 1 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17315>. Acesso em: 12 out. 2011.

## CONCLUSÃO

Diante da ineficiência do Estado em proporcionar aos seus cidadãos as condições mínimas de sobrevivência, como moradia, alimentação e saúde, e diante da grande desigualdade social presente no Brasil, nasce a idéia da co-culpabilidade, isto é, a pena imposta àquele cidadão excluído socialmente que praticou determinado crime seria dividida com o Estado, em razão da sua omissão.

Assim, para aquele cidadão que sofre grande influência dos fatores externos e internos da sociedade, tendo seu grau de autodeterminação diminuído e, conseqüentemente, o juízo de reprovação também reduzido, poderá ser aplicado o princípio da co-culpabilidade, o qual é entendido como a co-responsabilidade do Estado na prática do delito, por não garantir aos seus cidadãos os direitos previstos na própria Constituição Federal.

Desse modo, conclui-se, que tal princípio está implícito na Constituição Federal, e está ligado aos princípios da igualdade, individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Pode-se observar o princípio da co-culpabilidade desde o Estado liberal e idéias iluministas, onde era reconhecida a quebra do contrato social tanto por parte do cidadão, por ter agido de forma antissocial, quanto por parte do Estado, por não propiciar aos seus cidadãos as mínimas condições de sobrevivência. Sendo assim, o referido princípio sofreu influência de outras teorias, como a da responsabilidade do Estado, defendida por Enrico Ferri e da teoria da anomia, desenvolvida por Merton, podendo esta última ser considerada até mesmo fundamento do princípio da co-culpabilidade, uma vez que as duas teorias reconhecem a inadimplência do Estado, por não dar oportunidades iguais aos seus cidadãos.

Em contrapartida à tese da atenuação da pena em razão da co-culpabilidade do Estado, surge a idéia da co-culpabilidade às avessas, que consiste na aplicação desse princípio tanto como circunstância atenuante como circunstância agravante, o que não seria razoável, pois estaria desvirtuando a finalidade para qual tal princípio foi criado.

Ressalte-se que o princípio da co-culpabilidade já está previsto de forma expressa em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro não há sua previsão expressa, mas alguns doutrinadores defendem a sua aplicação.

Sendo a circunstância atenuante considerada um fator que não integra a figura típica, demonstrando apenas um grau menor de culpabilidade, uma das formas de positivação do princípio da co-culpabilidade é a atenuação da pena, nos termos do art. 66 do Código Penal. Assim, se aquele cidadão que vive à margem da sociedade praticar um crime, poderá ter sua pena atenuada, em decorrência do Estado ter negado as oportunidades com as quais brindou a outras pessoas.

Apesar da possível aplicação do princípio da co-culpabilidade a jurisprudência pátria não vem discutindo de forma aprofundada o assunto, havendo alguns julgados que negam a sua aplicação, por não restar demonstrada a efetiva situação de miséria do acusado, por exemplo. Contudo, há decisões que o aplicam, o que é bastante viável, dependendo do caso concreto.

Portanto, o objetivo do presente trabalho foi alcançado, uma vez que ficou demonstrada a importância do princípio da co-culpabilidade para efetivar as garantias e os direitos previstos na Constituição Federal e para concretizar os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, bem como a possibilidade da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante genérica.

A presente pesquisa monográfica se limita à compreensão do princípio da co-culpabilidade como um meio de adequar o Direito Penal à realidade social, reconhecendo a parcela de responsabilidade do Estado na prática de determinados delitos, em face da ausência de prestações materiais, culturais e sociais, bem como a possibilidade de sua positivação no ordenamento jurídico penal como atenuante genérica.

Mesmo gerando discussões que envolvem doutrinadores, legisladores e operadores do Direito, a co-culpabilidade ainda é um tema pouco estudado, salvo algumas pesquisas e legislações estrangeiras. Sendo assim, o presente trabalho contribui de alguma forma para o avanço do conhecimento acerca do assunto.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. São Paulo: Freitas Bastos, 1995
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Revan.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007
- BOCSHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003
- BUSTOS RAMIREZ, Ruan. **Manual de Derecho Penal Español – Parte General**. Barcelona: Ariel Editorial, 1984
- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- COSTA, Paulo José da. **Direito Penal. Curso Completo**. Ed. Saraiva, 2000
- CÚRY URZÚA, Enrique. **Derecho Penal – Parte general**. Santiago: Jurídica de Chile, 1992
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2003
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis. 34. Ed. 2007
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ímpetrus, 2010
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal. Parte geral**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011
- HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal. Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2009
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. III

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006

MOREIRA, Reinaldo Daniel. **Breves apontamentos acerca da noção de co-culpabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 801, 12 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7268>. Acesso em: 11 out. 2011.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 1 ed. São Paulo: RT, 2005

POZO, José Hurtado. **El modelo peruano**. Disponível em <HTTP://unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artvel3.htm>. Acesso em 10/09/2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009

ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte General**. Madrid: Civitas, 1997

ROZÁRIO, Charles Francisco. **A teoria da co-culpabilidade como causa de atenuação genérica da pena. Uma análise do art. 66 do Código Penal brasileiro à luz da Hermenêutica Criminológica e do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2618, 1 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17315>. Acesso em: 12 out. 2011

SANZO BRODT, Luis Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

---

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997

ZAFFARRONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi