



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Noção de Co-culpabilidade no Ordenamento Jurídico Penal

Paulo Maurício Simão Filho

Rio de Janeiro
2010

PAULO MAURÍCIO SIMÃO FILHO

A Noção de Co-culpabilidade no Ordenamento Jurídico Penal

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Mônica Areal.
Nelson Tavares.

Rio de Janeiro
2010

A NOÇÃO DE CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

Paulo Maurício Simão Filho
Graduado pela Universidade Cândido Mendes -
Centro. Advogado. Pós-graduando pela Escola
da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A sociedade, desde os tempos mais remotos, sempre se preocupou com o uso da força por parte de seus cidadãos e, principalmente por parte do Estado que, com o passar do tempo, tornou-se o detentor legítimo do *jus puniendi*. Diante da preciosidade do bem jurídico colocado em jogo, a liberdade, é preciso que os limites de intervenção do Estado estejam bem delimitados e que os operadores do Direito apliquem adequadamente as penas necessárias e suficientes para sua reprovação e prevenção. Esse é o norte deste trabalho: evidenciar que a correta aplicação da pena passa, necessariamente, pelo reconhecimento da vulnerabilidade de alguns grupos sociais em virtude da ineficiência social do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Penal. Constitucional. Co-culpabilidade. Vulnerabilidade. Aplicação e Pena.

Sumário: Introdução. 1. As finalidades do Direito Penal. 2. Culpabilidade como Elemento Integrante do Conceito Analítico de Crime. 3. A Pena. 4. A Culpabilidade e a Primeira Fase da Dosimetria da Pena no Código Penal. 5. A Co-culpabilidade. 6. A Operacionalização da Co-culpabilidade na Reprimenda Estatal. 7. Exemplos Implícitos da Aplicação da Co-culpabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfoca a temática da justiça na aplicação das penas no direito penal. Para tanto, estabelece como ponto de partida a premissa de que a pena justa é aquela que seja

necessária e suficiente para reprovar e prevenir a conduta criminosa praticada pelo agente. Nesse contexto, assume grande relevo a temática da co-culpabilidade, reconhecida por renomados autores como a parcela de culpa que cabe à sociedade e ao Estado quando um crime é praticado por pessoas que tenham sua auto-determinação diminuída em virtude de fatores sociais.

Busca-se atentar para a realidade social existente no país, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, onde a criminalidade envolvendo lesão à integridade física das pessoas (composta por crimes de roubo, homicídio, lesão corporal, seqüestro e ameaça) é praticada, em grande parte, por pessoas oriundas das camadas sociais menos abastadas.

Objetiva-se discutir a influência que o comportamento do meio social produz em relação à conduta de algumas pessoa. Parte-se do argumento de que numa comunidade favelada, onde é baixo o grau de instrução, somada ao alto índice de violência, controlada não pelo Estado, mas sim por organizações criminosas, não existem perspectivas viáveis a determinadas pessoas para afastarem-se da criminalidade.

Estabelecidas as premissas teóricas, o trabalho busca denotar o papel do Magistrado no momento da aplicação da pena. É focado o problema relativo ao reconhecimento da co-culpabilidade como atenuante genérica a diminuir a quantidade de pena aplicável ao agente. Pretende, ainda, discutir se com a diminuição operada pela mencionada atenuante a pena poderia ficar abaixo do mínimo legal previsto abstratamente pelo legislado no tipo penal.

Ao longo do artigo serão abordados os tópicos: a necessidade da pena justa, a dosimetria da pena, as atenuantes e a co-culpabilidade, a súmula 231 do STJ e a proposta para sua revogação. A metodologia será pautada pelos métodos histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Por fim, resta saber se a aplicação da atenuante da co-culpabilidade pode surgir como fator a diminuir alguns problemas na estrutura do Direito Penal no Brasil, especialmente a superlotação das cadeias e a crise no sistema repressivo punitivo previsto na lei penal.

1. AS FINALIDADES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal não é um fim em si mesmo, uma vez que a aplicação da pena jamais poderia ser interpretada como uma resposta pronta e acabada para o cometimento de infrações penais.

Com o Direito Penal, objetiva-se tutelar os bens que, por sua importância para a convivência harmônica entre os homens, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. É nesse sentido que repousa a conhecida máxima de que o Direito Penal possui caráter subsidiário e fragmentário.

Subsidiário porque só deve incidir quando os demais ramos do ordenamento jurídico não forem aptos, por sua própria força, para tutelar adequadamente os bens jurídicos postos em perigo. Fragmentário porque o Direito Penal não se importa com todos os bens jurídicos que merecem proteção no ordenamento jurídico, mas apenas com uma parcela que, por motivos de política criminal, mereceu do legislador uma especial atenção.

Nesse sentido, GRECO, (2007, p. 4) afirma que “o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários a própria sobrevivência da sociedade”.

O princípio que materializa a afirmação realizada por um dos maiores penalistas da atualidade é o Princípio da Intervenção Mínima. Tal princípio apresenta uma dupla perspectiva, que muitas vezes é deixada de lado pela doutrina.

Com efeito, é com base nesse princípio que os bens jurídicos são selecionados pelo legislador para serem amparados pelo Direito Penal, porque foram considerados os mais relevantes para o convívio em sociedade.

Por outro lado, como o reverso da moeda, será também este princípio que orientará o legislador, com base na mutação da sociedade, que está em constante evolução, para retirar do ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores que hoje já não merecem a proteção que recebem outrora.

Dessa forma, pode-se concluir essa etapa inicial em que foram apresentadas as finalidades do Direito Penal com a proposta de que um Direito Penal preocupado com as garantias individuais do homem, que se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico em virtude da força normativa da Constituição, esteja orientado pelo princípio da intervenção mínima. Assim, apenas as condutas mais graves e que atentem contra os bens jurídicos mais importantes à sociedade devem ser mantidas na esfera de ilicitude penal e as condutas que hoje já não assumem tal relevo devem ser retiradas da esfera normativo-penal.

2. CULPABILIDADE COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

O crime é um todo unitário, insuscetível de fragmentação, mas para efeitos do Direito Penal como ciência didática, é preciso estudar cada uma de suas características ou elementos fundamentais.

Através de uma ótica eminentemente formal, o crime seria toda conduta que atentasse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado, na sua competência de regular o legítimo exercício da força.

Já sob o ponto de vista material, o crime seria a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes à vida em sociedade.

Tais conceitos não se repelem, ao contrário, devem ser conjugados. Todavia, tais conceitos não traduzem o crime com precisão, de forma a possibilitar seu estudo em análises mais detidas, motivo pelo qual surgiu o conceito analítico de crime, que o decompõe, para fins didáticos, em elementos estruturantes.

De acordo com a teoria analítica do crime, majoritária na doutrina nacional, adotada como elemento norteados das discussões que se desenvolvem nesta pesquisa, o crime é composto pelos seguintes elementos: fato típico; antijuridicidade e culpabilidade.

Na feliz síntese de GRECO (2007, p. 135), “podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessária à apreciação do elemento seguinte”.

A assertiva do insigne autor está correta na medida em que não se pode falar de antijuridicidade se a conduta não for típica, da mesma forma que não haverá que se cogitar de culpabilidade se a conduta não for típica e antijurídica.

Após o preenchimento destes três elementos, no caso concreto, é que se estará diante de um crime.

Mais uma vez, é GRECO (2007, p. 142/143) quem informa que “a função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível”.

Em breves linhas, o fato será típico quando houver a perfeita correspondência entre a conduta descrita no tipo proibitivo e a praticada pelo agente no mundo dos fatos, em relação de subsunção do fato à espécie. O fato típico, segundo uma visão finalista, é composto dos elementos: conduta dolosa ou culposa; resultado; nexos de causalidade; tipicidade (formal e conglobante, para os que a admitem).

A antijuridicidade é sinônima de ilicitude e significa a relação de antagonismo que se estabelece entre a conduta praticada pelo agente e o ordenamento jurídico. O fato típico será ilícito quando o agente não tiver praticado a conduta amparado por qualquer das causas justificantes de sua conduta, listadas no art. 23 do CP.

A culpabilidade, por sua vez, é o juízo de reprovação pessoal que recai sobre a conduta típica e ilícita do agente, e é composta pelos seguintes elementos, de acordo com a concepção finalista: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Presente o fato típico, ilícito e culpável, está-se diante de um crime.

3. A PENA

O crime praticado no mundo dos fatos deverá ser levado ao conhecimento do Magistrado competente por meio de um processo, que deverá assegurar ao agente do fato os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por força do que prevêm os artigos 5º, LIV e LV da CRFB/88.

Após a instrução processual penal, se o Magistrado se convencer que está diante de um fato típico, ilícito e culpável e, portanto, diante de um crime, terá de aplicar uma pena, como resposta do Estado à transgressão da norma de conduta prevista na lei, cuja observância era obrigatória por parte de todos.

ARARIPE (2009, p. 370) ensina que “pena é uma sanção aplicada pelo Estado, através do Poder Judiciário e mediante o devido processo legal, ao transgressor da norma penal incriminadora, consistente na perda ou diminuição de um bem jurídico titularizado pelo agente”.

A pena é a sanção característica do Direito Penal e é o que o diferencia dos demais ramos do direito. Em sua essência a pena é retributiva, porque opera causando um mal ao transgressor.

FRAGOSO (2003, p. 348) afirma que “diz-se retributiva a sanção penal porque consiste num mal imposto ao transgressor em virtude da violação da norma jurídica”.

Diante da inafastável necessidade de aplicar penas aos transgressores da lei penal, o legislador teve de municiar o Magistrado de um sistema adequado para que, ao analisar as peculiaridades de cada caso concreto, possa imprimir uma solução justa ao litígio jurídico-penal.

É o art. 5º, XLVI da Constituição da República que afirma a necessidade de individualização da pena, ao estabelecer que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a)privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

Assim, após intenso embate doutrinário, a reforma do Código Penal de 1984 adotou o sistema trifásico de aplicação da pena, propugnado por Nelson Hungria, em detrimento do sistema bifásico proposto por Roberto Lira.

De acordo com o art. 68 do Código Penal, “a pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

O sistema trifásico de aplicação da pena pode, pois, ser assim resumido.

Primeiramente o julgador deve encontrar a chamada pena base, sobre as quais incidirão os demais cálculos. Os tipos penais possuem um preceito secundário onde estão previstas as penas mínima e máxima, permitindo que o Magistrado, depois de analisar o art. 59 do Código Penal, estabeleça a quantidade de pena que entender adequada para a prevenção e reprovação do crime. Tal fase é chamada, por Frederico Marques, de individualização legislativa.

Após a fixação da pena base, o Magistrado deve passar à segunda fase da dosimetria penal, chamada de individualização judicial. É nesta fase em que o julgador irá apreciar, nesta ordem, a presença ou ausência das circunstâncias agravantes e atenuantes, listadas nos artigos 61 e 62, 65 e 66, todos do Código Penal.

Sobre a quantidade de aumento ou de diminuição de pena por conta de cada uma das agravantes ou atenuantes, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que deverá ser observado o percentual máximo de 1/6 da pena, tendo em vista que este é o menor percentual que poderá incidir na próxima fase.

Ainda sobre essa fase da dosimetria penal, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular de nº 231, segundo o qual “a incidência da circunstância atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Tal verbete sumular não representa o melhor entendimento sobre o tema, bem como representa flagrante violação à lei federal, em especial ao art. 65 do Código Penal, conforme se desenvolve a argumentação ao longo deste trabalho.

A terceira e última fase de aplicação da pena é aquela em que o julgador irá empreender os aumentos ou diminuição da pena em virtude da presença de causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição da pena, encontrando-se a pena final, que servirá para fins de execução penal.

De forma sucinta, essa é a dosimetria penal.

4. A CULPABILIDADE E A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA NO CÓDIGO PENAL

Em se tratando de aplicação da primeira fase da dosimetria, o Magistrado deve fixar a pena base entre o mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal, a fim de percorrer a escala penal de acordo com a análise das circunstâncias judiciais, conforme já mencionado.

Nesse sentido, o art. 59 do Código Penal preceitua que: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:”[...]

A leitura deste artigo não deve deixar dúvidas ao intérprete. A culpabilidade é a primeira circunstância legal a ser apreciada pelo Magistrado no momento de fixação da pena base do ilícito praticado.

Sobre isso, deve-se ressaltar que não há nenhuma contradição entre a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime e a culpabilidade como circunstância legal prevista no art. 59 do Código Penal, como à primeira vista poderia parecer.

É tranquilo o entendimento da doutrina de se deve realizar um duplo exame da culpabilidade: no primeiro momento a análise da culpabilidade será dirigida à configuração da infração penal cometida, como fato típico, ilícito e culpável; no segundo momento a culpabilidade será aferida com a finalidade de fazer com que a pena base percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo, ou seja, quanto maior a censurabilidade que recair sobre a conduta, mais deve a reprimenda aproximar-se do máximo legal.

Em primeiro plano, a culpabilidade é medida da necessidade da pena, no sentido de ser ou não necessária e possível à imposição de uma sanção penal. Em segundo plano, a culpabilidade funciona como medida qualitativa e quantitativa da pena, como resalta ARARIPE (2009, p. 446).

É nesta fase da dosimetria penal que o julgador deverá empreender as seguintes perguntas: 1) o agente era imputável? 2) o agente tinha potencial conhecimento da ilicitude? 3) poderia ser exigida do agente uma conduta diversa da que foi empreendida?

Caso a resposta seja positiva a todas as três indagações, o fato será culpável. Quanto maior for a intensidade com que se responde à terceira pergunta, maior deverá ser o aumento da pena base.

5. A CO-CULPABILIDADE

O Brasil é um país desigual. A pobreza assola a sociedade. As oportunidades são proporcionais ao acúmulo de riquezas. Quanto mais abastado, mais oportunidades de ascender na vida terá o indivíduo. Poucas serão as oportunidades que se mostrarão viáveis a alguns setores da sociedade, especialmente os provenientes das camadas sociais mais pobres e excluídas.

A tão propalada igualdade é apenas um princípio constitucional previsto no art. 5º da CRFB/88, que ainda não conseguiu alcançar seu nível de desenvolvimento sob uma perspectiva material.

Desde a época em que Ruy Barbosa atuava nos Tribunais, é conhecido o célebre ensinamento de que os iguais devem ser tratados de forma igual, ao passo que os desiguais devem ser tratados de forma diferente, na medida de suas desigualdades. Essa seria a verdadeira igualdade ou isonomia, analisada sob uma ótica material, que respeitasse as particularidades de cada indivíduo e se propagasse para muito além da conhecida fórmula de que todos são iguais perante a lei.

Acontece que aqueles que conhecem a cidade do Rio de Janeiro, como muitas outras capitais do país, sabem que a igualdade material jamais foi alcançada. Basta olhar para as favelas.

A sociedade é composta por uma legião de miseráveis que não possuem um lugar adequado para chamar de lar, abrigando-se embaixo de pontes, dormindo em praças, que não conseguem qualquer emprego porque o Estado não os preparou para o mercado de trabalho, que vivem pedindo esmolas nos sinais para comprarem um prato de comida, que por muitas vezes será a única refeição do dia, que ingerem álcool e substâncias entorpecentes para esquecerem-se da dura realidade que vivenciam.

Quando esses agentes praticam infrações penais, deve-se apurar a sua vulnerabilidade diante do contexto social para diminuir-lhes a reprimenda. Não apenas sob o fundamento de que a culpa é do Estado, mas principalmente diante da constatação de que muito pouco se lhe poderia exigir a título de conduta diversa.

Não se nega que o indivíduo seja dotado de capacidade de auto-determinação. O ditado popular afirma que “o homem é autor e ator da sua própria peça”.

Mesmo diante das maiores adversidades, o homem consegue superar todos os seus obstáculos e viver suas vidas de forma digna e honrada.

Mas não se pode esquecer que o meio social exerce inegável influência sobre as pessoas. A educação, a cultura, a marginalidade e a banalização no cometimento de infrações penais podem fazer parte do cotidiano, conforme lembra GRECO (2007, p. 425).

É exatamente nesse sentido que surge a teoria da co-culpabilidade, fundada na ideia de influência que o meio social exerce sobre a formação da personalidade humana, com comprometimento do âmbito de autodeterminação de cada um. Ao se considerar que, por razões diversas, a sociedade não oferece a alguns sujeitos condições de desenvolvimento pessoal pleno, deve o juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta desses sujeitos ser atenuado diante do que seria uma co-culpabilidade da sociedade.

Para SANTOS (2002, p. 231), “a co-culpabilidade da sociedade organizada pode ser admitida como uma valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas”.

No mesmo sentido, BATISTA (2007, p. 105), afirma que, “em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.

Pode-se, pois, sintetizar o que foi dito até agora nos seguintes termos: a ideia de co-culpabilidade deve ser aplicada no ordenamento jurídico penal como forma de evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais por seus cidadãos.

A co-culpabilidade não pode ser vista de forma estanque ou imóvel. A culpabilidade não pode se reduzir a um simples juízo abstrato de reprovação, em que se levaria em conta o homem médio, sob pena de desvirtuamentos e violação ao princípio da individualização da pena.

O crime, antes de ser um fato típico, ilícito e culpável, como propõe seu conceito analítico, é um fato social, exteriorizado no mundo dos fatos. Não se pode deixar de levar em conta, ao proceder à análise do juízo de reprovação pessoal do acusado pela prática do ilícito o contexto social em que este se encontra inserido e que, inegavelmente, sofre influxos da realidade do ambiente em que vive e convive.

Os autores da tese, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR (2002, p. 656) afirmam que “a teoria da co-culpabilidade possui o mérito de introduzir na construção da culpabilidade normativa, normalmente radicada em concepções idealistas, um potente componente de realismo”.

Em obra específica sobre o tema, MOURA (2006, p. 113) visualiza a co-culpabilidade como princípio constitucional implícito, cuja fonte imediata seria a Constituição Federal, em seu artigo 5º, §2º, ao aduzir que “os direitos e garantias individuais previstos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Aduz-se que a aceitação da co-culpabilidade como princípio constitucional obriga o legislador ordinário a alterar o nosso ordenamento jurídico penal, principalmente porque nesta

medida o indivíduo atingiria a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de acesso à justiça, elemento essencial para a aplicação de todos os demais direitos.

6. A OPERACIONALIZAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NA REPRIMENDA ESTATAL

Após o reconhecimento de que o agente, no caso concreto, merece ter um juízo de reprovação social reduzido em virtude da diminuída exigência de comportamento conforme o direito, por força das condições sociais em que se encontra inserido, surge a pergunta: como aplicá-la diante da dosimetria da pena e do sistema trifásico proposto por Nelson Hungria e acolhido pelo art. 68 do Código Penal?

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar ao leitor que não existe qualquer referência expressa na legislação pátria sobre o conceito de co-culpabilidade e seu *modus operandi*. Cabe à doutrina a tarefa de explicitar o melhor momento para sua aplicação na fixação da pena.

É possível argumentar que seria adequada a referência à co-culpabilidade quando do momento da fixação da pena-base, uma vez que a primeira circunstância judicial a ser apreciada seria justamente a culpabilidade.

Mas esse não é o melhor entendimento, pois ao se considerar a co-culpabilidade já na primeira fase da aplicação da dosimetria penal, o Magistrado não poderia reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Veja: se o réu tivesse a seu favor todas as circunstâncias judiciais, a pena-base já seria automaticamente fixada no mínimo legal, que é justamente o que acontece na maioria dos

casos, de forma que a incidência da co-culpabilidade seria irrelevante e em nada iria interferir na graduação da pena.

Em outras palavras, aplicar a co-culpabilidade na individualização legislativa implicaria em só reconhecer sua eficácia quando a pena fosse fixada acima do mínimo legal, o que não nos parece adequado, uma vez que não haveria o reconhecimento da responsabilidade do Estado e da sociedade pelo cometimento da prática infracional.

No segundo momento de aplicação da pena, qual seja a consideração da presença das circunstâncias agravantes e atenuantes, merece destaque a previsão do art. 66 do Código Penal: “a pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

O legislador penal houve por bem estipular expressamente diversas situações previstas no art. 65 do Código Penal que obrigatoriamente reduzirão a pena do réu. Entretanto, ante a impossibilidade de prever todas as situações passíveis de ocorrência na dinâmica e complexa vida social, o legislador conferiu ao Magistrado a possibilidade de atenuar a penalidade imposta ao réu quando verificar qualquer circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime.

É aqui que reside a chamada atenuante genérica, que pode ser uma boa solução ao intérprete da lei penal para aplicar a teoria da co-culpabilidade.

Todavia, para que não incida nos mesmos problemas apresentados quando da possibilidade da apreciação da teoria na primeira fase da dosimetria penal, é necessário que o Magistrado possa reduzir a pena aquém do mínimo legal ante o reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado e da sociedade no momento do cometimento da infração penal por parte do réu.

Para isso, precisa-se superar o óbice da súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O aludido verbete sumular informa que “a incidência da circunstância atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Os que defendem o verbete sumular afirmam que se o Magistrado pudesse reduzir a pena abaixo do mínimo legal, estaria violando a separação de poderes, interferindo na política criminal adotada pelo legislador, que seria o órgão competente para elaborar os preceitos secundários do tipo penal.

Por outro lado, a melhor doutrina, a exemplo de Rogério Greco, sustenta que a súmula consubstancia entendimento *contra legem*, que não merece ser aplicado.

Tal entendimento viola frontalmente a lei federal, tendo em vista que a redação do art. 65 do Código Penal não deixa dúvidas ao estabelecer que “são circunstância que sempre atenuam a pena”(…) Porque motivos o legislador utilizaria o advérbio sempre se sua intenção fosse deixar de aplicar a redução quando a pena base tenha sido fixada no mínimo legal?

O argumento de que o juiz estaria usurpando a competência legislativa não nos convence, pois o art. 59, do Código Penal, que cuida da fixação da pena-base, é claro em dizer que o juiz deverá estabelecer a quantidade de pena aplicável nos limites previstos. O Magistrado não poderá ir além ou aquém do que previsto no preceito secundário do tipo penal por força de expressa disposição legal.

Mas no que toca à segunda fase da dosimetria penal, não existe disposição expressa equivalente. Pelo contrário, o art. 65 do Código Penal afirma que a presença das atenuantes sempre reduzirão a pena, utilizando os verbos no imperativo, denotando a intenção de redução obrigatória, sem fazer qualquer ressalva quanto ao limite mínimo previsto no tipo penal.

A interpretação fornecida ao art. 65 do Código Penal pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em entendimento vazados nos termos da súmula nº 231, é contra a lei expressa do Código

Penal e inviabiliza um direito do réu, consistente na individualização da pena, que possui matriz constitucional no art. 5º, XLVI da CRFB/88.

Por tais motivos, o óbice da súmula 231 do STJ deve ser superado para permitir que, quando o Magistrado se depare com a prática de infração penal onde exista o reconhecimento de parcela do Estado e da Sociedade na conduta criminosa, reduza a pena pela presença da circunstância atenuante genérica prevista no art. 66, do Código Penal, inclusive aquém do limite mínimo estipulado pelo legislador no preceito secundário do tipo penal, seja porque a súmula consubstancia interpretação contra a lei, seja porque viola o princípio da individualização da pena e, portanto, é inconstitucional.

7. EXEMPLOS IMPLÍCITOS DA APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado, não existe qualquer previsão expressa acerca da adoção da teoria da co-culpabilidade no ordenamento jurídico penal brasileiro. Mas isso não significa que o legislador ignore, por completo, a teoria da co-culpabilidade, consoante passa-se a demonstrar.

A Carta Magna dispõe, em seu art. 225, §3º, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Cumprindo o mandamento constitucional, em 1998 foi editada a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

No art. 14, a lei afirma que: “são circunstâncias que atenuam e pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”.

Tal dispositivo, ainda que de forma implícita, reconhece e aplica a teoria da culpabilidade no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Busca-se dois exemplos para ilustrar a hipótese. Em primeiro lugar, deve-se pensar em um lavrador, que reside em uma distante área rural do interior do Rio de Janeiro, que jamais tenha cursado o ensino básico por dificuldades econômicas e pela grande distância existente entre a fazenda em que residia e a escola mais próxima. A única atividade que lhe foi ensinada e exercitada durante toda a sua vida foi o plantio e corte da cana-de-açúcar. Para tanto, o lavrador que hoje conta com 50 anos de idade, está habituado a produzir queimadas, mediante fogo na plantação como forma de facilitar o corte da cana, em prática muito difundida no interior do país.

De outro lado, imagine-se um rico fazendeiro, que cursou agronomia em uma renovada universidade privada e que, assessorado por seus advogados, foi informado por seus advogados que não poderia mais efetuar queimadas em suas plantações, por força da Lei 9.605/98. Mesmo assim, para reduzir os custos de sua produção, o fazendeiro mantém as referidas práticas proibidas.

Supondo que, por descuido na utilização do fogo, a queimada tenha atingido mata ou floresta, ambos responderão pelo crime previsto no art. 41, parágrafo único da Lei de Crimes ambientais.

Diante disto, pergunta-se: será que os dois agentes merecem ser punidos da mesma forma?

Parece que não. O princípio da isonomia ou igualdade material, impõe que o Poder Público respeite as peculiaridades de cada um e, com base na individualização da pena, leve em

consideração as particularidades pessoais de cada caso e, no primeiro exemplo, a teoria da co-culpabilidade.

O lavrador, sem qualquer nível de escolaridade, e que não possuía nenhum conhecimento da Lei 9.605/98, deve ter sua responsabilidade dividida com o Estado, que jamais lhe ofereceu condições de adquirir conhecimento sobre a ilicitude do fato que pratica constantemente na condução de sua atividade laboral.

Exatamente por isso, o legislador permite que para ele seja atenuada a pena em virtude de sua baixa escolaridade, na forma do art. 14, I, da mencionada lei. Embora a lei não o diga, o certo é que tal atenuante tem por fonte imediata o reconhecimento da falha do Estado em promover a educação ambiental, que pode contribuir sensivelmente para a redução da prática dos crimes ambientais.

Merece, pois, aplausos o legislador ambiental, na medida em que incorporou ao ordenamento a teoria da co-culpabilidade, atento à mais moderna dogmática jurídico-penal, em perspectiva de criminologia penal.

Por outro lado, passa-se agora a um exemplo onde a má-situação social do réu, provocada pela incompetência do Estado era utilizada para tipificar sua conduta como contravenção penal. As contravenções previstas nos artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais eram criticadas por toda a doutrina por estabelecerem um direito penal do autor, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Mas não é apenas isso. As referidas contravenções violam claramente a teoria da co-culpabilidade, dando azo àquilo que se convencionou chamar de co-culpabilidade às avessas.

O art. 59 da LCP tipificava a conduta da vadiagem, ao passo que o art. 60 da mesma Lei tipificava a conduta da mendicância. O disposto no art. 60 da mencionada Lei foi revogado pela Lei 11.983/09, perdendo boa oportunidade de revogar também o tipo previsto no art. 59, LCP.

Com efeito, o Estado Brasileiro é omissivo em cumprir adequadamente e com eficiência os mandamentos constitucionais que lhes são impostos. A falência dos direitos sociais brasileiros é manifesta. O Estado não fornece educação gratuita eficiente a todos, impedindo que o menos abastados financeiramente adquiram a qualificação profissional adequada ao ingresso no mercado de trabalho.

O agente, sem qualquer escolaridade, não consegue obter emprego. Sem emprego, o agente não consegue manter sua vida com um mínimo de dignidade e, alijado das políticas sociais públicas, não vê outra alternativa a não ser morar na rua, mendigando por um prato de comida. Tal conduta era considerada contravenção penal até o ano de 2009.

Esse é um belo exemplo de aplicação totalmente desvirtuada da teoria da co-culpabilidade.

A má situação social do agente, provocada pela inércia estatal, é utilizada para fins de tipificação penal de uma contravenção. Tal política legislativa viola diversos dogmas, entre os quais a individualização da pena, a vedação ao direito penal do autor, a proibição da incriminação de condutas vagas, proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor e a vedação à incriminação de condutas que revelem simples estados existenciais.

Dessa forma, mesmo não tendo sido revogada a contravenção penal prevista no art. 59 da LCP, o certo é que essa não é aplicável por força de sua manifesta inconstitucionalidade, por violação ao princípio da legalidade e da individualização da pena.

Mesmo assim, esses tipos penais retratam a co-culpabilidade às avessas.

8. CONCLUSÃO

Com o passar o tempo, o homem verificou a necessidade de entregar ao Estado o legítimo exercício da força, atribuindo-lhe, com exclusividade, o *jus puniendi*, uma vez que a justiça privada acarretava atos de inegável barbárie, representadas pela antiga parêmia olho por olho, dente por dente.

Sendo o Estado o responsável pelo monopólio do direito penal subjetivo, fez-se necessário limitar o uso desse poder, uma vez que o Direito Penal deve ser visto como o ramo do ordenamento jurídico responsável por tutelar os bens mais importantes ao convívio em sociedade.

É nesse sentido que o Direito Penal diz-se fragmentário e subsidiário, pois não se preocupa com todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito, bem como só deve incidir quando os demais ramos do ordenamento não forem suficientes para tutelar a convivência harmônica dos homens.

Fixadas essas premissas, surge a constatação de que o Direito Penal moderno é baseado no princípio da culpabilidade, impedindo que o homem seja responsabilizado objetivamente por uma conduta sem que tenha agido com dolo ou culpa. A própria exposição de motivos do Código Penal afirma que uma das finalidades do Código era afastar a responsabilidade sem culpa.

A culpabilidade então é forte componente do princípio constitucional da individualização da pena, uma vez que ao indivíduo deverá ser atribuída uma pena necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito, levando-se em conta as suas condições pessoais, entre as quais destaca-se a culpabilidade como juízo pessoal de reprovação que recai sobre a conduta praticada por um agente imputável que poderia e deveria ter agido conforme o Direito, ante o potencial conhecimento de que sua conduta era vedada pelo ordenamento.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o Magistrado, ao considerar a presença das circunstâncias atenuantes e agravantes, possui uma cláusula de abertura no art. 66, do Código Penal, ao tratar das atenuantes genéricas, para permitir que o Magistrado atenuar a pena em

virtude de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

A teoria da co-culpabilidade funda-se na influência que o meio social exerce sobre a formação da personalidade humana, com comprometimento do âmbito de autodeterminação de cada um. Considerando que, por razões diversas, a sociedade não oferece a alguns sujeitos condições de desenvolvimento pessoal pleno, deve o juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta desses sujeitos ser atenuado diante do que seria uma co-culpabilidade da sociedade.

É nesse ponto que aparece a co-culpabilidade, que faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos, a sociedade que os produziu.

Reconhecida a parcela de responsabilidade do Estado e da sociedade, é preciso que se atenuem a pena desses agentes, que foram excluídos e marginalizados pela omissão do Estado em lhes prover o mínimo ético irredutível.

Tais agentes possuem um âmbito de determinação reduzido, em função da inexistência de claras e viáveis opções de vida a tal classe da população.

Exatamente por isso, o Magistrado deve reduzir a pena destes agentes, com base na atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, para cumprir o mandamento constitucional da individualização da pena e respeitar os princípios da necessidade e proporcionalidade da pena, previstos no art. 59 do Código Penal.

Por fim, observa-se que o legislador penal brasileiro começa a dar sinais de que está observando a teoria da co-culpabilidade, ao estabelecer, com todo acerto, que a pena nos crimes ambientais deve ser atenuada em relação àqueles agentes que não obtiveram educação ambiental fornecida pelo Estado.

Contudo, ainda é tímida a manifestação do legislador, que em claro exemplo de não observância da teoria mantém a tipificação da conduta de vadiagem como contravenção penal.

Pune-se o agente pelo fato de estar completamente alijado do mercado de trabalho em virtude da inércia do Estado em capacitar seus cidadãos, que não são preparados para o ingresso no competitivo mercado de trabalho.

Diante de tais exemplos, conclui-se que, se observada pelo legislador e pelo Magistrado no segundo momento da aplicação da pena, a teoria da co-culpabilidade pode reduzir resultados injustos e permitir que na punição das condutas sejam reconhecidas as peculiaridades do agente e do contexto social em que se insere.

9. REFERÊNCIAS

ARARIPE, Alexandre Marinho; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal – Parte Geral – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.*

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.*

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.*

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.*

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.*

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958.*

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.*

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível* – v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*, v. 2. Buenos Aires: Ediar, 2002.