



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PERFIL SOCIOECONÔMICO DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A  
PARTIR DA AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Jessica Sarmiento Dias de Castro

Rio de Janeiro  
2017

JESSICA SARMENTO DIAS DE CASTRO

O PERFIL SOCIOECONÔMICO DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017

## O PERFIL SOCIOECONÔMICO DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Jessica Sarmento Dias de Castro

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o presente artigo visa analisar como a ausência de aplicação do princípio da co-culpabilidade tem dirigido o sistema punitivo brasileiro de forma mais preponderante às camadas mais excluídas da população, os vulneráveis sociais. Tal constatação se confirma por meio do perfil socioeconômico dos presidiários inseridos no sistema penitenciário pátrio. Nesse sentido, não se apresenta cabível que aquele mesmo Estado que não assegura mandamentos constitucionais, nem sequer no que tange ao mínimo existencial, puna de forma tão severa tais indivíduos. A aplicação do princípio da co-culpabilidade se faz necessária como fator de observância da vertente substancial do princípio constitucional da igualdade, que visa tratar de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, não podendo o Estado punir da mesma forma indivíduos que, em virtude de sua omissão, se apresentam segregados e aqueles que por ele são privilegiados. Há de se observar tal exposição tem fulcro também no princípio da individualização da pena, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Direito Processual Penal. Princípio da Co-culpabilidade. Encarcerado.

**Sumário** – Introdução. 1. A omissão estatal na promoção de direitos constitucionais e o cometimento de crimes: há correlação? 2. A necessária aplicação do princípio da co-culpabilidade tendo em vista o perfil do encarcerado brasileiro. 3. A aplicação da co-culpabilidade estatal como causa supralegal de exclusão da culpabilidade na dosimetria da pena concretizando sua individualização. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Em tempos de crise no sistema carcerário brasileiro, inclusive com a recente decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, a presente pesquisa visa abordar a como a não observância do princípio da co-culpabilidade na aplicação da pena pelos tribunais pátrios influencia diretamente no perfil socioeconômico do encarcerado brasileiro.

Apresenta-se nesta pesquisa o princípio da co-culpabilidade como instrumento gerador de justiça social. Consta-se que tal mecanismo carece de aplicação no sistema penal pátrio quando da análise do perfil socioeconômico dos encarcerados do sistema prisional brasileiro, sendo em sua maioria negros, pobres, com baixo nível acadêmico.

A Constituição Federal promulgada em 1988 traz em seu artigo 6º os chamados direitos sociais, que atribuem ao Estado a função de intervir na ordem social para que sejam garantidos aos cidadãos acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados etc. Contudo, é cediço que este mesmo Estado tem falhado na efetivação dos direitos supramencionados, o que juntamente com o modelo econômico excludente adotado, tem criado uma massa de indivíduos marginalizados socialmente.

Pretende-se sustentar a necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade no sistema penal brasileiro como fator de observância da vertente substancial do princípio constitucional da igualdade, que visa a tratar de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, não podendo o Estado punir da mesma forma indivíduos que, em virtude de sua omissão, se apresentam segregados e aqueles por ele privilegiados. Há de se observar que tal exposição tem fulcro também no princípio da individualização da pena.

A polêmica que envolve a ausência de aplicação do princípio da co-culpabilidade no sistema punitivo brasileiro apresenta relevância pelo fato de o sistema penitenciário atingir de forma mais preponderante as camadas mais excluídas socialmente da população. Não tem se apresentado cabível que aquele mesmo Estado que não realiza mandamentos constitucionais puna indivíduos que, por sua atuação omissa, infringem normas infraconstitucionais.

A aplicação de pena no Brasil não pode se apresentar como fator de ainda maior segregação, tendo em vista que sua função é restaurar e ressocializar indivíduos. No entanto, ela tem se dirigido mormente a indivíduos que sequer foram socializados, o que a descaracteriza de forma plena. Com efeito, seus reflexos não se resumem apenas ao âmbito processual, mas se estendem ao fundamento máximo da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Analisar-se-á, no primeiro capítulo, como a omissão do Estado no que tange à promoção dos direitos sociais, derivados de uma necessária atuação positiva prevista na Constituição, forma uma massa de indivíduos marginalizados socialmente, para os quais não resta outra alternativa a não ser o cometimento de crimes para garantir sua sobrevivência no meio social. Busca-se, com efeito, demonstrar que o Estado tem parcela de responsabilidade na prática de delitos por aqueles aos quais não garante os direitos sociais previstos na Constituição, devendo ser mitigada sua punição.

O segundo capítulo propõe uma análise do encarceramento no Brasil, principalmente em seu aspecto subjetivo, ou seja, se atinge a todos de forma correlata ou se apresenta como dupla punição para aqueles já esquecidos pelo Estado.

Por fim, o terceiro capítulo enfrentará o clímax da discussão, ao ponderar se o ordenamento jurídico brasileiro contempla base para a aplicação do princípio da culpabilidade na dosimetria da pena realizada pelos juízes criminais.

No que tange à metodologia aplicada, utilizou-se do método dedutivo e, relativamente à técnica documental, empregou-se a forma indireta por meio da análise de legislações e doutrina referentes à temática, bem como a forma direta, com a abordagem de entendimento jurisprudencial.

## 1. A OMISSÃO ESTATAL NA PROMOÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E O COMETIMENTO DE CRIMES: HÁ CORRELAÇÃO?

O movimento constitucionalista foi, conforme preleciona Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>, “uma doutrina de limitação do poder do Estado” e de supremacia da constituição. A fase que mais se coaduna com a necessidade de intervenção estatal por meio de prestações positivas se apresenta com o constitucionalismo social, que surge em razão da impotência do liberalismo diante das demandas sociais que abalaram o século XIX e se agravaram com a 1ª Guerra Mundial.

Começou-se a perceber nesta época que o direito à liberdade por si só não era suficiente em um Estado dotado de grande desigualdade social que não permite a competição em igualdade de condições e, quanto maior a disparidade, maior é a necessidade de intervenção do Estado.

Neste período, surgiram constituições que se caracterizavam por consagrar os chamados direitos de 2ª geração, além dos direitos civis e políticos. Os direitos de 2ª geração, por sua vez, são aqueles ligados à igualdade material e fática (para além daquela igualdade formal já consagrada na 1ª geração). Não é apenas conferir tratamento jurídico isonômico, mas intervir na sociedade para diminuir as desigualdades na prática. Abrangem, portanto, os direitos sociais, econômicos e culturais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu art. 5º, *caput*, a seguinte disposição: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.107

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>2</sup>. Tal disposição constitucional consagra o princípio da igualdade, que é extraído não somente em seu viés formal, mas também atinge a igualdade material.

Em vias de se consagrar a supracitada igualdade substancial, a Magna Carta de 1988 apresentou expressa previsão de direitos atinentes a prestações positivas por parte do Estado, que estão dispostos no artigo 6º, caput, ao afirmar que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.<sup>3</sup>

Com efeito, apesar das supracitadas disposições, é cediço que o Estado brasileiro não tem cumprido tais mandamentos constitucionais em sua inteireza, o que tem gerado uma massa de indivíduos atingidos pelas mazelas sociais mais variadas, como a falta de acesso à água potável, saneamento básico, educação, saúde e demais direitos constitucionais. Nessa ótica, a igualdade substancial não tem sido concretizada no Estado Social de Direito Brasileiro, em virtude da disparidade socioeconômica entre os brasileiros.

Dados da Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios (Pnad) 2015<sup>4</sup>, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que, até 2015, apenas 65,3% domicílios brasileiros dispunham de serviço de rede de esgoto. Nesse sentido, o Estado brasileiro sequer tem logrado êxito em garantir o mínimo existencial à população, quanto mais concretizar o viés substancial da igualdade entre os indivíduos brasileiros.

Ao mesmo tempo, a adoção do sistema econômico capitalista, com o incentivo desenfreado pelo consumo, tem sido um fator de ainda maior segregação dentro da população brasileira e vem corroborando a situação daqueles que veem na prática criminosa a única forma de sobrevivência e, mais ainda, de inserção no meio social brasileiro.

Tal constatação é fruto da informação de que 28% dos detentos alocados no sistema prisional brasileiro respondem ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Idem. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

roubo, 13% por furto<sup>5</sup>, ou seja, dois dos delitos mais cometidos são de ordem patrimonial, o que traz à tona a conclusão de Bruno Heringer Júnior<sup>6</sup>, segundo a qual:

[...] comportamentos criminais, principalmente relativos a patrimônio (furtos, roubos, tráfico de entorpecentes, fraudes, contrabando e descaminho), passam a ser uma fonte alternativa de renda, que mesmo assim não deixam de ser merecedoras da perseguição estatal. Entretanto, parece ser necessário desenvolver uma categoria jurídico-penal que permita verificar, nessas hipóteses, a responsabilidade que efetivamente cabe ao agente e à que toca a sociedade, diante da configuração de situações em que a desocupação involuntária e a omissão do Estado em oferecer alternativas de subsistência geram uma irresistibilidade delitiva.

Nesse contexto de omissão estatal, Eugenio Zaffaroni<sup>7</sup>, penalista argentino, abordou a chamada Teoria da Co-culpabilidade, a qual entende que seja precursor o médico Jean Paul Marat (1743-1793), que de acordo com o supracitado autor “faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” definindo-a como:

[...] a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere a condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social.

No cenário brasileiro, Juarez Cirino dos Santos<sup>8</sup> tratou da temática conceituando-a como uma “valoração compensatória da carga de responsabilidade atribuída a certos membros da sociedade que se encontram, em razão de condições sociais a eles desfavoráveis, acudados socialmente”.

Essa teoria se apresentou como um fator de reequilíbrio, uma vez que o Estado é detentor do poderoso instrumento de sanção penal, qual seja o *jus puniendi*, não podendo dele se utilizar sem sopesar as características de cada indivíduo, de forma a balizar a sanção penal de acordo com o que a sociedade oferece àquele determinado indivíduo e, conseqüentemente, o que dele poderá cobrar.

A utilização desenfreada das penas privativa de liberdade tem se mostrado contraproducente ao caráter restaurativo da justiça penal, além de tornar as penitenciárias brasileiras verdadeiras escolas de crime, sem qualquer possibilidade de ressocialização dos indivíduos que por elas passam.

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Ministério da Justiça*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>> . Acesso em: 05 mai. 2017.

<sup>6</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno *Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto*. Rio Grande do Sul: Revista da AJURIS, 2000, n. 79, p. 45.

<sup>7</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 105.

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 215.

Em razão do supramencionado, é necessário também abordar a decisão do Supremo Tribunal Federal, dada em caráter liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF<sup>9</sup>, reconhecendo expressamente o Estado de Coisas Inconstitucional<sup>10</sup> no sistema penitenciário brasileiro. Tal posicionamento por parte da mais alta corte constitucional brasileira trouxe à tona a necessidade de revisão de tal sistema, de forma a diminuir as violações aos direitos humanos, abordando o perfil dos presidiários, como se pretende neste trabalho, como forma de entender a função da pena em cada caso, consagrando a concreta aplicação o princípio constitucional da individualização da pena<sup>11</sup>.

Portanto, partindo da premissa da máxima efetividade dos direitos constitucionais, deve a individualização da pena ser maximizada, como forma de concretizar o objetivo fundamental da pena, qual seja a reintrodução do indivíduo no seio social, e não como um meio de punir aquele que diariamente é punido pelo descaso do Estado no cumprimento de seus deveres.

Nessa esteira de pensamento, convém estudar a Teoria da Co-culpabilidade, que se apresenta no direito comparado como forma de atenuante genérica, causa de exclusão supralegal da culpabilidade, atinente à inexigibilidade de conduta diversa ou até mesmo de exculpação, posto que sua utilização no ordenamento pátrio abrandaria a crise atual no sistema penitenciário brasileiro e consagraria princípios constitucionais, como a individualização da pena e, mormente, a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> . Acesso em: 10 mai. 2017.

<sup>10</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560> Acesso em: 10 mai. 2017. Cumpre ressaltar que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional se apresenta como uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição de 1988 ou em qualquer outro instrumento normativo de caráter infraconstitucional, mas que "confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um "bloqueio institucional" para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas."

<sup>11</sup> Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, XLVI. A lei regulará a individualização da pena. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 maio. 2017.

## 2. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE TENDO EM VISTA O PERFIL DO ENCARCERADO BRASILEIRO

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, em que declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucionais, em sede liminar, culminou no entendimento da mais alta Corte da República federativa do Brasil de que existe um quadro de intensa violação dos direitos humanos dentro das penitenciárias brasileiras.

Apesar da supramencionada decisão, do ponto de vista pragmático, ter se apresentado bastante aquém das reais necessidades dos presos, esquecidos pelo Poder Público, acaba por trazer à baila a necessidade de traçarmos um perfil da população carcerária, como forma de entender quais os indivíduos que a compõem e o porquê de o Poder Público, na figura dos chefes do Poder Executivo, tem se imiscuído de seu papel de velar pelo caráter restaurativo, além do retributivo, da pena aplicada pelos tribunais.

Necessário, portanto, apresentar os dados abaixo, que foram extraídos do site Nexo<sup>13</sup>, em que se demonstra o perfil da população carcerária brasileira segundo indicadores de gênero, raça, escolaridade etc.:

No que se relaciona ao aspecto de gênero, a população carcerária no Brasil é de 622 mil pessoas, sendo que 96,3% é composta por indivíduos do sexo masculino e 3,7% do sexo feminino.

Na comparação entre a proporção de negros na população brasileira e na população carcerária, a primeira é composta por 53% de indivíduos que se autodeclararam negros; 46 % que se autodeclararam brancos e 1% daqueles que se autodeclararam amarelos. Em contrapartida, a massa de presos que se autodeclararam negros equivalem a 67% da população carcerária, enquanto 32% se consideram brancos e 1% amarelos.

Na análise da formação acadêmica, enquanto 12% da população brasileira possui ensino superior completo, apenas 1% dos encarcerados brasileiro conseguiu completar seu ensino superior. Quanto à finalização do ensino médio, enquanto a população brasileira atinge o índice de 28%, na população carcerária esse índice atinge 12%. Frise-se que 53%, isto é, mais da metade dos presos brasileiros não possuem sequer o ensino fundamental completo, sendo que, na população brasileira o supracitado índice é de 28%.

---

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. *Qual o perfil da população carcerária brasileira*. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Cumpra salientar que a prevalência de HIV entre os encarcerados é 60 vezes maior do que na população, já que a cada 100 mil presos 1216 estão infectados, enquanto na população brasileira a proporção é de 20 pessoas a cada 100 mil.

Com base nos dados supracitados, extrai-se que os encarcerados brasileiros são em sua maioria: homens, negros, com ensino fundamental incompleto, ou seja, de baixíssimo grau de escolaridade e com maior risco de contrair doenças. Por tais razões, não há como se afastar a tese de que o processo penal brasileiro se apresenta como forma de dupla punição daquele indivíduo que já é extremamente punido pelo descaso das autoridades brasileiras.

A herança da cultura outrora escravocrata ainda permite que os negros sejam segregados, ocupando postos de trabalho de menor importância, vivendo, em sua maioria, nas áreas mais pobres, sem acesso aos direitos básicos, sendo ainda alvo de racismo.

Da mesma forma, o *jus puniendi* estatal pune de forma mais incidente aqueles que sequer têm o ensino fundamental completo, que são marginalizados e estigmatizados dentro do contexto brasileiro.

O que podemos concluir com o perfil traçado pelo encarcerado brasileiro? Que ele nada mais é do que um espelho da intensa desigualdade social provocada, de forma precípua pela ausência de cumprimento dos mandados constitucionais pelo Estado, que ao se omitir, acaba por inflamar uma camada de vulneráveis sociais que terminam por adentrar ao mundo do crime.

Como brilhantemente afirma Gabriel Abelin<sup>14</sup>, na América Latina como um todo, não se excluindo de tal característica o Brasil, o primeiro contato do cidadão pobre com o Estado se dá por intermédio do Direito Penal, quando o deveria ser pelo campo do Direito Constitucional, com a efetivação dos direitos a eles garantidos pela Constituição.

Nesse sentido, não se pode deixar de correlacionar a omissão estatal na promoção do mínimo existencial desses cidadãos negros, pobres, de baixa escolaridade com o envolvimento deste com práticas criminosas, mormente furtos, roubos, tráfico de drogas etc. Por tal razão, deve a reprovação criminosa da conduta dos cidadãos com as características supramencionadas ser mitigada, como forma de dividir sua culpa com o Estado, consagrando o princípio da justiça social.

---

<sup>14</sup> ABELIN, Gabriel. *Co-culpabilidade como (única) fórmula dogmática de contenção do poder punitivo*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/co-culpabilidade-como-unica-formula-dogmatica-de-contencao-do-poder-punitivo/>> Acesso em: 20 jul. 2017.

Nesse contexto de intensa desigualdade social, que vem a calhar a aplicação da co-culpabilidade que, nas palavras de Rogério Greco<sup>15</sup>:

a teoria da coculpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural.

Vale ressaltar que o supramencionado princípio não apresenta positivação no ordenamento pátrio, sendo extraído da interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade em seu viés substancial e da individualização da pena, e teria o escopo de reverter o quadro do sistema prisional brasileiro que apresenta o chamado criminoso padrão.

Ainda se apresenta controverso em qual momento da aplicação da pena o juiz deverá realizar a sua análise, no entanto o anteprojeto de alteração do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012<sup>16</sup> prevê a aplicação da co-culpabilidade como circunstância judicial do art.59 do Código Penal ao dispor:

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

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semiaberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III– a restrição de direito cabível.

Conforme consta no projeto, o juiz, ao analisar a culpabilidade do agente observará à reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas. No entanto, enquanto tal projeto de lei não entra em vigor, necessário se faz, com base no diploma penal vigente, embasar a aplicação do princípio da co-culpabilidade de imediato, posto que não podem aqueles protegidos por tal princípio ficarem a mercê da atuação do Poder Legislativo.

---

<sup>15</sup> MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquemático*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 444.

<sup>16</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.473/2000*, de 27 de setembro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm)>. Acesso em 10.jun.2017.

### 3. A APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE ESTATAL COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA CONCRETIZANDO SUA INDIVIDUALIZAÇÃO

Conforme já explicitado, o princípio da co-culpabilidade não se apresenta positivado explicitamente na legislação brasileira, isto é, não está explícito na Constituição da República, bem como na legislação infraconstitucional. Por tal razão, seu conceito e sua abrangência são extraídos da doutrina, seja nacional ou estrangeira.

No Brasil, Marçal trata do princípio supramencionado, entendendo que o fundamento para a sua existência e aplicabilidade está no princípio da igualdade material ao afirmar que:

[...] fundamento do princípio da co-culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a co-culpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.<sup>17</sup>

No âmbito dos tribunais brasileiros, têm havido grande resistência quanto à aplicação deste princípio, como denota o julgado colacionado abaixo que rechaça sua adoção:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório.

2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais.

3. Habeas corpus denegado.<sup>18</sup>

Em sede de dosimetria judicial da pena, a análise do fato se dá nas esferas da tipicidade e antijuridicidade, enquanto a culpabilidade, ao contrário dos demais elementos

<sup>17</sup> MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011, p.08.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 187132 MG 2010/0185087-8*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=HC+187132+MG+2010%2F01850878&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 05 mar. 2017.

ocupa-se do sujeito, ou seja, do indivíduo que praticou a conduta delituosa. Apesar de ainda ressoar na doutrina a adoção da teoria bipartite<sup>19</sup>, é cediço que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria tripartite, entendendo como crime o fato típico, antijurídico e culpável. Por tal razão, a culpabilidade se insere como elemento do crime, se apresentando como corolário do princípio da individualização da pena realizado em sede judicial.

Na perspectiva do acima exposto, a culpabilidade se ocupará do juízo de reprovação daquele determinado indivíduo, ou seja, se daquele agente poderia o direito penal esperar a não realização dos elementos do tipo objetivo, sendo, portanto a possível sede de análise da participação do Estado, com seus comportamento comissivos ou omissivos, no cometimento de conduta tipificada como crime por aquele sujeito alvo de seu *ius puniendi*.

A forma de concretização do princípio da co-culpabilidade no momento da dosimetria realizado pelo juiz não se apresenta uníssona. Três são as posições com maiores adeptos encontradas com o escopo de inseri-lo dentro do método trifásico de aplicação da pena.

Rogério Greco<sup>20</sup> entende pela sua utilização como atenuante genérica, subsumindo-se, portanto, ao artigo 66 do Código Penal<sup>21</sup> acaba por reafirmar ser o rol do artigo 65 meramente exemplificativo.

Segundo as lições de Greco<sup>22</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 suas próprias mãos aquilo que a sociedade aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica diminuindo, pois, a reprimenda relativa a infração penal por ele cometida.

De um outro lado, há quem afirme que o juiz deve analisar a co-culpabilidade dentro das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal<sup>23</sup>. A partir dessa concepção, a coculpabilidade seria observada no momento em que magistrado realizaria a análise das oportunidades sociais tidas pelo agente, influenciando na majoração da pena-base dentro dos limites mínimos e máximos previstos no preceito secundário do tipo imputado ao réu. Esta

<sup>19</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*, v. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 163

<sup>20</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 455.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 19 jul. 2017. “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]”.

<sup>22</sup> GRECO, op.cit., p. 455.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 17. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”.

hipótese é criticada por Grégore Moura<sup>24</sup>, pois ele assevera que reconhecer a coculpabilidade como circunstância judicial não traria grandes modificações quando a pena-base for fixada no mínimo legal.

Importa frisar que as posições supracitadas apesar de já merecerem as devidas congratulações por inserirem esse princípio de suma importância à aplicação da pena, não serão adotadas neste trabalho, uma vez que sofreriam limites intransponíveis, quais sejam a impossibilidade de diminuição aquém do mínimo legal da pena<sup>25</sup>. Não raras vezes, a realidade apresenta situações concretas em que a pena mínima obtida no processo judicial de individualização da sanção penal ainda parece ser excessiva.

Por essa razão e pelas abordadas a seguir, tal pesquisa pretende a abordagem dentro da análise da culpabilidade, mais precisamente quando da análise da inexigibilidade de conduta diversa<sup>26</sup>, possibilitando ao juiz a utilização desta causa supralegal da exclusão da culpabilidade, quando o cometimento do crime está intimamente ligado à injustiça social vivida pelo agente.

Não há como sequer comparar o grau de reprovabilidade da conduta criminosa de um indivíduo que durante toda a vida foi agraciado com as mais diversas oportunidades – que na sociedade brasileira, infelizmente, se apresentam como sinônimo de privilégios – com a conduta criminosa de um outro indivíduo que sequer teve acesso ao mínimo existencial. Por óbvio, que este último tem maior propensão em cometer crimes, não só para adquirir aquilo que lhe falta, mas também para se sentir inserido no meio social, em que o “ter” tem mais validade que o “ser”, influenciado pelo sistema capitalista adotado.

Como forma de exemplificar, é razoável esperar de um negro, morador de favela, que teve de trabalhar desde criança, não podendo frequentar sequer a escola, pois, desde cedo teve que buscar seu alimento e de sua família o mesmo que se espera de alguém, branco, que sempre viveu na zona sul do Rio de Janeiro, tendo acesso às melhores instituições de educação, além de alimentação de qualidade, vestuário etc.? Por óbvio que o Estado não pode

---

<sup>24</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 141.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 231*. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em: 20 jul. 2017

<sup>26</sup> MASSON, op.,cit., p. 485. A exigibilidade de conduta diversa é o elemento da culpabilidade consistente na expectativa da sociedade acerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito. Em síntese, é necessário tenha o crime sido cometido em circunstâncias normais, isto é, o agente podia comportar-se em conformidade com o Direito, mas preferiu violar a lei penal. Destarte, quando o caso concreto indicar a prática da infração penal em decorrência de inexigibilidade de conduta diversa, estará excluída a culpabilidade, pela ausência de um dos seus elementos.

exigir de ambos o mesmo, posto que, se o fizesse a par de estar observando a igualdade formal, estaria violando a igualdade substancial.

Ilustrando a supramencionada situação, seria como que se em uma corrida os indivíduos tivessem pontos de partida extremamente díspares, além do mais, o que está no ponto mais próximo da linha de chegada possuísse tênis com uma tecnologia invejável e o que está mais distante da linha de chegada corresse descalço. Será que as chances de vitória dos indivíduos seriam as mesmas? Será que poderiam ser feitas as mesmas exigências de desempenho aos dois?

Por óbvio que a possibilidade de vitória daquele menos equipado e mais distante não é nula, mas a hipótese dele não ganhar já é esperada, pois as circunstâncias não o favorecem. Exportando tal conclusão para o âmbito do direito criminal, soa evidente que os indivíduos alvos de descaso do Estado têm mais chance de sucumbirem às práticas criminosas, não podendo o Estado se eximir de sua culpa por seu comportamento omissivo.

Frise-se que tal pesquisa não visa consagrar a impunidade e desacreditar o direito penal brasileiro, mas apenas salientar aos juízes criminais, responsáveis pela elaboração do decreto condenatório e de sua dosimetria que, caso se deparem com a situação em que o acusado cometeu o delito por fatores a ele externos, relacionados com a realidade em que vive, onde sua dignidade reste ameaçada, entendam que a mera aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal ou de circunstância judicial favorável do artigo 59 também do Código Penal não será suficiente para o cumprimento do objetivo respaldado na CF de diminuição da marginalização e realização da justiça social.

Pelo exposto, deve o juiz criminal, no momento da análise da culpabilidade como elemento do crime, afastar por completo a reprovabilidade daquela conduta, deixando de aplicar a pena em virtude da caracterização da inexigibilidade de conduta diversa, e assim realizar uma compensação das culpas do indivíduo e do Estado na ocorrência do crime.

Dessa maneira, reconhecendo o Estado-juiz que aquele sentenciado não teve acessos aos direitos sociais consagrados na Constituição da República que lhe assegurariam a dignidade que deve permear a vivência da pessoa humana, não aplicar a pena, posto que há apenas fato típico e ilícito, porém carente de culpabilidade.

Por óbvio, que a opção que mais observaria a co-culpabilidade sem atrelá-la à impunidade seria através da criação de uma causa de diminuição de pena na parte geral do Código Penal, posto que sua análise e aplicação na terceira etapa de aplicação da pena não seria obstada pela observância do mínimo de pena disposto no tipo penal incriminador. Neste diapasão, superaria as mazelas das correntes que entendem pela análise da coculpabilidade

como circunstância judicial do artigo 59 do CP ou como atenuante genérica do artigo 66 do CP. Ademais, não haveria exclusão total da culpabilidade do agente em todas as hipóteses, mas somente naquelas em que a omissão estatal de forma precípua provocara o crime.

No entanto, não tendo o Legislativo dentro de sua competência reformadora incluído a co-culpabilidade como causa de diminuição de pena da parte geral do Código Penal, uma interpretação favorável ao apenado que não teve acesso aos direitos sociais mínimos é a não aplicação da pena ante a hipótese de ser levado aos campos de concentração brasileiros em virtude do comportamento omissivo do Estado brasileiro.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade pelos tribunais pátrios como forma de uma maior concretização do princípio da individualização da pena, consagrado no artigo. 5º, da CRFB/88.

Como visto no decorrer desta pesquisa, a atual situação caótica vivida pelo sistema carcerário brasileiro nos direciona a estudá-lo de forma a conhecer a população carcerária com o escopo de reavivar o caráter ressocializador que a pena tem – ou deveria ter – dentro do processo de sua execução no Brasil.

Curioso, portanto, que conforme estudos realizados a sanção criminal tem se dirigido àqueles que são fruto do descaso do aparato estatal, quais sejam, os negros, os pobres, os que não tiveram acesso à educação em nível fundamental etc. Isso denota que aquele mesmo Estado que cerceia o acesso ao mínimo existencial, que não cumpre seu papel, exige de forma extremamente onerosa daqueles já penalizados por sua omissão.

A pena, portanto, ao invés de se apresentar como um instrumento de ressocialização, apenas penaliza novamente a pobreza, a raça, estigmatizando-as e marginalizando de forma ainda mais evidente.

Essa pesquisa encontra, portanto, no princípio da co-culpabilidade, o mecanismo necessário por trazer à tona a responsabilidade do Estado no que tange as práticas delituosas desses indivíduos carecedores de políticas de inclusão e concretizar a sua corresponsabilidade a ponto de mitigar o juízo de reprovabilidade da conduta destes indivíduos e concretizar o princípio da individualização da pena.

O supracitado mecanismo, porém, não apresenta positividade expressa no ordenamento jurídico, sendo também rechaçado pelos Tribunais Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, posto que se serviria como uma justificativa para a impunidade.

No entanto, é cediço que as nossas cortes são, em sua maioria, compostas por indivíduos que sempre tiveram acesso à serviços de qualidade, estudaram nos melhores colégios e universidades ou, pelo menos, sempre tiveram acesso a saneamento básico ou nunca andaram nas ruas com medo de abordagens policiais em virtude de seu tom de pele. A empatia, quanto à temática aqui abordada, infelizmente, não é suficiente. É preciso conhecer e se sensibilizar com aqueles que se encontram a margem da proteção do Estado.

Por tal razão, a única possibilidade observadora dos postulados da justiça social, da individualização da pena e, mormente, da dignidade da pessoa humana é o afastamento do juízo de reprovação da conduta criminosa daquele que, em virtude da omissão do Estado em prover seus direitos mais básicos, encontrou no crime a única possibilidade de prover suas necessidades e de ascender socialmente, posto que lhe era inexigível conduta diversa.

## REFERÊNCIAS

ABELIN, Gabriel. *Co-culpabilidade como (única) fórmula dogmática de contenção do poder punitivo*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/co-culpabilidade-como-unica-formula-dogmatica-de-contencao-do-poder-punitivo/>. Acesso em: 05 mai. 2017.

ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. *Qual o perfil da população carcerária brasileira*. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Editora Revan, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 07 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 3.869, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm). Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei no 3.473/2000, de 27 de setembro de 2001*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm). Acesso em: 19 Jul. 2017.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto*. ed. AJURIS. Rio Grande do Sul: Revista da AJURIS, 2000, n. 79.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011.

MASSON, Cleber Rogerio. *Direito Penal Esquematizado*. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*, v. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Grégoire Moreira de. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7.ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.