

A co-culpabilidade da sociedade: atenuante relevante anterior ao crime?

Introdução

Segundo a chamada teoria tripartida do delito, o crime é definido como fato típico, antijurídico e culpável. Ou seja, um fato que a norma penal incriminadora prevê como ilícito; que lesa um bem jurídico tutelado pelo Direito e é praticado por um ser imputável, que seria plenamente capaz de adotar um comportamento diverso daquele criminoso.

Eis, portanto, o conceito analítico de crime aceito tanto por seguidores da Teoria Finalista de Welzel quanto por não seguidores do finalismo. Welzel já sustentava ser a culpabilidade um elemento sem o qual o crime não se aperfeiçoa. E, na opinião de Cerezo Mir²³, encontramos a conclusão que, para constituir crime, a ação ou a omissão típica e antijurídica têm que ser culpáveis.

Convém aqui lembrar os três requisitos constitutivos da Culpabilidade como elemento mister para a configuração de um crime, quais sejam eles, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de obediência ao Direito. Logo, entendemos que, para um fato ser culpável, tem o seu agente que subsumir-se a esses três aspectos.

O artigo 59 do Código Penal, que possui a “*mens legis*” de nortear o juiz criminal no momento árduo da fixação da pena, vem munido de total clareza quando impõe ao magistrado a análise da personalidade do delinqüente, isto com o objetivo de aproximar ao máximo o julgador de desvendar a verdadeira índole daquele réu que está, mesmo antes do veredicto, já preso às algemas da condenação.

Delmanto²⁴ diz que importa averiguar se o crime praticado por aquela pessoa se relaciona diretamente com suas tendências psicológicas individuais, uma vez que os motivos que levaram aquele sujeito a delinqüir estão diretamente ligados com sua personalidade, já que o ser humano está, constantemente, respondendo a estímulos causados por fatores intrínsecos e extrínsecos.

Para Guilherme Nucci²⁵, a fixação da pena pelo juiz criminal trata-se de um processo de discricionariedade vinculada, no ato em que o juiz elege, por seu livre convencimento, o “*quantum*” exato que será suficiente para a prevenção e a reprovação do crime, tendo por parâmetro os valores que a lei traz. É a busca da aplicação justa da lei penal.

²³ Cerezo Mir *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144.

²⁴ DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 294.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.259.

Também encontramos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal que “a sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena e do livre convencimento do juiz, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”.

Claus Roxin²⁶, por sua vez, sustenta que a culpabilidade não deve servir como fundamento de retribuição, ou seja, aquele caráter de castigo da pena, mas tem por objeto determinar o limite que a pena “*in concreto*” não deve ultrapassar.

Aníbal Bruno²⁷, por sua vez, estabelece um conceito segundo o qual personalidade vem a ser “um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”. É justamente no estudo da “porção adquirida” e “das forças que influenciam o comportamento” que emergiu a idéia do Princípio da Co-culpabilidade da sociedade, ou seja, por esta verdade fundante perquire-se o grau de responsabilidade que tem a sociedade e o Estado pelo cometimento do delito.

Conceito

Foi a partir das idéias de Zaffaroni e de Pierangeli²⁸ que o Brasil passou a conhecer a noção de co-culpabilidade. Preceituam os ilustres juristas:

Toda pessoa atua numa determinada circunstância e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao indivíduo e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo Direito Penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do artigo 66.

O referido dispositivo legal enuncia que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

²⁶ ROXIN, Claus *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 267.

²⁷ BRUNO, Aníbal *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 555.

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Dentre os vários autores nacionais que comentam com sapiência o Código Penal pátrio, não é difícil notarmos que ao cediço artigo 66 não é dada a devida atenção, sendo os comentários breves e genéricos.

Por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt²⁹ não precisa de mais que meia página para discorrer sobre o referido dispositivo.

Desta idéia, concluímos fundar-se a co-culpabilidade na influência que o meio social exerce sobre a formação da personalidade humana; e esta influência seria tamanha ao ponto de comprometer o senso de autodeterminação de cada um, já que, em face de uma série de diversas razões, o Estado e também a própria sociedade não oferecem a alguns indivíduos as condições necessárias de desenvolvimento pessoal pleno. Assim, deve a reprobabilidade da conduta desses indivíduos postos às margens ser atenuada diante da referida inércia do Poder Público e da apatia da sociedade. Ora, reza a Constituição Federal, em seu artigo 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, isto além de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; enfim, na concepção dos sábios doutrinadores, pelas falhas do sistema, seria plenamente possível cogitar uma co-culpabilidade da sociedade e inserir tal fenômeno como circunstância atenuante a que faz menção o cediço artigo 66.

A co-culpabilidade e seus princípios correlatos

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, enuncia princípios que tutelam com hegemonia os direitos individuais fundamentais. Um deles é o chamado Princípio da Isonomia, explicado por Ruy Barbosa³⁰ como sendo o dever de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Outro é o princípio da individualização da pena, segundo o qual a pena deverá ser fixada de acordo com as condições objetivas e subjetivas sob as quais o ilícito foi cometido.

Chaïm Perelman³¹ afirma que “o que é mister buscar não são penas iguais, mas penas adequadas ao objetivo que se lhes atribui”. Por isso existe aquela apresentação constitucional taxativa das penas que o ordenamento jurídico pátrio acolhe.

Ensina o jurista Salo de Carvalho³² que o Princípio da Isonomia deve ser utilizado no momento da fixação da pena, uma vez que “reprovar com a mesma

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁰ BARBOSA, Ruy *apud*. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 22. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39.

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³² CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação ao princípio da igualdade”.

E o mesmo doutrinador esclarece que há possibilidade de se aplicar a omissão estatal ou co-culpabilidade da sociedade como a atenuante a que se refere o artigo 66, quando o juiz, ao realizar a dosimetria, verificar uma relação razoável entre a personalidade do agente e as oportunidades que este recebeu.

Outro princípio seria o da Culpabilidade. Já dizia Franz Von Liszt que “política social é a melhor política criminal” e isto porque compõe um dos elementos da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa ou exigibilidade de obediência ao direito. Tal pressuposto é entendido como a concreta possibilidade que o agente tem de determinar o seu comportamento num sentido favorável à sociedade. Ou seja, é a exigência de que o autor do fato pudesse adotar uma conduta que não constituísse crime, praticasse algo diferente daquilo que ele praticou. E isto porque o Direito exige que o ser imputável enquadre sua vontade e, por consequência, os seus comportamentos, às normas de convivência impostas pelo corpo social.

Para Günther Jakobs³³, o crime é uma conduta defeituosa do autor, onde este não observa a norma, violando o seu papel social, aquilo que se espera dele.

A sociedade prepara o crime, o criminoso o pratica!

Por todo o exposto, fica claro, então, que a sociedade impõe normas de convivência e que o crime vem interromper a harmonia das relações. Pois bem. Mas, atualmente, quais são precisamente essas normas de convivência? Se o infrator é considerado marginal, quem é a sociedade da qual ele está posto às margens?

Primeiramente cumpre-nos lembrar rapidamente o cunho vernáculo da palavra “marginal”.

Pelo dicionário da língua portuguesa, marginal é “relativo ou pertencente às margens”; “aquele que ocupa uma posição à margem de um sistema social e que se encontra excluído das obrigações e/ou das vantagens do sistema”.

Para compreendermos a crítica, visualizemos um rio.

Um rio tem margens. As margens de um rio fazem parte dele, delineiam seu curso, mas se encontram fora dele. Se um rio está poluído, de nada adiantará tratar somente a água, que é o cerne, se também não for feita a pavimentação das margens.

³³ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Os infratores são pessoas humanas e como tais também fazem parte da sociedade. Por que num Estado Democrático de Direito em que vigora o Princípio da Isonomia existe tamanha discrepância? Por que existe essa marginalidade?

Ora, a marginalidade que a sociedade tanto critica é o monstro que ela mesma criou. Com o passar dos tempos, o desenvolvimento das mais variadas tecnologias se globalizou e a qualidade de vida das pessoas não só melhorou como também acabou submergida por tanta evolução. Não veio apenas e tão-somente o capitalismo, mas hoje a sociedade está plenamente tomada por um capitalismo selvagem.

Karl Marx³⁴ já sustentava ser a história do homem uma história de luta de classes sociais, uma luta incessante e permanente entre interesses opostos, proporcionada pelas gritantes desigualdades, uma vez que o Estado seria um instrumento de dominação de classes a serviço das classes dominantes.

Enrico Ferri³⁵, sociólogo e integrante da Escola Antropológica Criminal, sustentou a grande influência do meio social no comportamento de um indivíduo, ou seja, as chamadas “causas exógenas” para a criminalidade. Embora negasse o livre-arbítrio do indivíduo, estudou com afinco as relações do ser humano com o meio ambiente, com a sociedade, na tentativa de explicar o porquê do surgimento dos eventos criminosos.

Para este jurista, a delinqüência é também uma conseqüência de fatores antropológicos e sociais. Tanto que veio a classificar sob três aspectos as causas dos delitos, quais sejam: as causas biológicas, herdadas geneticamente dos antepassados; as físicas, relativas ao ambiente cósmico, ao clima; e, finalmente, as causas sociais, concernentes ao próprio meio social no qual aquele ser foi criado. Conclui ele, portanto, que o objeto último das leis penais seria prevenir a criminalidade e não apenas castigá-la, ou seja, a pena era vista como medida de defesa social.

Entendia ele ser o criminoso um produto do meio social, devendo ser tratado como tal. Ou seja, o delinqüente era envolvido pelo convívio social, que condicionava e delimitava seu próprio caráter. Para Ferri e outros adeptos do positivismo jurídico, a vontade humana correspondia a uma vontade viciada, visto que direcionada pelas condições do meio social em que o sujeito vive. E é justamente neste ponto, no da vontade ser condicionada pelo meio externo, que a Teoria de Ferri perde a força. Contudo, nos é possível lembrar seus estudos para tentar compreender que a sociedade acaba, de uma forma ou de outra, influenciando e tendo sua parcela de culpa no cometimento dos ilícitos penais.

Em vários pontos da legislação pátria encontramos nítida a idéia de ser inescusável o descumprimento da lei, pela alegação de seu desconhecimento,

³⁴ MARX, Karl *apud* COSTA, Maria Cristina Castilho. *Sociologia, Introdução à ciência da sociedade*. Moderna, p. 74.

³⁵ FERRI, Enrico *apud* FERNANDES, Newton e Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83.

mas como pode conhecer os ditames da lei aquele que mal sabe rabiscar o próprio nome e sequer imagina a existência em seu país de uma Constituição que tem um artigo 6º obrigando o Estado a lhe oferecer educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e assistência em geral? E mais, se o Estado deveria cuidar do pleno respeito aos Direitos Sociais das pessoas, por expressa disposição constitucional, quando este não o faz, não teria ele parcela de responsabilidade?

A resposta à pergunta “quem é a sociedade?” encontramos facilmente nos meios de comunicação, e em nada ela se parece com a resposta dada pela Constituição Federal, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, assim como “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, ou ainda “a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

Os meios de comunicação apresentam a todos as nítidas divisões entre os grupos que formam a sociedade. Karl Marx observava a distinção entre proprietários dos meios de produção e proletariado. Hoje, convivemos com a existência de mais ramificações dentre esses dois extremos apontados pelo autor de *O Capital*. Na sociedade atual não vemos escravos à base da pirâmide da hierarquia social, mas vemos pessoas que vivem em condições subumanas, que moram em favelas, dormem embaixo de pontes, mendigam às portas de igrejas.

Essas pessoas não têm acesso às oportunidades de emprego, às condições dignas de moradia e de saúde, como preconiza a Constituição Federal, mas, de um jeito ou de outro, elas acabam tendo acesso a algum dos inúmeros meios de comunicação e os vêem pregando como necessidade premente o “ter”.

Como seres racionais, as pessoas captam a essência das informações recebidas, despertam o anseio de ter e a revolta por pertencerem, contra a sua vontade e sem ter tido oportunidade de escolha, ao grupo que não tem.

Na opinião da Defensora Pública Dra. Patrícia Malite Imperato, os meios de comunicação cumprem sua função de embutir na cabeça das pessoas as prioridades modernas que realmente fazem a diferença num país de iguais, como usar roupas das marcas mais caras, celular com mp3 que tira foto e acessa a internet, carro do ano.

E quem não possui recursos financeiros para acompanhar essas mutações, para se atualizar em face dessas modernidades, buscará o acesso a elas de outras maneiras.

Relembremos um sábio dizer de Anatole France, segundo o qual “em sua igualdade majestática, a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir debaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão, e nela vale também para o direito penal a palavra amarga: ‘Deixais ao pobre tornar-se culpado, em seguida o entregais à dor’”.

Diante disso, vem Gustav Radbruch³⁶ e coloca que “quantas vezes, as custas do processo e da execução, se empregadas antes do crime, teriam bastado para evitá-lo”.

Dizer que o crime é um fato social implica endossar a idéia que há um defeito na sociedade. Ora, quando um ilícito penal acontece, verifica-se ainda nas pessoas, nos grupos sociais, a existência daquele sentimento de vingança contido na Lei de Talião; antes de mais nada e, na maioria das vezes, antes mesmo do devido processo legal, quer a sociedade ver a face castigo da pena. Ou seja, a sociedade é frágil por marginalizar alguns de seus próprios membros e desmorona no momento em que precisa da pena para ver restabelecido o equilíbrio emocional que o crime, fato por ela mesma criado, contra ela mesma praticado e nela mesma encenado, abalou.

Para Soler³⁷, “a pena é uma sanção aflictiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição do seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

A pena é necessária para manter uma ordem social, mas não o único instrumento, existindo outras formas mais eficazes do Direito intervir sem causar estigmas, além, obviamente, do controle primário da criminalidade, realizado mediante o desenvolvimento de reformas urbana e agrária, de uma sensata distribuição de renda, de um sistema de educação sério cuja preocupação seja formar e informar as pessoas, do acesso, com dignidade, à saúde, ao transporte, ao lazer e esportes.

Na reforma de 1984, a pena foi suscitada como possuindo natureza mista, é retributiva e preventiva, conforme dispõe o *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Art. 59. 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 reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em sua característica retributiva, cuja finalidade já é preventiva no sentido de evitar a prática de novas infrações, a pena se apresenta sob os aspectos: ge-

³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁷ SOLER *apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2002.

ral, uma vez que o fim intimidativo da punição dirige-se a todos os destinatários da norma penal, com o intuito de impedir que quaisquer dos membros da sociedade pratiquem crimes; e especial, ao passo que a pena atinge o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir novamente e procurando corrigi-lo daquele delito que ele cometeu.

Para a doutrina majoritária³⁸, a pena não pode mais ser vista como a vingança da sociedade para com o delinqüente, mas ela deve ser ministrada como um remédio para que possa cumprir sua finalidade de prevenir delitos, de retribuir o mal causado e de devolver o indivíduo ao convívio social de modo que ele possa pertencer ao grupo, adotando condutas lícitas.

Percebemos, por toda esta análise, que a pena hoje acaba sendo o meio para se descontar no indivíduo a frustração de que um Estado de Direito não conseguiu atingir os seus próprios objetivos de República trazidos pela sua própria Constituição (artigo 3º).

A subsunção da co-culpabilidade no texto do artigo 66 do CP

Helena Cláudio Fragoso³⁹ interpreta o artigo 66 do Código Penal entendendo que “qualquer circunstância relevante relacionada com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento da pena, deve ser considerada como circunstância relevante”.

E é nesta esteira que seguem as opiniões de Zaffaroni e Salo de Carvalho, inserindo nos ditames do dispositivo a noção da co-culpabilidade.

Acredita Juarez Tavares que o delito é um produto do sujeito, quando este se encontra inserido num determinado contexto social, e que, por isso, deve o indivíduo, no momento de se julgar um ilícito que ele veio a praticar, ser tomado pelo julgador em todas as suas dimensões, ou seja, tanto sua essência individual como sua vivência no âmbito social.

Isto porque os indivíduos dependem de um mínimo de estrutura psicossocial para determinar seu comportamento no mundo das escolhas, ou seja, para bem exercer o seu livre-arbítrio. Muitos indivíduos, por sua vez, não possuem tal norte por omissão e responsabilidade do Estado, que não prestou como deveria prestar os serviços públicos essenciais a que este mesmo indivíduo e a família que o criou faziam jus, conforme explicita a Constituição. Eis o fundamento da teoria da co-culpabilidade.

Ainda explicando o entendimento cediço de Juarez Tavares, a conduta omissiva do Estado, que acaba por excluir algumas pessoas do pleno gozo dos direitos fundamentais, culmina na diminuição do senso de autodeterminação do sujeito e, por isso, suscita-se tal teoria num entendimento de que o Estado deve arcar pela sua negligência no momento da formação do juízo de reprovação.

³⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004.

³⁹ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Também sustentam os defensores da teoria em comento que a sociedade delegou o *jus puniendi* ao Estado, mas, contudo, não deve esquivar-se da parcela de responsabilidade que sobre ela paira ao colocar um indivíduo em uma conjuntura adversa à concepção da própria moral social, pois isto fará restar para ele somente a via delitiva por não contar com outras expectativas.

É assim que a própria sociedade tolhe a esperança de certos indivíduos e depois manda, impiedosamente, ao banco dos réus aquele ser por ela mesma desprezado e que, por contribuição dela mesma, carregará para sempre o rótulo de delinqüente.

Não podemos esquecer, entretanto, a acepção de sociedade para o Direito Penal. Já dizia Aristóteles ser o homem um animal político, um ser gregário que detém a necessidade racional de conviver com os seus semelhantes.

Para Rousseau⁴⁰, esta necessidade consciente é embasada no fato de que o indivíduo precisa combinar os instrumentos fundamentais, força e liberdade, para sua conservação, e isso só é possível através da união com os demais. E tal associação, motivada pela vontade geral, busca uma finalidade também geral, o bem comum.

Ainda para o referido pensador, o Estado surge como resultado do corpo moral e coletivo, sendo detentor do poder de decisão soberano justamente para assegurar que na sociedade impere o bem comum.

E é também através do Direito Penal que o Estado buscará manter a harmonia social. Porém, cumpre-nos atentar para o fato de que este ramo do Direito tutela bens de interesses de toda a coletividade, e não unicamente do indivíduo atingido pelo ato criminoso.

No dizer de Welzel⁴¹, o Direito Penal tipifica somente condutas munidas de determinada relevância social. Assim sendo, o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o desvalor da ação e o desvalor do resultado).

A síntese dos estudos citados consiste na crença de que a precária situação econômica do autor do fato, nascido e criado numa sociedade capitalista, da qual ele faz parte necessariamente e da qual ele foi excluído, deve ser considerada como atenuante no momento da fixação da pena, justamente por ser premissa de um Estado Social de Direito evitar tal situação.

A impossibilidade de o Estado prover todos os membros de sua sociedade para realizar a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana se torna plenamente relevante, principalmente no momento em que deve julgar um acontecimento, que pode sim estar atrelado a tal omissão. E por que não se falar em

⁴⁰ ROUSSEAU *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

⁴¹ WELZEL *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4 e 17.

culpa estatal na conduta daquele ser marginalizado, já que houve nítida falta do dever jurídico de cuidado?

O professor Juarez Cirino dos Santos⁴² afirma que "hoje, como valorização compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pelas injustiças das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social".

Conclusão

Por todo o exposto, podemos tranquilamente concluir que existe uma forte tendência para o desencadeamento de uma redução do juízo de reprobabilidade que incide sobre o indivíduo, autor de um determinado ilícito penal, e que, em consequência, deve ser atenuada sua reprimenda para que possa a pena cumprir com veemência sua função ressocializadora.

Ora, se aquele sujeito, a quem o Estado não conseguiu oferecer as condições básicas de desenvolvimento humano, a quem a sociedade marginalizou, teve desenvolvido todo o seu lado mau ao ponto de ser tomado pelo fantasma assombroso da criminalidade, então, em algum momento é preciso fazer alguma coisa por ele, desenvolver o lado bom que existe dentro dele e que o Estado, a sociedade e ele mesmo desperceberam.

Se quando alguém comete um crime recebe uma pena que tem por fim prevenir novos ilícitos e corrigir o ocorrido, devolvendo o infrator apto à convivência social, então, que seja corretamente operada a dosimetria na análise do caso concreto e que a pena cumpra sua dúplice função, mesmo que para tanto careça dividir as responsabilidades pelo fato delituoso entre o sujeito e a sociedade.

Encerramos nossa exposição lembrando um sábio dizer de Voltaire: "é tão difícil atingir a Justiça quanto chegar ao céu".

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v.1, 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Código Penal. 41. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília (DF). Senado Federal, 1988.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editores, 2000.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 5.ed.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 19. ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Finalidades da pena. São Paulo: Editora Manole, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, v.1, 2002.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito; tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos editores, Rio de Janeiro, 2000.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.