Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v6,2023/06
ISSN 2178-6925

DESEQUILÍBRIO SOCIAL COMO CRITÉRIO INFLUENCIADOR DA MAIOR OU MENOR CULPABILIDADE DO ACUSADO

SOCIAL IMBALANCE AS INFLUENCER CRITERION OF GREATER OR LESS LIABILITY OF THE ACCUSED

Gabriel Alves de Oliveira
Graduando em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: gab.murfino@gmail.com
Alexandre Jacob
Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

Recebimento 15/06/2023 Aceite 26/06/2023

Resumo

O presente artigo visa discutir a aplicação das atenuantes genéricas presente no artigo 66 do Código Penal e contraponto ao desequilíbrio social do Estado. Parte-se do problema de que em diversos casos a noção de culpa em sentido lato abre espaço para a aplicação das atenuantes genéricas e auxiliam no objetivo reparar a ineficiência do Estado frente aos problemas sociais do país. O método de pesquisa se baseou no tipo exploratória e análise documental. Teve como objetivo geral estabelecer uma discussão entre a técnica que permeia a noção de culpa como juízo de reprovação e a tentativa da inserção das atenuantes genéricas a favor dos acusados. O problema estimula o desenvolvimento crítico sobre a aplicabilidade de uma previsão legal e suscita o aprimoramento da aplicação do permissivo legal, de forma a mitigar possíveis equívocos.

Palavras-chave: Direito penal; dosimetria da pena; atenuante genérica; culpabilidade; desequilíbrio social.

Abstract

This article aims to discuss the application of generic mitigating factors present in article 66 of the Penal Code and counterpoint to the social imbalance of the State. It starts from the problem that in several cases the notion of guilt in the broadest sense opens space for the application of generic

mitigating factors and helps in the objective of repairing the inefficiency of the State in the face of the country's social problems. The research method based on the exploratory type and documental analysis. Its general objective was to establish a discussion between the technique that permeates the notion of guilt as a judgment of disapproval and the attempt to insert generic mitigating factors in favor of the accused. The problem stimulates critical development on the applicability of a legal provision and raises the improvement of the application of the legal permissive, in order to mitigate possible mistakes.

Keywords: Criminal law; penal dosimetry; generic attenuator; culpability; social imbalance.

1. Introdução

A pesquisa trata de dosimetria da pena e critérios para utilização das circunstâncias atenuantes. Diante da ausência de critérios para aplicação das atenuantes genéricas, após análise de julgados em tribunais de apelação, chama atenção as teses de defesa que buscam o seu reconhecimento. Os posicionamentos possuem como base o objetivo humanizador da pena, o que influencia a sua efetiva e correta incidência nos casos concretos. Não só isso, como também, a discricionariedade do magistrado e o desapego a formalidade tem provocado uma melhor utilização das atenuantes genéricas frente a ausência do estado em questões sociais e econômicas, o que culminaria na sua possível participação como criador de desigualdades que motivariam a criminalidade.

Nessa seara, surge o seguinte problema sobre o qual se debruçou a pesquisa: de que forma a aplicação das atenuantes genéricas presente no artigo 66 do CP atuam como ferramentas para mitigar a deficiência do Estado frente às questões sociais e econômicas que influenciam na prática de crimes?

Como hipótese, evidentemente, a noção coletiva da sociedade tida como um corpo interligado não deixa de lado a participação de diversos segmentos sociais que estão direta ou indiretamente ligados à produção de crimes. Tais aspectos figuram como causa para o reconhecimento das atenuantes genéricas. Do contrário, a justiça restaurativa seria inviabilizada e a sociedade se manteria desordenada. No intuito de evidenciar que a aplicação das atenuantes genéricas

funciona como ferramentas de retributiva para a sociedade, ante deficiência do Estado no processo de repressão do crime.

Se buscará estabelecer uma discussão entre doutrinadores, jurisprudência e a legislação no intuito de tentar construir uma análise crítica da aplicação do dispositivo legal (art. 66 do Código Penal), eis que diante de fatos que podem ter ocorrido antes ou depois do crime, a defesa poderia suscitar questões que nem sempre são atinentes diretamente ao crime que está sendo processado. Todavia, a abertura do dispositivo dá ensejo a pautas que dizem respeito a questões sociais e econômicas que permeiam a motivação de vários crimes, principalmente os crimes contra o patrimônio. É nesse contexto, portanto, que o texto se debruça. Em nenhum momento prende-se a escusar o delinquente de sua responsabilidade pela prática criminosa, mas trazer à tona a possível necessidade da aplicação de uma justiça restaurativa.

Como justificativa, notadamente, tem-se que a busca pela melhor interpretação dos dispositivos legais tem por objetivo precípuo a eficiência do Estado de Direito e o aprimoramento da prática forense do judiciário. Tudo porque o sistema jurídico penal caracteriza-se por ser um mecanismo do Estado em combate ao crime de forma equilibrada e legal.

Para tanto, inicialmente, será abordada a noção de culpabilidade e responsabilidade criminal para o Estado. Tendo em vista que na análise da possível incidência das agravantes pretendem auferirem maior ou menor grau de culpabilidade do acusado, a compreensão do conceito e o seu papel na criminologia se mostra bastante relevante ao presente texto. Por fim, se tratará acerca das consequências da ausência do Estado como garantidor de direitos e a sua relação com a desorganização social e a justiça restaurativa.

Notadamente, a diversidade de marcadores sociais que influenciam a sua aplicabilidade remonta a importância de se estabelecer um crivo que leve ao julgador critérios seguros e qualitativos que preponderam quando da fixação de pena, e tais critérios por meio das atenuantes genéricas podem revelar o papel

garantidor no Estado e a sua consciência das variáveis que indiretamente permeiam a lógica do crime.

A partir disso, por se tratar de um tipo de atenuante aberta e sem regramento definido, isso abre espaço tanto para as estratégias de defesa dos acusados encamparam teses que não necessariamente estão vinculadas ao fato criminoso, mas que dizem respeito ao sujeito com características pessoais e experiências subjetivas.

O presente artigo teve como procedimento metodológico a pesquisa caracterizada como descritiva e exploratória de abordagem qualitativa, na forma de levantamento bibliográfico e análise legislativa e documental, tendo como fonte primária o Código Penal (1940) e secundárias as obras de Rogério Greco (2023), Guilherme de Souza Nucci (2022) e Miguel Reale Júnior (2020), além de resultados de pesquisas sobre o tema e julgados de tribunais, dentre outras.

2. A Noção de Culpabilidade e Responsabilidade Criminal do Estado

A aplicação de uma pena nasce quando o julgador chega à conclusão de que o fato praticado pelo réu é típico, antijurídico e cometido por alguém culpável. Com efeito, a culpabilidade deve ser aferida, vez que em caso de semi-imputabilidade ou inimputabilidade completa a sanção aplicada será uma medida de segurança.

Nesse sentido, na concepção de técnica do termo, a culpabilidade em sentido lato significa um juízo a respeito da maior ou menor reprovação da conduta, todavia, tal julgamento deve ser feito de acordo com as condições pessoais do agente e com as características do crime (GONÇALVES, 2022).

No mesmo sentido afirmam Pollyana Taveira e Guilherme Andrade (2021): “Para que haja culpabilidade, há a necessidade de exigir-se, ainda que dentro do limite mínimo do indivíduo, essa compreensão acerca da antijuridicidade daquilo que fora praticado por ele”. Continuamente, na visão de Rogério Greco (2023):

“em síntese, a culpabilidade abre a possibilidade de aplicação de uma pena, assim como a perigosidade permite a imposição de uma medida de segurança”.

Para outros, a culpabilidade trata-se de um conceito ainda não consolidado na doutrina, os autores têm se ocupado da tentativa de sua racionalização de diversas formas, tendo se criado teorias para sua conceituação. Uma delas seria o sistema clássico, criado por Liszt-Beling, o crime deve ser analisado por meio de uma visão analítica, dessa forma uma de suas características teria caráter externo e as demais interno. A culpabilidade se trata de um fator externo do crime, consubstanciada no vínculo psicológico entre autor e o fato criminoso, enquanto a tipicidade e a antijuridicidade se mostram como características internas à estrutura do crime (GRECO, 2023).

Inicialmente, o termo foi cunhado por Eugénio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015), ao afirmarem que em determinadas práticas criminosas o autor do crime não possui autodeterminação suficiente para escolher agir de outra forma. Nesse sentido, não seria coerente atribuir somente ao acusado a culpa por circunstâncias sociais ou psicológicas na hora de atribuir-lhe culpabilidade.

Nessa toada, o Estado, em virtude da sua deficiência em manter a harmonia social, participa do processo de exclusão de parcela da sociedade e o desequilíbrio. Por conseguinte, teria responsabilidade pela desorganização instaurada, o que culmina na prática de crime, nas suas mais diversas facetas. Logo, seria necessário levar em consideração a vulnerabilidade do agente no momento de aplicação da pena, vez que a sua determinação estaria contaminada por fatos que estão além do seu controle, como falta de oportunidades, emprego, renda, segurança, saúde, entre outros. Tais fatos também devem pautar o juízo de reprovação:

> O juízo de reprovação é um dos fatores que determinam a caracterização da culpabilidade. Não é suficiente que tal conduta seja típica e ilícita, precisa também, que a conduta possua um grau de reprovabilidade, que aquele comportamento seja passível de ser reprovável (TAVEIRA; ANDRADE, 2021).

Com efeito, a fim de mitigar, o que seriam outras razões para a conduta criminosa, haveria necessidade da aplicação da atenuante genérica. Seria dizer, portanto, que o Estado, por não prestar a devida assistência, teria parcela de culpa na execução de crime na sociedade, o que culminaria na atenuação da pena do condenado. Evidentemente, o argumento não encontra muitos defensores na doutrina, isto porque, nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci:

> Há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado –, para implicar a redução da pena (NUCCI, 2021, p. 483).

Nesse sentido, o ato criminoso teria outros fatores e motivações para a sua produção, os quais partem da vontade individual de cada ser, não havendo, portanto, espaço para questões comuns como pobreza e desassistência com relação a serviços básicos que respaldassem a criminalidade.

Todavia, na ótica dos favoráveis à tese do Estado como participante do desajustamento social, suscitam a emblemática teoria da co-culpabilidade. Segundo o doutrinador, ao falar acerca da co-culpabilidade, afirma que:

> Trata-se de uma reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz com o autor de uma infração penal, quando se verifica não ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidades na vida, significando, pois, que alguns tendem ao crime por falta de opção (NUCCI, 2021, p. 483).

O artigo 66 do Código Penal, exprime a aplicação ampla do rol exemplificativo das atenuantes previstas no artigo 65. Ele dispõe que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940). Com efeito, a reprovação do fato pode levar em consideração a análise subjetiva do agente e as circunstâncias inerentes à sua vida, personalidade e motivações, ambas aliadas ao contexto do crime, pois segundo Miguel Reale Júnior:

> O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado se revelar, em análise da subjetividade, expressa na sua biografia, como consequência esperada de seus antecedentes, bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas (REALE JÚNIOR, 2020, p. 303).

Na mesma linha, afirma Rogério Greco:

> Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea b do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano etc. (GRECO, 2023, p. 628).

Diante disso, a ampla abertura do dispositivo legal, tem gerado espaço para diversas teses, as quais constituem motivos dissociados do fato criminoso, ainda que digam respeito ao agente que está sendo julgado, eis que é possível aplicar situações atenuantes não previstas em lei (FABRETTI; SMANIO, 2019).

As teses de defesa, muitas vezes apelam para a miserabilidade do acusado ou mesmo o arrependimento moral e a conversão à caridade. Desse modo, ante a ausência de critérios de aplicação, vê-se o magistrado munido de um poder, por vezes, desprovido de limitação. Nesse sentido:

> Trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la (art. 66, CP). Diz a lei constituir atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei (NUCCI, 2021, p. 748).

Não obstante a resistência da sua aplicabilidade se mostrar constante, visto que a tendência de alguns precedentes judiciais em afastar sua subsunção positiva ao caso concreto, tais hipóteses são aceitas em casos atípicos (FABRETTI; SMANIO, 2019). Fato é que o papel da culpabilidade no reconhecimento da atenuante genérica estaria intimamente ligado ao seu sentido lato. Nessa seara, Fernando Capez afirma:

> Culpa em sentido amplo é a culpa que empregamos em sentido leigo, significando culpar, responsabilizar, censurar alguém, não devendo ser confundida com a culpa em sentido estrito e técnico, que é elemento do fato típico, e se apresenta sob as modalidades de imprudência, imperícia e negligência (CAPEZ, 2022, p. 163).

Portanto, a culpabilidade, a qual está disposta em primeiro lugar no rol das chamadas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, caracteriza-se como critério basilar da fixação de pena, a qual consiste no exame de reprovabilidade do ato. A medida da reprovabilidade, portanto, constitui a

substância da culpabilidade, sendo um juízo que pretende aferir a presença de circunstâncias objetivas e subjetivas de censura da conduta.

Ao se falar em culpabilidade, portanto, referem-se às indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos. Tais motivos, a depender do julgador, colocam em maior ou menor valor a fim de caracterizar ou não uma atenuante.

O que se coloca em questão é a apresentação de fatos que não estão necessariamente ligados ao caso em análise, mas sim ao agente causador do delito. Dentre elas, o contexto social e econômico do agente, a possível responsabilidade do estado frente a violência. Tudo isso, como forma de colocar o acusando como produto do ambiente em que vive. Logo, constata-se que para se perceber isso, é necessário pensar no crime como um fato social.

Em síntese, haja vista a noção geral da culpabilidade, bem como a relevância de circunstâncias externas na motivação do agente, tem-se que, de forma exemplificada, a condição econômica e a desigualdade social teriam nexo de causalidade com o crime patrimonial, a assim como as oportunidades que o criminoso teve durante a vida fariam parte do contexto por trás da criminalidade (TAVEIRA; ANDRADE, 2021). Sem dúvida, tais fatores devem se fazer presentes no juízo de reprovação social.

3. A Aplicação da Atenuante Genérica Como Forma de Concretizar o Determinismo Social

Dentre diversas teorias que procuram justificar a prática de crimes, duas chamam atenção: o livre-arbítrio e o determinismo. Notadamente, os defensores do livre arbítrio partem do princípio de que todo homem é livre para escolher seus atos e exercer sua vontade, com efeito, a responsabilidade penal no indivíduo é exprimida na sua moral individual, seja tendente a práticas ilícitas ou lícitas (GRECO, 2023).

O determinismo, por sua vez, aduz que o seu humano é influenciado por fatos externos e internos, os quais moldam sua estrutura moral e, por vezes, pautam o seu comportamento. Nesse sentido, enquanto uma realça o poder do indivíduo, outro o introduz em contexto social que muitas vezes é determinante para práticas delitivas (GRECO, 2023).

Visto isso, conclui-se que, por um lado, a noção de culpabilidade está vinculada ao aspecto subjetivo do agente, sendo necessária a valoração das condições sociais e psicológicas do autor, a fim de concretizar o determinismo anteriormente mencionado. Nesse sentido:

> Todos sabemos a influência, por exemplo, do meio social na prática de determinada infração penal. Temos, quase que diariamente, por meio da imprensa, notícias de que o tráfico de entorpecentes procura arregimentar pessoas da própria comunidade para que possam praticar o comércio ilícito de drogas. Muitos são atraídos pela ausência de oportunidades de trabalho; outros, pela falsa impressão de poder e autoridade que o tráfico de drogas transmite (GRECO, 2023, p. 434).

Na visão de Reale Júnior (2020, p. 303), tem-se que: “o agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre-opção), a facilitação à prática do delito”. Vê-se que o autor se aproxima da tese do livre arbítrio ao vincular a conduta do próprio agente como quem se sujeita a facilitação da prática do crime.

Nesse contexto, tendo como base o fato que as atenuantes genéricas constituem circunstâncias que, em tese, mitigam a culpabilidade do acusado e prescrevem fatos relevantes que influenciam na fixação de pena, tais medidas devem ser analisadas pelo julgador caso a caso, a fim de individualizar a pena. Daí a importância de se aferir as verdadeiras causas do crime e as diversas variantes que o influenciam. A depender da vertente do julgador (determinismo ou livre arbítrio), o resultado será alterado.

Ao lançar mão da concepção determinista para a análise de diversas variantes de crivo subjetivo, as quais deve o magistrado se socorrer a fim de fundamentar sua decisão em determinado sentido, percebe-se que dependerá

disso, o regime de cumprimento e quantidade de pena, bem como o reconhecimento ou não de uma atenuante genérica e tantos outros benefícios e penalidades.

Dispõe o Código Penal em seu artigo 59 que cabe ao juiz, portanto, ao determinar a quantidade pena:

> [...] 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 (BRASIL, 1940).

Esses parâmetros são submetidos ao poder discricionário do juiz, cabendo a ele valorar as circunstâncias conforme o caso posto em questão. Com efeito, a extensão do poder discricionário do magistrado é, aliás, consequência justa da criação de um leque de opções e situações que conferem a ele maior poder de decisão. Sendo assim, uma discricionariedade motivada (REALE JÚNIOR, 2020)

Ademais, o autor afirma que:

> A Reforma Penal de 1984 tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando, a cada passo, a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo, em diversos momentos, os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida (REALE JÚNIOR, 2020, p. 303).

A autodeterminação é critério que está intimamente ligada à culpabilidade, constituindo a possibilidade de o indivíduo ter a chance de fazer uma escolha ou ser levado, pela conjuntura social a delinquir. Na visão de Taveira e Andrade (2021, p.6): “não basta que o autor compreenda a sua própria conduta, mas que quando do momento desta conduta ele tenha a possibilidade de agir em total conformidade com a norma”. Isso está intimamente ligado à capacidade de autodeterminação do ser e a possibilidade de poder escolher agir de outra forma.

Em alguns precedentes judiciais, o que se percebe são teses de defesa do acusado que embora destoadas do contexto fático do crime, se atentam para questões pessoais, e na visão dos advogados de defesa, sua contribuição para a prática criminosa é indiscutível, todavia não há por parte do julgador uma

percepção acerca da necessidade de uma análise da autodeterminação do acusado e a sua capacidade de livremente fazer escolhas.

Nesse sentido, tem-se o seguinte precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> 1. A situação de flagrante dispensa a necessidade de mandado de busca e apreensão para adentrar no imóvel, especialmente em se tratando de imóvel abandonado, que se encontrava com a porta entreaberta e cujo ocupante não se opôs à presença dos policias. 2. Não há falar em reconhecimento da atenuante inominada do art. 66 do CP, em razão da suposta dependência química do acusado, se não restou devidamente comprovado nos autos que tal condição foi causa determinante para a prática do delito. 3. Restando devidamente comprovada nos autos a qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada, notadamente através da palavra das testemunhas, a condenação do acusado pela prática de furto duplamente qualificado é medida que se impõe. 4. Seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reposiciono para afastar a majorante do repouso noturno reconhecida no furto qualificado (TJMG, 2022a).

Tendo em vista que dependência química não constitui fato atinente ao crime, em diversos casos, têm os tribunais se posicionado contra o reconhecimento do disposto no artigo 66 do CP, vez que se trata de circunstância dissociada do contexto fático do crime. Veja-se:

> 1. Não há nulidade no ato do magistrado que, após a fala da Defesa, determinou o recolhimento dos documentos entregues aos jurados pelo Defensor Público, visto que não demonstrado nenhum prejuízo. Ressalta-se, todavia, que a Defesa não juntou os documentos na fase do art. 479 do CPP. Para aplicação da atenuante prevista na alínea "c" do inciso III do art. 65 do Código Penal, a injusta provocação da vítima deve restar evidente quando da análise do contexto fático-probatório. 2. Na espécie, não consta dos autos qualquer elemento de prova apto a demonstrar que a ofendida teria praticado qualquer ato injusto ou contribuído para o acirramento dos ânimos do acusado, que agiu movido pelos ciúmes da vítima, não havendo qualquer justificativa para a conduta criminosa dele. 3. O reconhecimento da atenuante inominada, prevista no art. 66 do CP, exige que as circunstâncias que lhe deram ensejo estejam diretamente relacionadas com o delito praticado e que mereça atenção, a ponto de refletir na análise da culpabilidade do agente. 4. Não há nos autos qualquer fato indicativo de menor culpabilidade do recorrente, razão pela qual não deve incidir a referida minorante (TJMG, 2022b).

Em síntese, ao verificar do ponto de vista crítico, os fatores determinantes para a produção de crime, entende-se que, em diversos casos, a aplicabilidade das atenuantes genéricas, ainda que possa se aplicar em fatos anteriores ou posteriores ao crime não são efetivadas na prática.

Notadamente, para isso correr exige-se uma análise apurada das circunstâncias judiciais, bem como buscar conhecer o indivíduo por completo, sem é claro, subverter as provas constantes nos autos, as quais atestam a materialidade e autoria do delito.

4. A Teoria da Desorganização Social e o Controle Social

Na visão durkheimiana o crime está intimamente ligado à sociedade, uma vez que parte, originariamente, de uma estratégia de controle social. Para se entender o crime seria necessário compreender o indivíduo e o lugar onde este se desenvolve. Por esta razão, nos dizeres da socióloga Valéria Cristina de Oliveira (2009, p.18) “ao ser praticado por um indivíduo imerso em qualquer tipo de organismo social o crime corresponde às representações daquela estrutura e adquire contornos característicos”.

Seria o crime um fato que teria uma relação de condicionalidade com os fatores ligados ao contexto em que se produz. Em virtude dos controles sociais e a harmonia social, as pessoas tendem a perder o interesse em delinquir. Haja vista, diversos problemas de caráter urbano e civilizatório há de se perguntar porque algumas pessoas não cometem crimes? No contexto brasileiro, notadamente, diversos ambientes são potenciais geradores de crimes, eis que sabidamente, jovens, crianças e adolescentes de diversas periferias do país tem contato indireto, e muitas vezes direto com o crime organizado (OLIVEIRA, 2009).

Por diversas vezes, a ineficiência do Estado e a sua ausência, abre espaço para o que se chama controle social informal. Isto é, onde haveria a necessidade da presença nítida das organizações do poder público, o que por razões sociais e problemas relacionados à segurança pública, torna-se uma tarefa difícil, acaba por provocar uma desorganização social. Sobre isso, o penalista Luiz Régis Prado afirma que:

> Em determinadas zonas nas quais apenas existe um controle social informal, nem mesmo a polícia é efetiva no controle da delinquência, os jovens devem enfrentar graves dificuldades de todo tipo, incluídas de status e econômicas, ao mesmo tempo em que encontram o negócio da venda de drogas na porta de sua casa (PRADO, 2019 *apud* GRECO, 2023).

Diversamente do que se possa imaginar, não há falar em inverter e ignorar totalmente a posição errônea e ilegal dos delinquentes. Inexiste, portanto, a possibilidade de não enxergar o lado criminoso do agente e a necessidade de sua reprimenda por parte do Estado. De maneira sistemática, o que aqui se pretende é elucidar questões externas que de forma indireta circundam as circunstâncias criminosas e influenciam na culpabilidade do réu. Na visão da teoria da co-culpabilidade, o Estado participa, em virtude sua inércia e desorganização para a execução de não todos, mas boa parcela dos crimes.

Adiante, tem-se que na seara constitucional aqueles que são processados e julgados pelo poder do Estado, os quais tiveram suas condições de vida jogadas na marginalização em virtude da desassistência do poder público, teriam a sua dignidade violada caso isso tudo fosse negligenciado. Isso também se deve ao crescimento acelerado das cidades, na medida em os espaços físicos passaram a ser mais disputados como forma de consumo e busca de melhoria de vida, entretanto a ocupação de determinadas localidade foram feitas à mercê do Estado e sua fiscalização.

Evidentemente que, a partir do momento em que: “o Estado não consegue assegurar a todos tais garantias, não provendo aos seus cidadãos garantias mínimas de existência, resulta no desrespeito do texto constitucional e infringe a dignidade da pessoa humana” (TAVEIRA; ANDRADE, 2021, p. 17). O Estado, dessa maneira, assume uma posição de garantidor de direitos básicos, e a medida que se distancia dessa responsabilidade, desmente seu caráter democrático e de Estado de direito. Nesse sentido:

> Para isso, é preciso cuidar dos danos e das causas do crime, pois pesquisas mostram que muitos ofensores foram também vítimas de traumas significativos. Os danos decorrentes de males sofridos pelo ofensor podem contribuir fortemente para dar origem ao crime e quando o

> sistema o pune o sentido de vitimização existente é reforçado (CIPRIANO, 2018, p. 56).

Com efeito, com a atenuação da desorganização social o que se pretende é endireitar a situação e tratar do delinquente como sujeito passível de ajustes e útil à sociedade.

5. Justiça Restaurativa Como Fundamento Para Aplicação das Atenuantes Genéricas

A justiça restaurativa tem como objetivo principal a correção da violência e os danos causados pela criminalidade, obviamente, enxerga isso como uma obrigação, vez que todos estão de alguma forma ligados em sociedade. Essa visão coletiva se imiscui na ideia de responsabilidade social, isto porque quando se fala em comunidade, tem-se que ter em mente que todas as coisas estão ligadas em uma teia de relacionamentos, e a quebra de um desses laços prejudica o corpo como um todo (ZEHR, 2012).

A visão restaurativa visa, portanto, tratar o conflito social instalado, dada a amplitude interpessoal do crime, e compreender os motivos que levaram determinado indivíduo a praticar um ato lesivo a outro pessoal pertencente ao mesmo corpo. Percebe-se, portanto, que o objetivo é buscar sempre o equilíbrio. Nesse sentido, de acordo com a pesquisa de Maria Walérya Souza Cipriano:

> A dimensão sistêmica evidencia uma realidade que existe e que não é considerada no processo penal tradicional e que talvez seja a raiz de seu fracasso como mecanismo de garantir a paz social e a justiça. Perceber as peculiaridades e ligações que estão além dos fatos apresentados e reconhecer a importância do sistema no qual todos estão envolvidos é essencial para se compreender de fato a realidade do conflito (CIPRIANO, 2018, p. 60).

Torna-se um sistema a medida em que exige do julgador, ao fazer a subsunção da lei ao crime em análise, a visão do todo social, e complexidade do problema: crime. As circunstâncias interpessoais as quais o indivíduo está imerso viabilizam a participação indireta das desigualdades sociais e a desestruturação

do Estado no contexto da violência (PELIZZOLI, 2016 *apud* CIPRIANO, 2018). Outrossim:

> A proposta restaurativa é um convite ao reconhecimento das inteligências coletivas e sistêmicas, de maneira a utilizar essa realidade em favor do processo de construção de paz. A situação de crise que o sistema penal brasileiro vivencia mostra quão urgente é a necessidade buscar uma maneira mais eficaz de trabalhar os conflitos humanos (CIPRIANO, 2018, p. 61).

Em síntese, o foco deixará de ser somente o crime em si, mas também as suas motivações. A partir disso buscar técnicas de melhor relação interpessoal, eis que enquanto o sistema criminal se preocupa sobremaneira com criminosos e a sua punição, a justiça restaurativa tende a se preocupar também com as necessidades da vítima, no intuito de mostrar ao delinquente as consequências dos seus atos no intuito de fazê-lo enxergar os danos causados por ele.

6. Conclusão

A pesquisa evidenciou o caráter social do crime como forma de desorganização social e que diversas vezes constitui o resultado de diferentes mecanismos de força, seja a desigualdade, seja o contexto social do delinquente, assim como a corresponsabilidade do Estado em mitigar a autodeterminação do indivíduo. Para tanto, ousou esclarecer o conceito de culpabilidade uma vez que se trata da medida da reprovabilidade da conduta, sendo, portanto, um juízo que pretende aferir a presença de circunstâncias objetivas e subjetivas de censura.

Notadamente, percebe-se que os defensores do livre arbítrio partem do princípio de que todo homem é livre para escolher seus atos e exercer sua vontade, sem levar em consideração dificuldade de conciliar a tese com a visão acerca da autodeterminação do ser e a dimensão extensa do crime como produto de uma série de fatores, o que a ação do indivíduo é exprimida na sua moral individual, seja tendente a práticas ilícitas, ou lícitas.

Nota-se que o determinismo, por sua vez, aduz que o ser humano é influenciado por fatos externos e internos, os quais moldam sua estrutura moral e, por vezes, pautam o seu comportamento. Nesse sentido, enquanto uma realça o poder do indivíduo, outro o introduz em contexto social que muitas vezes é determinante para práticas delitivas.

Com a vertente determinista para a análise de diversas variantes de crivo subjetivo, às quais cabe ao magistrado se socorrer a fim de fundamentar sua decisão em determinado sentido aplicando o sistema restaurativo. Visa não somente a criminalização do delinquente, mas o cuidado em entender os motivos que o levaram à ação criminosa, como também o tratamento humano daquele que irá retornar à sociedade. Dependerá disso, o reconhecimento ou não de uma atenuante genérica e tantos outros benefícios e penalidades.

Todavia, esses parâmetros são submetidos ao poder discricionário do juiz, cabendo a ele valorar as circunstâncias conforme o caso posto em questão. Com efeito, a extensão do poder discricionário do magistrado é motivada, aliás, consequência justa da criação de um leque de opções e situações que conferem a ele maior poder de discernimento.

Portanto, é possível entender os que o crime não é, portanto, uma anomalia dissociada da sociedade e sua sistemática. Sendo um fato social está imerso numa série de circunstâncias que atingem o agir e a determinação de cada cidadão, os quais devem ser responsabilizados pelos seus atos, mas o Estado deve enxergá-los com uma parte do corpo social que perde com o rechaçamento de seus membros. Dessa forma, as atenuantes inominadas são uma chance de o acusado expor fatos, que mesmo não previstos em lei podem estar indiretamente ligados ao contexto do delito, no intuito não de se eximir da culpa, mas mitigá-la.

7. Referências

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Catete, 1940. Disponível em: https://bit.ly/3AHRfST. Acesso em: 24 mar. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1.

CIPRIANO, Maria Walérya Souza. **Cultura de paz e justiça restaurativa**: análise do uso das práticas restaurativas como circunstância atenuante inominada da pena. 2018, 150 fl. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3oXrBqS. Acesso em: 18 mar. 2023.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: artigos 1º a 120 do código penal. 25. ed. Niterói: Impetus, 2023, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1.

OLIVEIRA, Valéria Cristina. **Revisão sistêmica da teoria da desorganização social**: um estudo sobre vitimização em Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Curitiba. 2009, 108 fl. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: https://bit.ly/3VphG9O. Acesso em: 22 mar. 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVEIRA, Pollyana Carla Noskoski; ANDRADE, Guilherme Oliveira. **Análise da aplicação da teoria da co-culpabilidade estatal no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica penal e constitucional**. 2021, 28 fl. Artigo científico (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Curitiba. Curitiba, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3Vo0qBE. Acesso em: 18 mar. 2023.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº. 1.0433.21.004509-5/001**. Sétima Câmara Criminal. Relator: Desembargador José Luiz de Moura Faleiros. Belo Horizonte: DJe, 16 ago. 2022a.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº. 1.0027.19.002393-0/002**. Nona Câmara Criminal Especializada. Relatora: Desembargadora Kárin Emmerich. Belo Horizonte: DJe, 13 dez. 2022b.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática. São Paulo: Palas Athena, 2012.