



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Princípio da Culpabilidade no Direito Penal

Joaquim Fernandes de Moura Júnior

Rio de Janeiro
2013

JOAQUIM FERNANDES DE MOURA JÚNIOR

O Princípio da Culpabilidade no Direito Penal

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

Orientadores:

Prof. Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2013

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Joaquim Fernandes de Moura Júnior

Graduado pela Universidade Iguazu. Advogado.

Resumo: O princípio da coculpabilidade não se encontra expresso no ordenamento jurídico, o que causa grande celeuma em sua aplicação. A dificuldade de seu reconhecimento, em razão de ser um princípio implícito, causa bastante injustiça, pois pessoas miseráveis que se encontram em situações fáticas diferentes são repreendidas de forma mais rigorosa do que a minoria abastada da sociedade. O cerne do trabalho é verificar a injustiça do tratamento dispensado a parcela significativa da sociedade que não tiveram as mesmas oportunidades da classe burguesa, e encontraram no crime o caminho desviado para obterem os bens da vida que um capitalismo exacerbado oferece. A coculpabilidade tenta minimizar esta desigualdade proporcionando atenuações de penas a esses indivíduos, transferindo parcela de culpa a sociedade por não ter cumprido com os objetivos e fundamentos da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Penal. Coculpabilidade. Autodeterminação. Vulnerabilidade. Isonomia.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Coculpabilidade ou da Culpabilidade pela Vulnerabilidade. 2. O Princípio da Culpabilidade. 3. O Princípio da Coculpabilidade. 4. É Possível a Aplicação do Princípio da Coculpabilidade em Nosso Ordenamento Jurídico. 5. A Coculpabilidade no Direito Comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresentará uma visão pragmática da aplicação do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro, seus objetivos, suas finalidades e até mesmo suas consequências.

É de conhecimento público e notório que a sociedade brasileira é pautada pela desigualdade social, principalmente por ter sido uma colônia de exploração, onde os miseráveis, em sua maioria negra, são tratados de forma mais invasiva e vigorosa pelo sistema penal.

Assim, uma das possibilidades para a minimização deste tratamento incongruente é a

aplicação do princípio da coculpabilidade que poderá proporcionar a tão sonhada isonomia material, ou seja, o tratamento diferenciado aos desiguais para que a igualdade seja novamente restabelecida, eis que a autodeterminação dos filhos da miséria das favelas não pode ser comparada com a dos filhos da classe média e alta da sociedade, que possuíram uma orientação familiar, educacional e social desde o nascimento.

O objetivo do presente trabalho é delinear os motivos e as consequências da imposição da aplicação do aludido princípio, uma vez que as pessoas que estão em situação jurídica diferente, devem ser tratadas de forma diferente, porém, com o cuidado de não transformar o autor do fato criminoso em vítima. Todavia é fundamental, visando a encontrar a tão sonhada justiça, reconhecer parcela de culpa da sociedade atenuando suas penas, na maioria das vezes, ou até mesmo eximindo-as, de forma excepcional, proporcionado conferir maior segurança jurídica ao processo penal, no que diz respeito à aplicação das penas, indagando os motivos do reflexo da questão social na direito penal.

1. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE OU DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

O que é princípio e o que ele representa para a ordem jurídica? Muitas podem ser as repostas para tal indagação, como exemplo, “ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”.¹

Contudo, para este trabalho adota-se a acepção lapidar de Canotilho² que assevera que os princípios são os fundamentos, bases ou alicerces do ordenamento jurídico, visando dar unidade, harmonia e coerência ao sistema jurídico.

Hodiernamente, os princípios estão tendo maior relevância para a realização da justiça, em

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 792.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 34.

virtude de sua abstração, permitindo a sua aplicação para solucionar problemas oriundos da inflação legislativa, que certamente têm fins escusos ou eleitoreiros, cujo objetivo é passar uma falsa impressão de segurança para a sociedade, tipificando novos comportamentos ou aumento as penas dos crimes já existentes, criando, assim, um direito penal simbólico, uma vez que o Direito penal não é a panacéia para todos os males, devendo ser utilizado sempre como a *ultima ratio*, ou seja, quando outro ramo do Direito falhar em sua missão de proteger o bem jurídico.

Destaca-se que os princípios jurídicos, bem como sua interpretação devem ser analisados perante “o momento histórico, político e socioeconômico de uma determinada sociedade, uma vez que os princípios concretizam os valores”.³

Convém registrar que nenhum direito pode ser considerado absoluto, além de que para a existência de um estado democrático de direito, o próprio Estado instituidor de suas regras e princípios, necessariamente deve submetê-las a si mesmo, garantindo uma isonomia de tratamento e uma maior segurança aos cidadãos.

Fácil constatar que os princípios não podem mais estar localizados entre o valor e a norma, conforme professa a Teoria tridimensional do Direito, defendida por Miguel Reale, “que estabelece que o princípio é a concretização do valor e a norma seria a concretização do princípio”⁴, pois em virtude de sua força normativa deve-se defender que o princípio é uma espécie de norma ao lado das regras.

O grande mestre lusitano é o pai deste raciocínio:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (Norm-Prinzip, Norm und Grundsatz). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.⁵

Desta forma, verifica-se que os princípios, em virtude de seu grau de abstração convivem-se

³ MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 9.

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*: 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.146.

entre si, apesar de aparentemente serem contraditórios, como por exemplo no caso do conflito existente entre o direito de liberdade do cidadão e o exercício do *jus puniendi* do Estado; obrigatoriamente devem ser observados, contudo, em razão do caso concreto um sobressairá sobre o outro, fenômeno denominado por Robert Alexy⁶ de juízo de ponderação, ou seja, “devem-se colocar em cotejo os interesses envolvidos, para que se determine qual o mais importante, mediante juízo de ponderação, que possui como limite o núcleo essencial dos direitos humanos ou fundamentais que jamais podem ser atingidos.”⁷

Já as regras não podem conviver em conflito, uma vez que à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro estabelece em seu artigo 2º, §1º, que lei posterior revoga lei anterior, não sendo possível sua harmonização por proscrição legal.

É de suma importância consignar que os princípios constitucionais são fundamentos de validade das demais normas jurídicas, não havendo necessidade de estarem expressos na Constituição Federal, tendo em vista que os princípios podem ser implícitos, é como se classifica o princípio da coculpabilidade, também denominado de princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade, já que não está previsto expressamente na Carta Constitucional de 1988, decorrendo, portanto, do conjunto de suas disposições e da interpretação sistemática.

Assevera Moura que a coculpabilidade é:

uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonada pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.⁸

O princípio da culpabilidade delinquencial atenuada reconhece a co-responsabilidade 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 às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁷ MOURA, *op. cit.* p. 13.

⁸ *Ibidem*, p. 1.

conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Contudo, deve-se tomar o cuidado necessário para não inverter os papéis, passando o criminoso a ser considerado a vítima e o Estado, criminoso, o que obviamente não pode acontecer, seja em razão de o Estado ser sempre sujeito passivo mediato dos crimes, o que incompatibilizaria, ao mesmo tempo, ser sujeito ativo e passivo concomitantemente.

Além disso, seguindo a melhor doutrina, capitaneada por Bitencourt, que argumenta que deve ser aplicado o mesmo raciocínio utilizado para a responsabilização penal da pessoa jurídica, visto que é impossível um ente fictício ter vontade, conclui, *in verbis*: “A conduta (ação e omissão) pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade, de culpabilidade, exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”⁹

A responsabilidade do Estado é uma responsabilidade indireta, em virtude da inadimplência no cumprimento dos seus deveres estabelecidos pela própria Constituição Federal, já que o Brasil tem como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, bem como objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando à erradicação da pobreza e da marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, que são absurdamente extravagantes no Brasil.

Sua omissão deve proporcionar aos criminalizados que se encontram nesta situação de abandono e desamparo, e que tenham cometido infrações em razão dessa hipossuficiência, uma menor reprovabilidade penal, visto que tiveram menor possibilidade de autodeterminarem conforme estabelece o ordenamento jurídico.

Constata-se que o cárcere brasileiro é composto principalmente por negros, pobres, favelados e pessoas de baixa escolaridade, demonstrando que é necessário a imediata aplicação do princípio da coculpabilidade, para compensar o abandono e a falha do utópico objetivo Constitucional trazido pela Carta Cidadã, visto que, tanto o Estado, como a sociedade brasileira

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

fecharam os olhos para os problemas sociais, pregando, apenas, maiores punições aos criminosos, medida paliativa que até o momento não surtiu nenhum efeito prático, uma vez que as reformulações devem ocorrer na causa do problema, que se sabe que é complexo, e exige a mobilização de todos, já que desde sua origem, com o nascimento do estado liberal, a maior parte das riquezas se concentraram nas mãos de poucos, que necessitavam de uma ferramenta forte e eficiente para a proteção de seu vasto patrimônio, utilizando o direito penal como instrumento de controle social para manter o controle das classes sociais inferiores.

É necessário apenas enxergar para ver que alguma coisa está errada, e que algo deve ser feito para minimizar o problema da desigualdade social, como bem sintetiza Greco:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadão. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viatudos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.¹⁰

Como a co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos surgiu há alguns séculos, com o advento do Estado liberal, sua reparação deve ocorrer na atualidade, visto que se espera a transição para um Estado de Direito Social, onde o Estado possa propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana, pois até o momento ambos quebrou o contrato social, o cidadão que cometeu o fato típico, ilícito e culpável, em razão de sua hipossuficiência econômica; e o Estado em razão de não ter oferecido os meios necessários para que o cidadão se tornasse um cidadão de bem, usufruindo de uma vida digna, sendo útil a toda sociedade.

A finalidade deste trabalho é reconhecer a falha estatal e da sociedade, e demonstrar que, ainda, há possibilidade para reverter este lastimável quadro, protegendo e regenerando as vítimas do

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 469.

cruel sistema, que cada vez mais discrimina os cidadãos que se encontram a margem da lei e da Justiça, contudo para que este sonho um tinha possa se tornar realidade deverá ocorrer severas mudanças de paradigmas e da mentalidade da sociedade, pois para quem nasce em um berço de ouro, o mais fácil é julgar aquele que sempre foi visto como o inimigo, do que resolver os problemas oriundos da desigualdade social, em um verdadeiro e perene Direito Penal do Mal.

2. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Antes de entrar-se no ápice da discussão propriamente dita, devemos tecer algumas considerações sobre o princípio da Culpabilidade.

Basicamente é possível entender o princípio da culpabilidade como "um juízo de reprovação sobre determinada pessoa pela prática de determinada conduta"¹¹, ou seja, avalia-se o grau de culpa atribuída ao infrator pela violação de uma norma proibitiva penal, onde é realizado um juízo de valor para à imposição de uma pena ao indivíduo que praticou um fato típico, antijurídico é culpável, de acordo com a teoria finalista adotada pelo Código Penal após a reforma penal de 1984.

É uma das pedras angulares do Sistema penal Brasileiro, tendo em vista que é requisito necessário para a existência de um crime e para sua consequente punição, expressamente trazido pelo ordenamento constitucional em seu artigo 5º, LVII da Carta Cidadã, que assevera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, refletindo à fórmula latina *nullum crimen sine culpa*.

Na visão de Heleno Cláudio Fragoso¹² culpabilidade consiste “na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-

¹¹ BONFIM, Edílson Mougente e CAPEZ, Fernando. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 184.

lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito.”

A culpabilidade deve ser vista como fundamento e como limite da própria pena, onde a sanção imposta ao indivíduo deve guardar adequada proporção à gravidade de sua ação delituosa.

Zaffaroni acentua que:

O princípio da culpabilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito.

A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjunção de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e exclui quando não alcança a mínima.¹³

Constata-se que os ordenamentos jurídicos mais evoluídos adotam a teoria da culpabilidade do fato, ou seja, verifica-se a reprovação do fato praticado, onde são avaliadas os meios empregados pelos agentes, as circunstâncias do fato, a gravidade da ação, etc.

Já em países como o Brasil, a culpabilidade é considerada de forma mista, basta verificar o artigo 59 do Código Penal para constatar que quando da aplicação de pena, avalia-se vários circunstâncias pessoais do indivíduo como o caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal.

Este é o abominável direito penal do autor, quando se passa a punir não pelo fato que o indivíduo cometeu, mas sim pelo o que o indivíduo é.

Nesta culpabilidade do autor, as considerações acerca da coculpabilidade ganham maiores importâncias, tendo em vista que à retribuição ao delito é calcado no *ser*, voltado à pessoa do agente, com vistas ao futuro e à prevenção do crime. O que leva a maiores punições aos indivíduos excluídos da sociedade, que passam a viver segregados, de forma subumanas em presídios que não oferecerem o mínimo para a ressocialização do criminalizado, simplesmente para garantir o “bem-estar” e o patrimônio da minoria egoísta e abastarda que utilizam seu capital para cada vez mais

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I, p.246.

angariar mais riquezas, visto que possuem maiores representatividade junto ao Congresso Nacional, tendo em vista que financiam campanhas eleitorais, punido severamente a quem não tem sequer uma defesa de qualidade para ter ao menos uma pena justa.

Desse modo, a culpabilidade e a coculpabilidade devem ser vistas com as faces de uma moeda, visto que os indivíduos que tem menos chance de se autodeterminarem por circunstâncias oriundas do abandono Estatal ou da própria sociedade devem ter suas penas reduzidas para que o princípio da isonomia material seja aplicado.

Salo de Carvalho assevera:

ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, a uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas... Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros.¹⁴

Destaca-se que o princípio da culpabilidade tem várias funções em nosso ordenamento jurídico, como elemento do conceito analítico de crime, fundamento da pena, limite e medida da pena, circunstância judicial, vedação a responsabilidade objetiva do cidadão e vedação da culpabilidade do Autor, consagrando a culpabilidade do fato, limitando o poder punitivo do Estado.

3. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

O princípio da coculpabilidade é fruto de uma interpretação constitucional, tendo em vista que é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, tendo com o objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais.

Grégore Moura assevera que:

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 65.

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade 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 às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal.¹⁵

Assim, como a sociedade e o Estado são omissos e coniventes com o descumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, devem ser responsabilizados pela falta de oportunidade do indivíduo que não pode se autodeterminar de acordo com o ordenamento jurídico, em virtude do abandono econômico-social.

Juarez Cirino dos Santos explica magistralmente o que seria a coculpabilidade:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.¹⁶

O individualismo predatório que esgarça o tecido social atual contribui para a revolta social dos cidadãos que vivem a margem da lei, que vivem em comunidades carentes, onde o Estado somente “invade” com suas forças bélicas para responder a reivindicação popular por vingança, fazendo com que o ciclo da violência se perpetue perenemente, já que violência gera mais violência, mais revolta, mais mortes.

Desse modo, o prefixo “co” significa que a sociedade participa indiretamente nesses delitos, devendo também ser responsabilizada pelas condutas antijurídicas de seus membros que se desviaram do contrato social, por circunstâncias alheias a sua autodeterminação, devendo, assim, minimizar as suas garras punitivas, para busca a isonomia material no trato dado ao criminalizado em virtude do maior problema social que assola a pátria amada, já que ninguém nasce bandido, mas em razão de uma das piores distribuições de renda vira um inimigo da classe burguesa.

Cabe a sociedade, já que o Estado é inerte, fazer a inclusão socioeconômica de seus cidadãos

¹⁵ MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 36-37.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Forum, 2004. p. 265-266.

que estão à margem da lei, proporcionado aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficiência e que tenham cometido condutas lesivas de menor reprovabilidade, uma oportunidade de ser inseridos na sociedade .

A responsabilização do Estado-sociedade que se pretende não será uma responsabilização penal, mas sim uma responsabilização social, reconhecendo a inoperância nos cumprimentos de seus deveres, impondo uma menor reprovação ao criminalizado.

Ademais, seria impossível impor sanção penal ao Estado, visto que ele é um ente que não exprime sensações, como vontade, consciência, discernimento etc, nesta esteira caí-se na velha discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No que pese a própria Constituição Federal reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, esta somente poderá cometer delitos no âmbito do direito penal ambiental e financeiro, conforme artigos 173,§5 e 225, ambos da Constituição.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt:

A conduta (ação ou omissão), pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.¹⁷

Além disso, não se pode esquecer que o Estado tem o monopólio do *jus puniendi*, destarte, seria um contrasenso pensar na aplicação de autoflagelação, mediante aplicação e execução de pena em si mesmo.

Juarez Cirino dos Santos assevera que a co-culpabilidade da sociedade pode ser entendida como uma *valoração compensatória* da responsabilidade de indivíduos marginalizados por condições sociais adversas decorrentes de uma falha do estado¹⁸.

A coculpabilidade tem uma ideia de equidade, visto que se busca o senso de justiça, retirando um pouco do peso do Direito Penal da legião de miseráveis que não possuem teto, emprego, comida, que fogem da realidade que lhe é impingida afogando-se no uso de bebida

¹⁷ BINTECOURT, op. cit, p. 163

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 266.

alcoólica ou outras drogas como o Crack.

Verifica-se que tal princípio surgiu com o advento do Estado liberal, apesar da história nos mostrar que ante mesmo no absolutismo o Estado, na figura divina do Rei, já não respeitava as garantias básicas dos cidadãos.

Contudo, não há dúvidas que foi no liberalismo, em razão do individualismo exacerbado, gerando o aprofundamento das desigualdades sociais, que se iniciou a hiper proteção do patrimônio da classe burguesa, utilizando-se do direito penal de forma desproporcional como a panacéia para todos os males, tanto é verdade que hodiernamente nosso código penal atribui a maior de todas as penas de nosso ordenamento jurídica a um crime contra o patrimônio – latrocínio.

Ocorre que o estudo sobre a coculpabilidade não é muito explorado e aprofundado, em razão de tal instituto ir de encontro aos interesses das classes abastardas, que já dominam os mais altos cargos dos poderes, o que nunca permitirá que tenham a sensibilidade de reconhecer que a própria sociedade, realmente, já está sofrendo a punição pelo seu egoísmo, tendo em vista que a criminalidade a cada dia que passa se torna mais organizada, mais do que o próprio Estado, gerando mais violência, além da pretensão de tomar o poder institucionalizado, já que seus representantes começam a galgar altos cargos na política nacional.

Desse modo, o ciclo vicioso somente tem o poder de gerar mais desigualdade, revolta, violência e morte, pois a inadimplência com os deveres básico do cidadão leva-os buscar caminhos alternativos e ilícitos para usufruir, pelo menos temporariamente, uma vida de bacana.

Mata-se por um par de tênis. Ocorre que quem puxa o gatilho não tem a responsabilidade sozinho por aquela morte, todos são culpados, pois o sistema não proporciona que o acusado tenha uma preparação educacional de qualidade, não prepara e qualifica o cidadão para o trabalho, as classes dominante explora o proletariado, transformando o país em um verdadeiro paraíso do colarinho branco, onde quem sonega milhões e mata um monte de gente , visto que os valores dos impostos são convertidos nas necessidades do povo, nunca são condenados, e geralmente quando a

coisa aperta, paga o tributo e tem extinta a sua punibilidade, contudo, o indivíduo que furtou uma manteiga no supermercado para alimentar sua família, este sim, vai para a vala comum, em presídios subumanos, quando não ficam amarrados em corrente pelo pé ou presos dentro de container de carga.

A coculpabilidade é necessária para reequilibrar o sistema, as consequências deletérias da desigualdade social estão transformando a classe burguesa no refém e preso da vez. Nem mesmo lugares que eram considerados seguros, hodiernamente, o são, tanto é verdade que as casas estão com grades, seguranças, câmeras, os carros são blindados e os filhos são monitorados diuturnamente.

A questão é mais política do que criminal, mas sempre quando o Direito Penal é utilizado para resolver problemas sociais, mediante a repressão institucionalizada, a reação é cada vez mais drástica, visto que o Estado Brasileiro, em todas as áreas, prefere remediar do que prevenir, prefere criar presídios do que escola, prefere gastar em torno de R\$ 1.200,00 por mês com os custos de um preso, do que pagar um salário decente ao trabalhador.

Nas palavras de MV Bill “ quem é mais bandido? Beira mar ou Sérgio Naya? Quem será que vai responder: Governador, Senador, Prefeito, Ministro ou você?”

A coculpabilidade não visa a transformar o acusado em vítima, apesar de também ser realmente uma vítima do sistema em sentido *latu*, contudo busca orientar que a ação cometida pelo autor somente pode ser considerada reprovável, quando, apesar das possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe foi oferecida, realiza, por atos irresponsáveis, um delito.

Desse modo, capta-se que o Estado, em razão do contrato social cobra determinadas condutas de seus cidadãos, porém, em contrapartida, deve proporcionar um mínimo de dignidade e respeito com os mesmos, já que a injustiça social, reflete na Justiça Criminal.

4. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO

ORDENAMENTO JURÍDICO?

Conforme salientado alhures, não a previsão expressa na Constituição Federal ou em leis esparsas acerca do princípio da coculpabilidade, contudo fazendo uma interpretação teleológica de vários artigos, conclui-se que o Ordenamento Jurídico possibilita a sua aplicação.

Convém salientar que a doutrina reconhece a sua existência, bem como há uma forte pretensão em sua positivação, como se vê do anteprojeto de reforma do Código Penal, apresentado pela comissão de jurista, presidida por Miguel Reale Júnior, que faz uma alteração no artigo 59 do atual Código Penal para inserir o princípio da coculpabilidade.

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e conseqüências 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.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34.¹⁹

Desse modo, é mais do que recomendável a positivação do princípio da coculpabilidade, é necessário, para que se promova uma evolução da ordem jurídica pátria, enaltecendo e fortalecendo o Estado democrático de Direitos.

Defendem Zaffaroni e Pierangeli que “a coculpabilidade 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 CP mediante a disposição genérica do art.66.”²⁰

A exposição de motivos nº 318 de 11 de agosto de 2000 que trata do Anteprojeto de Modificação do Código Penal Brasileiro reflete com maestria a evolução da aplicação do princípio

¹⁹ Disponível em [HTTP://www.mj.ov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm](http://www.mj.ov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm)

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.613.

em comento, *verbis*:

São importantes as inovações trazidas ao Código vigente pelo Projeto que procura assegurar a individualização da pena sob critérios ainda mais abrangentes do que os previstos na Reforma de 1984. Aprimoram-se as reais possibilidades de individualização judicial da pena por meio de novos critérios considerados no art. 59. cujas diretrizes foram alargadas. Continuam a ser três as ordens gerais de fatores sobre as quais repousa a individualização da pena; as relativas: ao agente, ao fato e à vítima. As duas últimas não sofreram alterações, mas, quanto ao agente, ao lado da culpabilidade, já em seu sentido mais abrangente trazido pela Reforma de 1984, e dos antecedentes, determina o Projeto que se refira o juiz à reincidência e condições pessoais do acusado, bem como oportunidades a ele oferecidas. Tais acréscimos merecem destaque. Antes de mais nada, a reincidência deixa de ser figurar como circunstância agravante obrigatória e passa a ser considerada no curso da individualização da pena. No seara dos critérios relativos ao autor, cedem lugar a personalidade, de improvável e discriminatória aferição e a conduta social, pelas condições pessoais e oportunidades sociais a ele oferecidas, expressões mais atuais e revelam a plúrima dimensão do homem como centro de valorização do Direito Penal. No mais, permanece sem alteração o dispositivo.²¹

Tais alterações, quando forem aprovadas, mudarão completamente a visão da teoria do crime, pois se analisará o comportamento típico, antijurídico e culpável do agente, mediante comparações as oportunidades sociais oferecidas a ele, tendo em vista que não compete apenas ao Estado e a sociedade cobrar condutas positivas de seus cidadãos, mas também oferecer meios que possibilidade ao mesmo ter um vida digna e regrada, baseada no contrato social, ou seja, deve-se ter um comportamento mais solidário e fraterno para que seja possível ter uma sociedade mais justa e melhor.

Contudo, a inércia do Poder Legislativo é flagrante quando se coloca em pauta temas sensíveis, como o ora em comento, que põem em xeque interesses das classes privilegiadas da república, ou seja, a mesma classe que financiam as campanhas de nossos nobres edis.

Desse modo, temas dessa magnitude acabam adormecendo por décadas no Congresso Nacional, abandonados ao relento, até que ocorra algum fato externalizado pela mídia ou por outro poder institucional para que desperte o interesse de nossos legisladores.

Neste contexto, abre-se uma grande importância os precedentes de nossos tribunais, que possibilitam a aplicação do sistema de freios e contrapesos, conhecido internacionalmente como

²¹ Disponível em [HTTP://www.mj.gov.br/sal/codigo_pe](http://www.mj.gov.br/sal/codigo_pe)

check and balance, reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 2º que assevera que os poderes são harmônicos e independentes entre si, ou seja, para proporcionar uma equalização no sistema constitucional, tendo em vista que em um Estado Democrático de Direito não é possível, por inércia de um poder, a estagnação total do Ordenamento jurídico, ocorrendo o fenômeno denominado de ativismo judicial.

O ativismo judicial surgiu em razão da crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas provisórias como o ativismo do Judiciário, bem como da preocupação pela Corte Suprema da concretização dos valores e princípios constitucionais, tendo em vista sua inércia para enfrentar temas sensíveis.

O ativismo é “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.²²

Destarte, ganham importância as decisões judiciais que aplicam em concreto o princípio da coculpabilidade, apesar de não estar expresso no Código Penal Brasileiro.

Registra-se que a região sul do Brasil, é a que desponta na área jurídica promovendo a aplicação do princípio da coculpabilidade, demonstrando uma visão mais atual e constitucional sobre o tema.

ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE

- Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de “bis in idem”
- Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial.
- O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu.
- Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante. (Apelação Criminal nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator; Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/03/2001)²³

²² DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Del Rey. p. 319.

²³ TJRS, 5ª C.Civ. AC 70002250371, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 21.03.2001.

Desse modo, somente podemos utilizar o princípio da coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico como circunstância judicial estabelecidas no artigo 59 do Código Penal para fixar a pena-base do Condenado ou como aplicação de uma atenuante genérica, na forma do artigo 66 do Código Penal que assevera que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, ou seja, para a aplicação do princípio da coculpabilidade devemos utilizar de uma vala comum, o que desprestigia o princípio constitucional implícito.

Desse modo, seria mais prudente a criação de uma causa geral de diminuição de penal, ou seja, aplicação do princípio na terceira fase da aplicação da pena, se o agente cometesse um ilícito em razão de suas precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, diminuindo sua pena de um terço a dois terço, desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido, já que somente nesta fase a sua pena poderia ser aplicada abaixo do mínimo legal, o que enalteceria o instituto em comento.

Menciona-se que em casos excepcionalíssimos a aplicação do instituto poderia ser considerado uma causa de exclusão de culpabilidade, quando o estado de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão fosse tão caótico que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal.

5. A COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

Convém salientar que o princípio da coculpabilidade já está positivado em vários países, até mesmo na América Latina, como exemplo Argentina, Equador, Paraguai, Bolívia, México e Peru, verifica-se que pela semelhança histórica estes países sofrem como o Brasil de uma grande desigualdade social o potencializa a prática de crimes contra o patrimônio, demonstrando a falha estatal no oferecimento dos seus cidadãos que continuam a margem da lei.

Na Argentina o coculpabilidade é aplicada brilhantemente para atenuar ou agravar a pena do cidadão, tendo em vista que lá a pessoa que teve as melhores oportunidades de vida, instrução, cultura, etc para seguir os ditames da lei e a viola, tem sua pena agravada em razão desta circunstância, pois deste cidadão se exige um conduta irreprochável perante o direito, já com relação aquele cidadão que se encontra a margem da sociedade, o Estado afere sua responsabilidade e impõe uma reprimenda mais branda em razão de reconhecer a sua falha com o cidadão.

Tais normas estão previstas nos artigo 40 e 41 do Código Penal da República Argentina:

Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán La condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse El sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, lãs reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de viso del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Já na Bolívia o princípio da coculpabilidade é utilizado como uma circunstância judicial para aferir a personalidade do agente. Desse modo, quando ficar configurado que o cidadão cometeu o crime pela sua condição de miserabilidade será aplicada um atenuante genérica.

Eis os artigos 38 e 40 do Código Penal Boliviano:

Art. 38 – CIRCUNSTANCIAS

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edade, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación econômica e social.

Art. 40 – ATENUANTES GENERALES.

Poderá también atenuarse La pena:

1. Cuando El autor há obrado por motivo honorable, o impulsado por La miseria (...)

Já no Ordenamento Jurídico da República Colombiana o princípio da coculpabilidade tem grande significado, pois além de permitir que a pena seja atenuada nos casos que envolve cidadão à

margem da lei, em determinadas situação excepcionalíssimas permite, inclusive, a exclusão da responsabilidade do cidadão quando a prática do crime contra o patrimônio seja inferior a sexta parte do salário mínimo Colombiano, conforme assevera o artigo 56 do Código Penal Colombiano:

ARTÍCULO 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

No Equador, o princípio da coculpabilidade somente tem aplicação nos crimes contra a propriedade, sendo utilizada também como atenuante da pena, na forma do artigo 29, inciso 11 do Código Penal do Equador

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de La infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto AL acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en La sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: 11o.- En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción;

No México o princípio da coculpabilidade é aplicado como circunstância judicial, sendo analisada na primeira fase da aplicação da pena, quando fixará a pena base do agente, levando em consideração fatores como idade, educação, instrução, costumes e condições sociais e econômica do criminalizado, na forma do artigo 52, inciso V do Código Penal Mexicano. A grande distinção da aplicação do princípio neste país é a aplicação também nas medidas de segurança, fato peculiar desta nação, tendo em vista que geralmente nas medidas de segurança não se analisam as causas agravantes e atenuantes, mas sim a necessidade da medida, em razão da falta de discernimento do indivíduo, aplicando o critério psicológico.

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.

Da mesma forma, reconhece o princípio da coculpabilidade o Ordenamento jurídico Paraguaio que aplica o princípio da coculpabilidade como uma circunstância geral em favor do autor do crime, de acordo com o artigo 65, §2ª, alínea e do Código Penal Paraguai.

Artículo 65.- Bases de la medición

2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:

e) la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho; la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas

Na República do Peru o princípio da coculpabilidade é um pressuposto para fundamentar e determinar a pena, levando em consideração principalmente a carência social do agente, como forma de aplicação de uma pena justa, eis o artigo 45, alínea 1 do Código Penal Peruano:

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Já no ordenamento jurídico lusitano o festejado princípio é utilizado como critério para a mensuração da pena, visto que a pena é reduzida dependendo da condição econômica do agente. Desse modo, o Código Penal Português, em seu artigo 71, determina que a medida da pena será feita em razão das condições pessoais do agente e a sua situação econômica.

Desse modo, verifica-se que esses países têm reconhecido a sua culpa, aplicando o princípio da coculpabilidade para atenuar, diminuir e/ou até mesmo excluir a responsabilidade do agente, em razão das desigualdades sociais criadas e fomentadas pelo próprio Estado e pela sociedade.

Assim sendo, a positivação do princípio da coculpabilidade na terra do piniquim é questão de tempo e de amadurecimento do Poder Legislativo (Congresso Nacional), que muito tem pecado na discussão de temas relevantes de nossa sociedade, permitindo e exigindo que os outros poderes

façam o papel da aplicação dos princípios constitucionais, o que é lamentável para um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O princípio da coculpabilidade estabelece que o próprio Estado assuma uma parcela da responsabilidade das infrações penais praticadas por cidadãos que tiveram menos possibilidade de autodeterminarem segundo o direito, em virtude de sua própria omissão do Estado e da omissão sociedade, não dando outra opção ao cidadão marginal, se não desvencilhasse para a criminalidade.

Desse modo, impõe-se ao Estado e à sociedade compartilharem a responsabilidade dos ilícitos penais, repartindo e assumindo sua culpa, reduzindo o *quantum* de pena aplicada ao agente do crime ou até mesmo isentando-o de pena, em casos excepcionais.

Conforme salientado que ainda o Ordenamento Jurídico Brasileiro não preveja expressamente a teoria da coculpabilidade, defende-se o posicionamento da possibilidade de sua aplicação pelo comando constante no artigo 66 do Código Penal, o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Desse modo, deve-se reconhecer o princípio da coculpabilidade como princípio implícito, necessitando urgentemente de sua positivação e aplicação na legislação penal.

Como destacado a coculpabilidade pode ser positivada como circunstância judicial, artigo 59 do Código Penal, ou atenuante, na forma do artigo 65, ou até mesmo como uma causa geral de diminuição de pena, podendo, excepcionalmente, ser estabelecida como causa de exclusão da culpabilidade.

Dessa forma, o reconhecimento da coculpabilidade é importante aparato para privilegiar os

princípios constitucionais fundamentais, identificando a inadimplência do Estado e da sociedade no cumprimento de suas obrigações de promover o bem comum e reduzir as desigualdades sociais, sendo um verdadeiro direito subjetivo público do acusado, constituindo mais um direito fundamental do cidadão, possibilitando maior efetividade ao sistema penal.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougente e CAPEZ, Fernando. *Direito penal*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial*: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*: a nova parte geral, Rio de Janeiro: Forense. 1985.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002,
- MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*: 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba, Forum, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI. Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.