



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Coculpabilidade como Forma de Flexibilização da Responsabilidade Penal

Tatiana Martins da Costa

Rio de Janeiro
2013

TATIANA MARTINS DA COSTA

Coculpabilidade como Forma de Flexibilização da Responsabilidade Penal

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

Rio de Janeiro
2013

A COCULPABILIDADE COMO FORMA DE FLEXIBILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL

Tatiana Martins da Costa

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora.
Advogada. Pós-graduanda pela Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A sociedade contemporânea é marcada por inúmeras mazelas sociais que afligem o seu humano na sua dignidade. O Estado, por sua vez, não consegue prestar serviços públicos com eficiência, tais como saúde, educação, moradia, saneamento. Deixa, assim, grande parcela da população à margem da socialização. Nesse contexto, atenuar a responsabilidade penal do meliante que comete crime diante desse contexto caótico faz-se necessário. A sociedade e o Estado deverão junto com o agente responder pelas infrações penais cometidas. Ao magistrado não é mais dado aplicar a letra fria da lei, devendo fazer, acima de tudo, justiça no caso concreto.

Palavras-Chave: Culpabilidade. Responsabilidade Penal. Atenuação. Exclusão. Pena.

Sumário: Introdução. 1. Culpabilidade: Evolução Histórica e Conceito. 1.1. Teoria psicológica da Culpabilidade. 1.2. Teoria Psicológico-Normativo da Culpabilidade. 1.3. Teoria Normativa Pura da Culpabilidade. 2. Teoria da Culpabilidade. 2.1. Evolução Histórica. 2.2. Conceito de Culpabilidade. 2.3. Aplicabilidade prática. 2.3.1. Circunstâncias atenuantes inonimadas. 2.3.2. Exclusão da Culpabilidade: Inexigibilidade de conduta diversa. 2.3.3. Positivção expressa e anteprojeto 2.3.4 Análise jurisprudencial 3. Teoria da Culpabilidade às avessas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da Culpabilidade da sociedade contemporânea como forma influenciadora de atividades criminosas, tendo em vista a falta de oportunidades de emprego, preconceitos, carência de políticas públicas e sociais, bem como

as constantes crises econômicas que assolam, principalmente, a classe mais abastada da população.

A teoria da Culpabilidade objetiva dividir a responsabilidade, diante da prática de um fato delituoso, entre Estado, sociedade, e o sujeito ativo do crime, tendo em vista a condição de hipossuficiência deste, em razão da falta de prestação estatal no que tange à efetivação de direitos individuais basilares.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a possibilidade de se atenuar a responsabilidade penal desses infratores, levando em conta suas histórias de vida, bem como as suas posições de vulneráveis e excluídos da sociedade na qual eles se encontram inseridos.

O tema é inovador e intrigante. Gerando receio na sua aplicabilidade em grande parte de jurisprudência e doutrina. Somente os juristas mais garantistas admitem a sua ocorrência, pelo receio de sua aplicação causar uma sensação de impunidade na sociedade.

Diante desse panorama, deve-se questionar a admissão dessa atenuante de apenamento sem, contudo, gerar uma sensação de impunidade na população, deixando sem crédito o poder judiciário, bem como as instituições penais.

Busca-se despertar a atenção para a justiça social diante de um caso concreto de injusto penal, que fora praticado muitas vezes porque não restava outra saída para o infrator, tendo em vista sua situação de mazela e desespero.

Objetiva-se comprovar que a população e o Estado têm juntamente responsabilidade pelo cometimento de determinados crimes, e por isso atesta-se que diante de situações extremas de pobreza e humilhação qualquer pessoa poderia praticar certas condutas contrárias ao direito para poder sobreviver. Busca-se demonstrar que existem dentro do ordenamento jurídico pátrio normas penais que viabilizem a atenuação da pena nesses casos, tais como o artigo 66 do Código Penal e a causa geral excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Caminha-se assim para a conclusão de que essa visão social da aplicação da pena não irá causar uma sensação de impunidade na sociedade, tendo em vista que deve ser utilizada dentro de parâmetros razoáveis e sempre norteada por princípios basilares do direito penal, diante de um caso concreto.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: Evolução do conceito de culpabilidade, análise da culpabilidade dentro do conceito tripartido de crime, teoria da Cculpabilidade, formas de atenuação/exclusão da responsabilidade penal de acordo com a teoria da Cculpabilidade.

A metodologia será pautada pelo método bibliográfico, qualitativo e parcialmente exploratório.

O objetivo do presente trabalho é atenuar as consequências da exclusão social geradas pelo direito penal, que é seletivo e rotulador, na medida em que o principal público alvo deste ramo do direito são as pessoas que se encontram marginalizadas da sociedade.

Resta saber, assim, até que ponto a história de vida do réu deve ser levada em consideração pelo juiz quando a aplicação da pena for arbitrada.

1. CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO

Inicialmente, faz-se necessário o estudo do conceito de culpabilidade para saber como excluí-la ou flexibilizá-la diante de um caso concreto que se vislumbre a Teoria da Cculpabilidade, alvo de estudo no presente artigo.

Contudo, o conceito atual de culpabilidade foi alvo de grandes modificações ao longo do estudo de direito penal. Surgiram várias teorias acerca da sua semântica e localização dentro da estrutura delitiva.

Existem no Brasil duas correntes que disputam a estruturação do conceito de crime: a Teoria Bipartida de Crime e a Teoria Tripartida do Crime. A primeira corrente, capitaneada pelo professor Damásio¹ considera que para a configuração de um crime, bastaria uma conduta típica e ilícita, sendo que a culpabilidade seria um pressuposto de aplicação da pena. O crime seria formado por um fato típico e ilícito. A culpabilidade estaria fora do conceito de crime, sendo uma mera condição para a aplicação da sanção penal.

A corrente majoritária² é adepta à Teoria tripartida de crime. Segundo essa teoria, o crime seria formado pelo fato típico, ilícito e culpável. Assim, um menor de 18 anos não cometeria um crime, posto que não culpável. Não seria possível fazer um juízo de reprovação de sua conduta, já que o mesmo não teria condições de se autodeterminar de acordo com o mundo a sua volta. Já para a teoria bipartida de crime, o menor de 18 anos, cometeria sim um crime, contudo, sua conduta não seria punível.

A culpabilidade deve ser entendida como a reprovabilidade da conduta do agente que violou o ordenamento jurídico penal ao lesionar bens jurídicos protegidos pela drástica intervenção do direito penal, podendo ter agido de forma diversa. A sua estrutura e os seus elementos foram sendo modificados com o passar dos anos, tendo surgido diversas teorias acerca do seu conceito.

1.1. TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

¹ JESUS, Damásio, E. de. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=406>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

² Crime seria um fato típico, antijurídico e culpável: Guilherme Nucci, Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, Nelson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Baumann, Mezger. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=406>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.

Surgida na segunda metade do século XIX, a Teoria Psicológica da Culpabilidade³ desenvolvida segundo o causalismo natural de Von Liszt e E. Beling entendida a culpabilidade como simples liame psicológico existente entre autor e o fato praticado por ele.

Assim, existia à época uma nítida separação entre dois elementos da estrutura do crime, um objetivo representado na causalidade que estaria presente na tipicidade e na ilicitude (injusto penal), e outro subjetivo, que era representado pela culpabilidade.

De acordo com a Teoria Psicológica da Culpabilidade⁴, o resultado aferido no mundo exterior por meio de um dano a um bem jurídico representaria a existência de um fato típico e ilícito, tendo em vista uma consequência ou causalidade física. A culpabilidade, elemento subjetivo do crime, consubstanciada na vontade de o réu em cometer o crime, era formada por dois elementos, o dolo e a culpa.

O dolo⁵ era entendido como a vontade livre e consciente de cometer o fato típico e ilícito. A culpa decorreria da falta de cuidado, diante de um fato ao menos previsível, sem, contudo o objetivo de cometimento do delito.

Assim, o conceito de culpabilidade segundo essa teoria⁶, era formado pelo dolo (intenção e vontade) e pela culpa, sendo esta espécie daquela. Além disso, esse conceito abrangia a imputabilidade, sendo um elemento indispensável para se analisar a culpabilidade do agente. A imputabilidade deve ser entendida como a capacidade de entendimento e compreensão dos fatos praticados.⁷

³ RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.51.

⁴ *Ibidem*, p.52.

⁵ *Ibidem*, p.53.

⁶ *Ibidem*, p.51.

⁷ Nos dizeres do professor Cristiano Rodrigues : “ Nessa teoria, a existência de um fato típico e ilícito se limita a uma causalidade física, apurada por meio da constatação de um resultado concreto no mundo exterior, enquanto a culpabilidade, que era entendida como a manifestação de natureza psicológica, anímica e volitiva do autor, constituía-se de dois elementos, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de cometer o fato injusto, e a culpa como prática de ato previsível, como falta de cuidado, sem entretanto, a intenção de produzir o resultado, sendo ambos analisados diretamente de acordo com a forma que o agente se coloca em relação aos seus atos”. *Ibidem*, p.51.

Poderia ser afastada a imputabilidade em casos de doença mental ou imaturidade do agente, ante a ausência de imputabilidade, posto que o agente não teria como se autodeterminar diante dos fatos apresentados, não possuindo dolo ou culpa na sua conduta.

Inúmeras críticas surgiram contra a Teoria Psicológica da Culpabilidade⁸. A primeira crítica que deve ser feita é que não poderiam o dolo e a culpa, elementos tão distintos, ter uma relação de gênero e espécie. Além disso, não teria conseguido a definir com clareza o conceito de culpabilidade, revelando que seria apenas um elemento de ligação psicológica entre autor e fato criminoso.

Contudo, deve-se admitir que esta teoria foi de fato importante para entabular a responsabilidade penal subjetiva, em detrimento da responsabilidade penal objetiva, ante a imperiosa necessidade da análise dos elementos subjetivos do crime, dolo e culpa.

1.2. TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVO DA CULPABILIDADE

Em 1907, surgiu com Reinhard Frank⁹, a concepção normativa da culpabilidade, que conceituando a culpabilidade como sendo um juízo de valor com base na reprovabilidade, deixa de considerá-la como liame psicológico entre o autor e o fato.

Berthold Freudenthal¹⁰ aprimorou o estudo da culpabilidade ao criar o conceito de inexigibilidade de conduta, a qual teria o condão de excluir a culpabilidade, ante a impossibilidade de o agente ter agido de forma diversa diante de caso concreto, ainda que em desacordo com o direito.

Contudo, a Teoria Normativa da Culpabilidade não se desvinculou dos conceitos de dolo e culpa, passando a serem entendidos como elementos da própria culpabilidade. Assim,

⁸ *Ibidem*, p.51.

⁹ *Ibidem*, p.55.

¹⁰ *Ibidem*, p.56.

de acordo com essa teoria, a culpabilidade teria elementos objetivos ou normativos, bem como elementos subjetivos ou psicológicos.

Além disso, trouxe à baila o entendimento do potencial conhecimento da ilicitude como um elemento normativo do conceito de culpabilidade, estando vinculado ao dolo. Assim, o autor deve querer atuar em desacordo com o direito e ter consciência que seu comportamento é ilegal e reprovável.

A imputabilidade continua presente dentro da culpabilidade, sendo, segundo esta teoria, um estado da personalidade do autor.

Assim, sendo esta teoria, a culpabilidade seria formada por elementos subjetivos, tais como o dolo e a culpa, bem como elementos objetivos, tais como imputabilidade, conhecimento da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa.

Nas lições de Francisco de Assis Toledo¹¹ pode-se resumir a Teoria normativa da culpabilidade da seguinte maneira:

Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um juízo de reprovação ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência imprudência e imperícia); exigibilidade nas circunstâncias, de um comportamento conforme o direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se as exigências do direito quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito isto é : estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir, ou desviar sua vontade, ou impulso que impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desencadeou o fato punível .

A Teoria Psicológica Normativa¹² sofreu várias críticas ante a perpetuação de elementos subjetivos, tais como dolo e culpa, dentro da estrutura da culpabilidade.

1.3. TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 223.

¹² RODRIGUES, *op. cit.*, p.57.

Toda Teoria do Delito¹³ sofreu inúmeras transformações com a chegada da Teoria Finalista da Ação, desenvolvida por Hans Welzel, a qual não criou e nem acrescentou nenhum elemento novo à estrutura do delito, apenas modificou a localização dos elementos já existentes até então.

Hans Welzel teve inteligência para perceber que o dolo seria um elemento ligado à conduta, e não à Culpabilidade que deve ser entendida tão somente como reprovabilidade da conduta praticada pelo agente contrária ao ordenamento jurídico.

Segundo a Teoria Normativa Pura¹⁴, a culpabilidade seria formada tão somente por elementos normativos. Não conta mais com os elementos subjetivos dolo e culpa, o qual passou a fazer parte do tipo. O dolo passa a ser analisado de forma livre de qualquer juízo de reprovabilidade.

Nesse sentido:

Ao transferirmos o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo, aliviamos a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, todavia, perde-los, visto que são apenas transferidos de localização. Com isso, permitimos que o juízo de culpabilidade possa, retornando a suas autênticas origens, ocupar-se verdadeiramente com a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do fato praticado.

Assim, o conceito de culpabilidade seria formado apenas por elementos objetivos, tais como a imputabilidade, que continua sendo a capacidade de autodeterminação do mundo pelo agente; potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

2. TEORIA DA COCULPABILIDADE

A teoria da Cculpabilidade surgiu em como forma de flexibilizar a responsabilidade criminal, buscando uma imposição penal mais justa baseada nas condições

¹³ *Ibidem*, p. 64.

¹⁴ *Ibidem*, p. 65.

de vida de um povo. As crises sociais que arrebataram as civilizações recém industrializadas trouxeram desigualdades entre as pessoas, deixando grande parcela da população alijadas de uma vida digna e saudável.

Diante do caos social que avassalou a sociedade moderna, passou-se a questionar se seria razoável exigir do indivíduo um atuar conforme o direito, já que não se deve exigir de ninguém condutas heroicas. O Estado e a sociedade devem de forma conjunta responder pela prática do justo penal pela incompetência de prover condições sociais mais humanas em favor de seus semelhantes.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É controvertida a origem histórica do instituto da co-culpabilidade, tendo em vista o seu recente estudo pelos ordenamentos jurídicos alienígenas e em razão da mudança de paradigma da atuação estatal nas estruturas , políticas, econômicas e sociais.

Por isso, Zaffaroni¹⁵ entende que o precursor da Teoria da Cculpabilidade seria Marat. Contudo, há autores como Gregore Moura, que entende que esse instituto teve seu berço no Estado Liberal e nas ideias iluministas, uma vez que, desde o século XVII já se discutia a acerca da influência do meio na conduta do indivíduo.

Diferentemente, outros estudiosos vêem nos Estados Socialistas a origem da referida teoria, diante da necessidade de que buscar a igualdade material entre os indivíduos, oferecendo-lhes as mesmas condições basilares de vida, não se contentando apenas com a igualdade formal, qual seja, a igualdade apenas legal. Daí surge a necessidade de se apontar as falhas nas prestações de políticas sociais do Estado frente a parcela mais abastarda da

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 100.

sociedade. Isso gera uma coresponsabilização do mesmo diante da prática de crimes praticados em circunstâncias sociais adversas.

Não se deve esquecer, entretanto, as modificações estruturais do Estado no início do século XX com a consolidação do Estado Social de Direito como influenciador do surgimento da Teoria da CoCulpabilidade¹⁶. Isso porque se objetivava então ponderar os interesses do perverso mundo capitalista - o qual preconizava a exploração máxima do ser humano (mais valia) como forma de se obter lucros exorbitantes - com a busca da tão sonhada justiça social.

O crescimento dos polos industrializados nos países em ascensão econômica trouxe desigualdades sociais, como consequência fez surgir uma parcela da população alijada de uma vida social digna. O Estado passou a ter necessidade de intervir significativamente na economia, auxiliando principalmente a população nas prestações de serviços sociais indispensáveis à própria sobrevivência.

A partir do surgimento do Estado de Bem Estar social, percebe-se uma maior preocupação do Estado em proporcionar uma vida mais confortável para a população diante da incapacidade natural da economia capitalista em oferecer condições sociais mais favoráveis ao proletariado. O liberalismo perverso precisara ser controlado por políticas públicas sociais nos campos da saúde, educação, moradia, condições de trabalho.

A Constituição cidadã de 1988 consolida o Estado brasileiro como sendo um Estado democrático de direito, cujas diretrizes básicas são o desenvolvimento de políticas públicas sociais, para se efetivar o princípio norteador do ordenamento jurídico, qual seja, dignidade da pessoa humana.

¹⁶ MOURA, Grégore Moreira de. *Do principio da Co-Culpabilidade no direito penal*. Niterói: Impetus, 2006, p. 75.

Diante de tanta promessa, e pouca efetivação, é conclusivo que o aparato estatal deve como um todo suportar as falhas do sistema e suportar as omissões para com seus cidadãos, já que suas políticas sociais são precárias.

2.2. CONCEITO DE COCULPABILIDADE

O conceito de Cculpabilidade¹⁷ deve ser analisado diante do contexto socioeconômico no qual o sujeito ativo se encontra inserido, bem como a sua condição de autodeterminar de acordo com o direito tendo em vista a sua história de vida. É conclusivo que o seio e as condições sociais de cada pessoa refletem em cada um na sua forma de enxergar a vida e as dificuldades cotidianas. Perante determinada circunstancia adversa, a reação dos indivíduos poderá variar conforme a dor e a dificuldade vivenciadas por cada um de nós.

Quanto mais acesso o sujeito tem a serviços básicos como saúde, educação, saneamento, moradia, acesso à informação, respeito pelo próximo, de mais poder ele desfruta, sendo menos suscetível ao mundo criminoso. Torna-se menos vulnerável ao sistema carcerário penal. Por isso, é em tese mais reprovável o desvio de sua conduta dentro do ordenamento jurídico, sendo sua culpabilidade mais comprometida.

Do lado oposto, se o sujeito se encontra distante da relação de poder, restará mais vulnerável na desigual sociedade capitalista e conseqüentemente ao sistema penal. Assim, se cometer ao desvio de conduta, terá menor reprovabilidade e culpabilidade ao se desvirtuar do mundo probó. Como bem observado por Michel Foucault¹⁸:

¹⁷ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 198.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 228.

Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata... Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juizes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados.

O que é explicado pelo fato de que os últimos, por falta de recursos e de educação, não sabem permanecer nos limites da probidade legal, tanto que a linguagem da lei que se pretende universal é, por isso mesmo, inadequada; ela deve ser, se é para ser eficaz, o discurso de uma classe a outra, que não tem nem as mesmas ideias que ela, nem as mesmas palavras.

É nesse sentido que a Teoria da Cocolpabilidade¹⁹ defende a atuação de um Direito Penal Mínimo, deve o sistema carcerário atuar somente em última *ratio*. Assim, fácil concluir que o presente estudo tem ligação direta com a Teoria do Garantismo²⁰, pois esta prega uma maior inserção de valores éticos e racionais à intervenção penal. Objetiva, acima de tudo, salvaguardar os direitos fundamentais dos sujeitos do crime. Os direitos individuais constitucionais ganham, segundo o Garantismo²¹, função de restringir o objeto de atuação do direito penal.

O direito penal mínimo será observado quando da aplicação da Teoria da Cocolpabilidade porque flexibilizando as consequências do crime aumentarão os direitos Públicos subjetivos do réu, como suspensão condicional da pena, livramento condicional, suspensão condicional do processo. Além de propiciar a redução da miserável população carcerária, redução dos prazos prescricionais e não intervenção estatal em casos de ausência de reprovação da conduta do agente.

Para se legitimar a forte atuação do Estado na liberdade individual, faz-se necessário o reconhecimento de pressupostos penais e processuais básicos bem como a observância dos direitos fundamentais. Nesse sentido lecionam Amilton Bueno Carvalho e Salo de Carvalho:

O modelo teórico minimalista, elaborado por Ferrajoli, caracterizar-se-ia por dez condições restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judicial. Segundo este modelo, não é legítima qualquer irrogação de pena sem que ocorra um fato imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais os processuais, a dizer, a

¹⁹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 203.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi de. *Diritto e ragione: teoria Del garantismo penale*. 6. ed. Roma: Laterza, 2000, p. 87.

²¹ *Ibidem*, p. 90.

necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e regular, julgado por juiz imparcial.²²

Segundo a teoria da Coculpabilidade, não devemos analisar de forma objetiva tão somente a conduta do sujeito ativo em conflito com a lei. Deve o aplicador do direito, observar que a criminologia é acima de tudo um reflexo do descaso do Estado e da Sociedade para com os bestializados.

Assim, deve a reprovabilidade e a culpa do elemento em conflito com a lei serem amenizadas diante do confronto da parcela de responsabilidade do Estado e da sociedade que contribuíram, pela sua inércia, para a ocorrência do resultado criminógeno, figurando enquanto critério corretor da seletividade inerente ao sistema punitivo.

O Estado não cumpre com o seu papel primordial o qual consiste na efetiva prestação de serviços públicos e garantias constitucionais básicas, por isso os agentes se veem praticamente compelidos à prática do ilícito penal. Por isso não pode o Estado punir de acordo com os rigores da lei esses estereótipos do crime.

A teoria da Coculpabilidade²³ objetiva precipuamente compensar as injustiças trazidas pelo seletivo sistema sancionado. Cabe ao aplicador do direito sopesar diante de um caso concreto os motivos que levaram ao agente cometer determinada infração penal, e se este agente seria ou não vítima das mazelas sociais causadas pelo desprezo do Estado e da sociedade. A valoração deve ser feita com base na capacidade de auto-determinação do indivíduo que se encontra em condições sociais adversas. Ou seja, seria razoável exigir do delinquente uma atuação diversa? Será que poderia desviar-se do mundo criminoso diante da falta de oportunidades e repressão socioeconômica que são inerentes ao seu histórico de vida? Em sentido análogo, preceitua o filósofo Michel Foucault²⁴:

²² CARVALO, Salo de. E CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e Garantismo*. 3 e.d. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 25.

²³ RODRIGUES, *op. cit*, p. 198.

²⁴ FOUCAULT, *op. cit*, p. 229.

Ora, com nossas línguas pudicas, desdenhosas, e embaraçadas com a etiqueta, será fácil fazer-se compreender por aqueles que nunca ouviram senão o dialeto rude, pobre, irregular, mas vivo, franco, pitoresco do mercado, dos cabarés e da feira... Que língua, que método seria preciso usar na redação das leis para agir de maneira eficaz sobre o espírito inculto dos que podem menos resistir às tentações do crime?

Ora, imagine a história de vida de um morador de favela sem qualquer estrutura familiar, abastardo do sistema educacional ou laboral que se vê obrigado a entrar para o mundo do tráfico de drogas como forma de subsistência. Sua culpabilidade e reprovabilidade pode ser igual a de um “playboy” da zona sul que entra para este mundo simplesmente como uma forma fácil de financiar os seus luxos ? A resposta somente pode ser negativa.

Não se pode reprová-lo com o mesmo rigor ou com a mesma intensidade sujeitos que ocupam dentro da mesma sociedade posições sociais e econômicas diametralmente opostas, sob pena de violar o princípio da igualdade material. De acordo com o princípio da legalidade no seu aspecto puramente formal, busca-se tratar os iguais de maneira igual. Contudo, este primeiro é insuficiente para se evitar as mazelas sociais. Faz-se mister a análise do princípio da igualdade no seu aspecto material. A Igualdade material deve ser entendida como uma igualdade formal posta em prática no caso concreto, tratando de forma desigual os desiguais na medida das suas desigualdades.

A visão clássica da retributividade da pena²⁵ prevista do direito talional, cujo jargão ficou conhecido como “Olho por Olho, Dente por Dente”, somente seria justa e apropriada se vivêssemos em sua sociedade justa e solidária, como oportunidades semelhantes para todos. Mas essa realidade é quase utópica. Por isso a lei penal não pode ser aplicada de forma semelhante para todos os cidadãos. Nesse sentido leciona o Ilustre professor Cristiano Rodrigues²⁶:

Sendo assim, surge uma crítica em forma de questionamento a respeito do caráter de retributividade das penas, pois com base nas desigualdades sociais políticas já

²⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p.44.

²⁶ *Ibidem*, p. 198.

existentes na época não seria justo que se cobrasse com o mesmo rigor o cumprimento da lei daqueles que tem menos oportunidades e opções na vida em sociedade, em relação a parte da população

Deve a sociedade arcar em parte com o resultado da criminalidade, atenuando as penas das infrações cometidas pelos motivos expostos.

Indaga-se: “Como prender uma pessoa que furtou para poder comprar um prato de comida?”. Será que sua conduta era reprovável dentro das circunstâncias fáticas que enfrentava o indivíduo? Como agiria o homem médio nas mesmas condições de mazela e desespero decorrentes de situações adversas? Deve a sociedade arcar em parte com o resultado da criminalidade, atenuando as penas das infrações cometidas pelos motivos expostos.

É fácil julgar o próximo apontando-o como marginal ou bandido quando se tem uma vida feliz e bela. A sorte não bate à porta de todos. É por isso que o Estado deve amparar os desafortunados oferecendo-lhes provimentos sociais básicos, como saúde, alimentação, moradia, a fim de salvaguardar a dignidade dos seus jurisdicionados. Para muitos, a criminalidade é único meio de vida encontrado, e é por isso que o Direito Penal deve ser visto de forma mais social.

Nas lições do professor Rogério Greco²⁷:

Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o *meio social* no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável *tomar com suas próprias mãos* aquilo que a sociedade aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica diminuindo, pois, a reprimenda relativa a infração penal por ele cometida

A aplicação da sanção incriminadora não deve se ater a mera subsunção do fato à norma. Os motivos, razões que levaram a prática de determinada conduta devem ser levados

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 455.

em consideração no momento da avaliação da imposição da pena ou até da configuração do próprio tipo incriminador.

Ora, uma conduta, seja ela baseada em uma ação ou omissão, somente poderá ser considerada culpável, se esta conduta for censurável. E determinada conduta somente será censurável, se for possível diante do caso concreto exigir do agente um conduta conforme ao direito, diferente da conduta por ele praticada.

O agente, muitas vezes, somente entra para o mundo da criminalidade por falta de alternativa diante de um Estado omissivo. Como pode esse mesmo Estado punir este meliante se foi o mesmo que colocou nessa situação de penumbra ?

Imagine um casal de mendigos que moram debaixo de uma ponte, por não possuírem condições de manter uma moradia digna por falta de emprego. A falta de dinheiro, não lhes retira o direito de amar, e por isso são obrigados a praticar relações sexuais no meio da rua em local mais escuro e afastado. Se passa uma ronda policial no exato momento da cópula, o pobre casal será preso em flagrante pela prática do delito de ato obsceno tipificado no artigo 233 do Código Penal.²⁸

Analisando a teoria da Culpabilidade não se condenar o casal acima pelo crime em comento, uma vez que foi o próprio Estado com suas omissões e a sociedades com o seu descaso que levou ao casal a praticar a conduta típica. Logo, não pode agora o Estado com forte aparato punitivo sancionar os desafortunados em questão. Não teria o casal agido com culpabilidade, pois sua conduta não seria reprovável, diante da peculiaridade vivenciada na prática. Nesse sentido as lições de Grégore Moura²⁹:

A corresponsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (corresponsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos:

²⁸ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Código penal Brasileiro.

²⁹ MOURA, *op. cit.*, p. 150.

quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a corresponsabilidade do Estado, logo, maior a reprovação social.

Percebe-se pelo exemplo acima, que a teoria em questão não se restringe aos crimes contra o patrimônio, como no caso do furto famélico, em que o agente em condição de miserabilidade rouba alimentos para o seu sustento. Vastos são os exemplos de aplicabilidade prática da teoria da Cculpabilidade.

Tem-se a hipótese de aborto econômico, no qual a gestante é de origem humilde, e mal consegue sobreviver diante de sua condição de miserabilidade e de abandono familiar. Não faz pré-natal porque não tem plano de saúde e não consegue vaga no hospital público. Não consegue emprego porque possui baixa instrução escolar e diante do preconceito social em oferecer trabalho às mulheres que estão a esperar por um filho. Desolada, essa mulher vem a abortar o seu próprio filho como meio de garantir o seu próprio sustento em um futuro menos desesperador. Como condenar essa mulher no crime de aborto do artigo 124 do Código Penal se essa foi a única solução encontrada para cessar o seu sofrimento? O Estado não se lembrou desta pobre mulher no momento em que ela mais precisava, não lhe ofereceu acesso à saúde, e nem a alimentação adequada. Como pode agora esse mesmo Estado punir essa mulher?

Outro exemplo de aplicabilidade da Teoria da CoCulpabilidade seria as invasões que os grupos de sem terras fazem em propriedades particulares. De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, incorreriam em tese no crime de invasão de domicílio do artigo 150 do Código penal. Mas não seria razoável essa imputação. É sabido que a existência dos grandes latifúndios em nosso país corrobora para a desigualdade social, na medida em que grandes porções de terras ficam em mãos de poucos, enquanto grande parcela da população não tem sequer um pedaço de terra para morar ou plantar alimentos para a sua própria subsistência. O Estado nada faz para minorar-lhes o sofrimento. As tão prometidas reformas agrárias são realizadas em doses homeopáticas deixando de fora grande parcela da população.

A despeito da falta de capacidade de o poder público efetivar os direitos constitucionais mínimos a uma sobrevivência digna aos seus cidadãos, é que o estudo da Teoria da Culpabilidade se faz oportuno. Deve-se questionar a legitimidade do *jus puniendi* do Estado encontrando dentro do nosso ordenamento jurídico uma brecha para se fazer justiça no caso concreto. Nesse sentido as lições de Salo de Carvalho³⁰:

O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado democrático de Direito, *plus* normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Por isso, no próximo tópico será analisada a possibilidade de se aplicar a teoria da Culpabilidade dentro do nosso ordenamento jurídico vigente.

2.3. APLICABILIDADE PRÁTICA

A sociedade brasileira conta com vários miseráveis que vivem embaixo de pontes, que não conseguem oportunidades de trabalho, porque a própria sociedade e o Estado não prepararam esses indivíduos para o mercado de trabalho. Assim, com o objeto de fugir da realidade, se veem obrigados a praticar crimes, e por isso, devemos dividir essa responsabilidade com toda a sociedade.

Como visto ao longo da exposição deste artigo, a Teoria da Culpabilidade penal objetiva a flexibilização da penalidade de certas infrações penais tendo em vista a necessidade de se evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade no cometimento desses crimes.

³⁰ CARVALO, *op. cit.*, p. 73.

Dentro do ordenamento jurídico vigente visualiza-se dois meios de aplicação da Teoria da CoCulpabilidade para beneficiar o réu. Uma primeira possibilidade se encontra no artigo 66 do CP, que reduz a aplicação da pena. E ainda se observa uma forma mais revolucionária de apreciar a questão, usando a Teoria da CoCulpabilidade como forma de exclusão da própria responsabilidade penal. Ambos serão analisados separadamente.

2.3.1. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES INONIMADAS

Diante de um caso concreto cujas peculiaridades remetem à aplicação da Teoria da CoCulpabilidade penal, para se ter uma atenuação da pena imposta ao réu que somente infringiu a regra normativa porque pouca sorte lhe restava, pode-se aplicar a causa geral de diminuição de pena do artigo 66 do Código Penal.³¹

O rol do artigo 65, que enumera as diversas formas de atenuantes de pena, é meramente exemplificativo, já que o artigo 66 permite ao juiz reduzir a pena do réu por qualquer outra circunstância que não presentes no Código Penal. Assim, poderá o magistrado, por exemplo, considerar que o acusado foi levado ao cometimento do crime pelo ambiente hostil em que ele tenha sido criado.

O Código Penal não estabelece o *quantum* de pena que deve ser reduzido quando se está diante de uma circunstância de atenuação ou agravação de pena, diferentemente do que ocorre com as chamadas “causas de aumento” e de “diminuição de pena”, para as quais o legislador reservou frações específicas a serem aplicadas em cada caso.

Diante desse contexto, deve o magistrado agir com razoabilidade para majorar ou reduzir a pena dentro de limites aceitáveis. Por isso, fazendo uma análise comparativa com as

³¹ **Art. 66** - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

causas de aumento ou diminuição, as circunstâncias genéricas de redução de pena devem observar ação de até um sexto da quantia fixada de pena.

Infelizmente a referida circunstância atenuante de pena com base na teoria da Culpabilidade não vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios a fim de reduzir a pena aplicada ao sujeito ativo do crime. Nesse sentido, mister analisar os referidos julgados do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul³² :

O mesmo para o pedido de admissibilidade da co-culpabilidade como atenuante da pena, que não encontra respaldo na Parte Geral do Código Penal, bem como não é cabível que a sociedade influencie no agir delituoso do indivíduo por este ser menos favorecido financeiramente, vez que os crimes ocorrem em todos os níveis sociais. (Apelação Crime Nº 70014561898, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 10/02/2009)

APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA. ART. 66, CP. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. Não se reconhece a reprovabilidade mínima da conduta do imputado a partir da afirmação de co-culpabilidade do Estado e da sociedade. Impossibilidade de se atribuir co-responsabilidade à sociedade pela conduta ilícita praticada pelo réu, sob pena de se estar autorizando a desordem e a impunidade. Inviável o abrandamento da pena por esta razão. (Apelação Crime Nº 70046508206, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/02/2012)

Toda tese nova traz espanto. A evolução jurisprudencial somente ocorrerá com o tempo. O medo do sentimento de impunidade afasta uma maior reflexão acerca do tema. Mas a justiça deve se sobrepor à visão estática do direito.

2.3.2. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE: INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime 70014561898. Relator Marlene Landvoigt. Disponível em:<<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 02.07.2013.
BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime 70046508206 . Relator Dálvio Leite Dias Teixeira . Disponível em:<<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 02.07.2013

A inexigibilidade de conduta diversa pode ser entendida como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois embora não esteja prevista expressamente em algum texto legal, deve ser aplicada pelo julgador por meio dos princípios gerais do direito.

A culpabilidade é o terceiro elemento formador do crime, juntamente com tipicidade e a antijuricidade de uma conduta. É formada tão somente por elementos objetivos segundo a Teoria Finalista de Welzel³³: inimputabilidade, potencial conhecimento sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Para que o agente seja culpável pela prática de um fato típico e ilícito e possa responder penalmente por ele, faz-se necessário que ele seja imputável. Imputabilidade é a capacidade de compreensão da realidade e de se autodeterminar de acordo com essa realidade. O agente deve ainda ter conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, que é a consciência de estar praticando um comportamento contrário ao direito.

Finalmente, para que o réu seja considerado culpável, exige-se que ele tenha agido de forma diversa no caso concreto. O conceito de exigibilidade de conduta diversa, que é o terceiro elemento da culpabilidade, é amplo, porque abarca os outros dois elementos anteriores. Se o agente não era imputável ou não tinha conhecimento do caráter ilícito da sua conduta não lhe deve ser exigido atuar de forma diversa.

Se durante o cometimento do injusto penal for verificado que nas condições em que ele se encontrava não se podia exigir dele comportamento diverso, não poderá ser considerado culpável. Assim, não há configuração do crime, já que este, pela Teoria Tripartida é composto pela tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

O Código penal prevê expressamente algumas causas legais que excluem a culpabilidade, tais como a possibilidade de aborto se a gravidez é resultante de estupro, obediência hierárquica e a coação irresistível.

³³ GRECO, *op. cit.*, p. 423.

A inexigibilidade de conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade porque não é prevista expressamente, como dito anteriormente. Por isso, a sua aplicação é questionada por parte da doutrina. Segundo Jescheck³⁴ a inexigibilidade de conduta diversa não pode ser usada como exclusão da culpabilidade. Segundo o autor:

Uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva como objetivamente uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do direito. Ainda que nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício

Com a devida vênia, não deve prosperar a visão puramente objetiva do autor em relação ao direito. Punir pessoas criminalmente pelo simples fato de ambas terem praticado uma conduta prevista no tipo penal, deixando de apreciar e de levar em consideração as circunstâncias fáticas que as cercam é desarrazoado.

No ordenamento jurídico brasileiro não há proibição expressa para a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Esta deve ser usada a fim de fazer justiça no caso concreto.

Se o magistrado verificar que o agente cometeu o delito porque estava passando por situações sociais peculiares, passando por uma realidade degradante e humilhante, e tiver sua própria dignidade ameaçada, sem demonstrar uma personalidade perversa, poderá concluir que uma mera redução de pena não seria suficiente para fazer justiça. Assim, deve o juiz afastar a reprovabilidade da conduta do réu deixando-lhe de aplicar a pena pela ausência do próprio crime.

2.3.3. POSITIVAÇÃO EXPRESSA E ANTEPROJETO

³⁴ JESCHECK apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 450.

Embora seja possível a aplicação da Teoria da Cculpabilidade pelos aplicadores do direito através dos mecanismos acima explanados, a positivação legal da teoria em comento trará maior segurança jurídica aos atores do direito penal, por se tratar verdadeiro direito subjetivo do réu.

Ao constatar que as condições socioeconômicas do agente influenciaram sobremaneira na prática do crime, o julgador deverá, com grande segurança legal, aplicar o princípio da cculpabilidade no cálculo e na execução da pena. A positivação do princípio proporciona maior segurança jurídica e certeza da efetivação da individualização da pena.

O anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro 3.474/2000³⁵ previu expressamente o princípio da cculpabilidade dentro das circunstancias judiciais do artigo 59, que diz:

Capítulo III

Da Aplicação da Pena

Individualização judicial da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e 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 semi-aberto 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.

Apesar de não existir hoje expressamente no ordenamento jurídico pátrio a Teoria da CoCulpabilidade como mecanismo de atenuação da responsabilidade penal, imprescindível de forma urgente levar em consideração a precariedade da condição socioeconômica do réu no momento da aplicação da pena. Além disso, o grau de instrução e de escolaridade do agente também devem ser analisados no exato momento da dosimetria da pena.

³⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2000/msg1107-00.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2013.

Para que o julgador do direito possa aplicar o Princípio da Culpabilidade com maestria, deverá analisar dentro do ordenamento jurídico como um todo se existe regra específica ou geral de sua possível aplicabilidade. E é nesse sentido que se defende a utilização da regra do artigo 14, inciso I, da Lei 9.605/98, que disciplina sobre os crimes contra o meio ambiente, segundo o qual é circunstância que atenua a pena o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente.

Ora, advoga-se que o referido dispositivo legal não se limita apenas aos crimes contra o meio ambiente. O aplicador deverá através da analogia *in bonam partem* aplicá-lo para qualquer caso concreto em que se verifique que a precária instrução e escolaridade do agente fora determinante para o cometimento do crime.

2.3.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Seja por ser um tema inovador ou por falta de positivação expressa, a Teoria da CoCulpabilidade ainda é timidamente aplicada pela jurisprudência pátria. Segue abaixo julgado pioneiro do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho³⁶ ao fazer justiça no caso concreto aplicando a referida teoria como forma de flexibilização da responsabilidade penal.

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.
(...)
Outrossim, bem andou – vez mais – a colega singular ao aplicar o princípio da co-culpabilidade, no momento da dose da pena, porque “ao lado do homem culpado por

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. Apelação Crime 70002250371. Relator Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2013.

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 sonogadas... 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” (Salo de Carvalho, *Aplicação da Pena e Garantismo*, Ed. Lumen Juris, 2001, pág. 65).

Infelizmente a jurisprudência prática ainda é resistente à aplicação da Teoria da Culpabilidade, não reconhecendo suas benesses ao réu. Há inúmeros julgados que negam a aplicação da referida Teoria:

APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. PERÍCIA. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. COCULPABILIDADE. REINCIDÊNCIA. MULTA. 1. Nos termos dos artigos 158 e 167, do CPP, o exame pericial direto é indispensável nos crimes que deixam vestígios, como é o caso do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Inexistente esse, imperativo o afastamento dessa qualificadora. 2. Não há valoração negativa da circunstância do art. 59 do CP de culpabilidade aferida em grau médio, visto que pressupõe ser a do homem mediano, sendo neutralizada esta vetorial. 3. Não há previsão legal para a aplicação da "atenuante de coculpabilidade do Estado", não havendo nenhuma circunstância relevante no caso sub judice - esta sim prevista no art. 66 do CP - para a atenuação da pena. Outrossim, é notório que a criminalidade atinge a todas as classes sociais, indistintamente. Também é forçoso reconhecer que o Estado não cumpre com todas as suas obrigações assistenciais ao indivíduo, mas isso não quer dizer que tenha que ser responsabilizado por atos praticados por livre arbítrio dos agentes, não sendo a pobreza fator determinante para o cometimento de crimes. 4. A reincidência prestigia a isonomia, uma vez que confere tratamento desigual e mais gravoso ao réu que ostenta anterior condenação transitada em julgado. Agravante da reincidência aplicada. 6. Inviável substituição de pena, na forma do art. 44, II, do CP. 5. A multa é uma das três modalidades de pena cominadas pelo diploma penal e no preceito secundário do tipo no qual foi incurso o acusado está prevista de forma cumulativa, de modo que o seu afastamento implicaria em verdadeira afronta à lei. 6. Pena redimensionada, inclusive a de multa. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70051355337, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 12/12/2012)³⁷

3. TEORIA DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

A Teoria da Culpabilidade às avessas³⁸ pode se manifestar dentro do ordenamento jurídico pátrio de três maneiras distintas: Tipificando condutas dirigidas a pessoas

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Crime 70051355337. Relator: Francesco Conti. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 02.02.2013.

³⁸ MOURA, *op. cit.*, p. 98.

marginalizadas, aplicando penas mais brandas aos crimes de “colarinho branco” e por fim como fator de diminuição de reprovação social.

O primeiro caso pode ser exemplificado pelo artigo 59 da Lei das contravenções Penais conhecido como Vadiagem. Segundo o referido artigo, entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência ou promover a sua própria subsistência mediante ocupação ilícita é uma infração penal. Impossível a aplicação prática do artigo diante da realidade socioeconômica brasileira. Sua revogação é imperiosa, nos termos da teoria da coculpabilidade assim como já foi retirado do ordenamento jurídico a contravenção penal do artigo 60. (Mendicância)

O presente estudo irá se aprofundar na distorção de tratamento dispensado aos crimes ditos populares e os crimes menos populares, como os crimes como o sistema financeiro, crimes tributários, dentro outros.

A Teoria da Coculpabilidade às avessas foi desenvolvida precipuamente com o objetivo de demonstrar que determinados tipos penais, dentro do nosso ordenamento jurídico, contam com penalidades mais brandas por questões de políticas públicas.

Alguns crimes do nosso Código Penal recebem tratamento mais suave do legislador, por prever causas de extinção da punibilidade não abarcadas de forma simétrica ao longo do diploma legal por serem praticados por pessoas mais favorecidas da sociedade. São exemplos dessa teoria os crimes contra a ordem tributária de um modo geral. Veja-se:

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Pela leitura do artigo 168-A do Código Penal, que trata do tipo penal da “apropriação indébita previdenciária”, conclui-se que se o sujeito ativo que efetua o pagamento antes do início da ação penal, ou seja, antes do início do recebimento da denúncia, fica extinta a sua punibilidade. Comparemos agora com a causa de diminuição genérica prevista do artigo 16 do Código Penal:

Arrependimento posterior

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Ora, qualquer jurista mais curioso deve ter se perguntado por que nos crimes contra a ordem tributária o pagamento do tributo (reparação do dano) feito antes do recebimento da denúncia excluiria a punibilidade do réu, e nos crimes ditos mais comuns a reparação do dano até o recebimento da denúncia tem o condão de apenas diminuir a pena do réu?

Em ambas as situações apresentadas acima o crime é cometido sem violência ou grave ameaça e a reparação do dano deve ser feita antes do recebimento da denúncia. Por que nos crimes contra a ordem tributária se tem uma causa de exclusão da punibilidade, sem trazer qualquer punição penal ao, e nos crimes comuns se o agente reparar o dano é contemplado apenas com uma causa de redução de pena?

A teoria da Cculpabilidade às avessas³⁹ objetiva explicar essa diferença de tratamento. Geralmente quem comete os crimes contra a ordem econômica são pessoas bem sucedidas na sociedade, que auferem renda significativa, sendo esses crimes considerados “crimes de colarinho branco”. Por isso, o legislador teria sido mais benevolente no tratamento desses tipos penais.

Se o vulnerável econômico praticar um crime de furto, cuja conduta carece de violência ou grave ameaça, e reparar o dano junto à vítima antes do recebimento terá tão

³⁹ MOURA, *op. cit.*, p. 68.

somente sua pena diminuída pelo juiz, mas continua a responder criminalmente pela conduta praticada nos rigores do sistema penitenciário nacional.

Já se um empresário pratica o crime contra a previdência social por deixar de repassar as contribuições que tenham sido descontadas de pagamento efetuado a segurados e reparar o dano junto aos cofres públicos antes do recebimento da denúncia terá a sua punibilidade afastada.

Deve ser ressaltada a diferença de tratamento dispensada pelo legislador em ambos os casos. Os crimes praticados tipicamente por pessoas mais favorecidas da sociedade são claramente punidos de forma mais branda. A boa situação social é levada em consideração para diminuir a responsabilização do réu.

Se as condições favoráveis ao réu são levadas em consideração pelo legislador para excluir sua responsabilização, não poderá haver óbice ao magistrado, em sentido análogo, excluir a responsabilização do réu quando este é levado a cometer o crime por situações adversas.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou trazer uma abordagem mais social do direito penal brasileiro. Vivemos em um país de miseráveis. Os cidadãos são abandonados à sua própria sorte diante de políticas públicas ineficientes. Serviços sociais básicos são prestados de forma insuficientes. Faltam escolas, hospitais, emprego, moradia, educação... Falta dignidade!

Diante disso, chega-se a inexorável conclusão de que o direito penal não pode punir de forma igual pessoas que cometeram delitos diante de circunstâncias completamente diferentes. Pessoas da classe mais abastada da sociedade cometem crimes porque não lhes

restou alternativa. O Estado e a sociedade devem juntos compartilhar suas responsabilidades, diante do cometimento desses delitos.

A teoria da CoCulpabilidade objetiva flexibilizar os rigores da sanção penal para os agentes que praticaram crimes diante de sua situação de miserabilidade, não podendo ser exigido desse cidadão um atuar conforme o direito. Objetiva, acima de tudo, proporcionar equilíbrio nas relações sociais ao proteger os hipossuficientes.

Para tanto, a referida teoria se baseia na circunstância genérica de diminuição de pena, prevista no artigo 66 do Código Penal ou na própria exclusão da punibilidade do crime pela causa supralegal de extinção da culpabilidade, conhecida como inexigibilidade de conduta diversa.

Tendo em vista que o direito contemporâneo clama por uma postura mais justa do magistrado, a esse não é mais dado aplicar a lei de forma objetiva e matemática. O juiz não é mais somente a “boca da lei”, devendo usar mecanismos existentes dentro do próprio ordenamento jurídico para fazer justiça do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALO, Salo de. E CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

FERRAJOLI, Luigi de. *Diritto e ragione: teoria Del garantismo penale*. 6. ed. Roma: Laterza, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do principio da Co-Culpabilidade no direito penal*. Niterói: Impetus, 2006.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.