



**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito**

GUILHERME DA HORA PEREIRA

**DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA
ATENUANTE INOMINADA**

**Brasília - DF
2011**

GUILHERME DA HORA PEREIRA

**DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA
ATENUANTE INOMINADA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

**Brasília -DF
2011**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

PEREIRA, Guilherme da Hora.

Da co-culpabilidade como circunstância atenuante inominada /
Guilherme da Hora Pereira. – Brasília, 2011.
79 fl.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de
Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Valdinei
Cordeiro Coimbra

1. Direito Penal - Filosofia. 2. Responsabilidade Social - Brasil I.
Título

GUILHERME DA HORA PEREIRA

DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

Brasília, 05 de novembro de 2011

Banca Examinadora

Valdinei Cordeiro Coimbra
Presidente/Membro
Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Eneida Orbage de Britto Taquary
Membro
Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Fernanda Maria A. Gomes Aguiar
Membro
Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota: 10 (dez)

*Dedico aos grandes mestres que conheci
ao longo da vida, meus pais e demais
familiares que tanto me auxiliaram no
caminho da vida e do conhecimento.*

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, Luis Fernando e Israel Cristina e à minha irmã, Maria Laura, pelo carinho e compreensão.

Àqueles que estiveram ao meu lado no quinquênio acadêmico que se encerra, amigos dos quais jamais esquecerei.

A todos aqueles que me apoiaram na escolha do Direito como ciência de vida.

Agradeço, por fim, a todos os professores que tive em minha nômade vida acadêmica, em especial ao trio de mestres que suscitaram meu apreço pelo Direito Penal, Lídia Oliveira, Marília Brambilla e Rafael Alves.

“A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, se mantêm monopólio das classes superiores”

La Phalange – 1º de Dezembro de 1838.

RESUMO

A presente pesquisa monográfica visa à analisar a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade ante ao ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de delinear o grau de responsabilidade do Estado e da própria sociedade na atuação criminosa daqueles indivíduos negligenciados pela atuação precária das instituições estatais. Para tanto, observa a interdependência do Direito em relação a ciências sociais diversas, tais como a sociologia e a filosofia, enquanto ciências voltadas à construção de conceitos e consolidação de institutos que contribuem para o estabelecimento e para a atuação efetiva do sistema punitivo penal, o qual será abordado com foco especial ao contexto fático e normativo brasileiro. Nessa linha, e com tal finalidade, a pesquisa adentra em aspectos sociais e filosóficos pertinentes à normatização dos valores sociais vigentes em um determinado contexto histórico, além de imiscuir-se, brevemente, no instituto da culpabilidade enquanto elemento integrante do conceito analítico de crime, isso porque essenciais tais abordagens à compreensão e adequação do princípio da co-culpabilidade à realidade analisada. Por fim, centra-se a presente pesquisa no princípio da co-culpabilidade propriamente dito, delimitando seu conceito e suas hipóteses de aplicação, contextualizando o aperfeiçoamento teórico experimentado pelo instituto em tela e, sobretudo, analisando as reais possibilidades de sua aplicação *in concreto*, ante à omissão e ao desinteresse legislativo, enquanto atenuante inominada constante do artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: *Co-culpabilidade. Atenuante genérica. Atenuante inominada. Política Criminal. Sistema Punitivo. Exclusão Social.*

ABSTRACT

This monographic research aims to analyze the applicability of the co-culpability principle to the Brazilian legal system, looking for delineate the responsibility degree of the State and the society in the criminal performance of those neglected individuals whose suffer with the precarious performance of the state institutions. For in such a way, approaches the interdependence of Law and diverse social sciences, such as sociology and philosophy, as sciences directed to the concept construction and the consolidation of Justinian codes which contribute to and effective performance of the punitive system, focused in the Brazilian context. In this line, and with such purpose, the research looks to the social and philosophical aspects which regulate the social values in a historical way, the research goes beyond, looking to the culpability as an integrant element of the analytical concept of crime, this because this agreement is essential to the understanding and adequacy of the co-culpability principle to the reality. Finally, centers in the co-culpability principle properly said, delimiting its concept, its application hypothesis, and its theoretical perfecting. Over all, this research aims to analyze the possibilities of concrete applying as the innominate extenuating circumstance foreseen in the 66 article of the Brazilian Penal Code.

Key words: *Co-culpability. Extenuating circumstance. Criminal politics. Penal system. Social exclusion.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	10
1 DOS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS -----	12
1.1 DO DIREITO ENQUANTO FERRAMENTA DE CONSERVAÇÃO DOS IDEAIS DOMINANTES ---	15
1.2 DO SISTEMA PENAL-----	17
1.3 CRIMINOLOGIA TRADICIONAL <i>versus</i> CRIMINOLOGIA CRÍTICA -----	18
1.4 DA DISCIPLINA ENQUANTO ELEMENTO INDIVIDUALIZANTE DA CONDUTA-----	20
1.5 DA POLÍTICA CRIMINAL-----	22
2 DA CULPABILIDADE -----	29
2.1 DA CULPABILIDADE ENQUANTO ELEMENTO DO CRIME -----	29
2.2 TEORIA E CONCEITO DA CULPABILIDADE -----	31
2.2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA -----	32
2.2.2 TEORIA DA CULPABILIDADE-----	34
2.2.2.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE-----	35
2.2.2.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE-----	36
2.2.2.3 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE-----	37
2.2.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE-----	39
2.2.3.1 IMPUTABILIDADE-----	39
2.2.3.2 POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE -----	41
2.2.3.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA -----	42
3 DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE -----	44
3.1 ORIGEM HISTÓRICA -----	47
3.2 APERFEIÇOAMENTO TEÓRICO-----	48
3.3 DA CO-CULPABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988-----	54
3.4 DA CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS-----	58
3.4.1 ARTIGOS 59 E 60 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS-----	58
3.4.2 CO-CULPABILIDADE <i>VERSUS</i> EFEITOS DA REPARAÇÃO DO DANO-----	60
4. DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA -----	62
4.1 DAS FINALIDADES DA PENA-----	65
4.2 DOS CRITÉRIOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA-----	68
4.3 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA-----	69
CONCLUSÃO -----	74
REFERÊNCIAS -----	77

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem por objeto o princípio da co-culpabilidade e a sua aplicabilidade *in concreto* como atenuante inominada prevista pelos termos do artigo 66 do Código Penal.

O objetivo consiste na análise do instituto da co-culpabilidade sob a ótica sociológica e como resposta jurídica aos abusos do Estado e da sociedade enquanto entes responsáveis pela exclusão social e pela manutenção deste sistema estratificado, além de observar a hipótese de aplicação imediata do referido princípio pelo sistema jurídico brasileiro, independentemente de manifestação legislativa.

O problema proposto diz respeito à adequação da resposta penal do Estado aos meios por ele fornecidos para que os indivíduos atinjam os objetivos de sucesso econômico, cultural e social. Em termos conceituais, o problema enfrentado é a marginalização e a exclusão geradas pelo Direito Penal atualmente, bem como a possibilidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade como forma de minorar a reprovação penal em decorrência da co-responsabilização do Estado pela sua atuação negligente.

A fundamentação teórica consiste, principalmente, na teoria da co-culpabilidade, com exegeses secundárias da teoria tridimensional do direito, do historicismo axiológico, da criminologia crítica e da própria política criminal, com vistas à explicitar a situação enfrentada pelo indivíduo que não apresenta capacidade de resistência aos mecanismos excludentes do Estado, além de dispor os avanços normativos e teóricos para que se apresente o deslinde da questão supra.

O método empregado é o sócio-jurídico, eis que coroa a interdisciplinaridade entre as Ciências Jurídicas, Sociais e Filosóficas, dada a influência recíproca entre os âmbitos de atuação das mencionadas ciências. Isso com o fito de corroborar o caráter multidisciplinar do fato jurídico e do fenômeno social, como forma de adequar a incidência do princípio da co-culpabilidade ao mundo fático.

Para tanto, inicia-se a pesquisa analisando os aspectos sociológicos a serem abordados, quais sejam o caráter de coerção social do Direito pelas camadas detentoras do poder, abordando aspectos do sistema penal, da criminologia crítica em detrimento da tradicional, da disciplina enquanto elemento individualizante e, por fim, sedimentando as críticas à política criminal.

Em seguida, abrange os aspectos da culpabilidade enquanto elemento integrante da concepção tripartida do crime, dissecando seu conceito e a sua evolução histórica, bem como seus aspectos teóricos e os seus elementos.

No mesmo compasso, adentrando finalmente ao objeto central da presente pesquisa, estabelece o princípio da co-culpabilidade, sua origem histórica, seu aperfeiçoamento teórico pelo desenvolvimento multidisciplinar do Direito, seus aspectos constitucionais e a sua aplicação às avessas pelo ordenamento normativo brasileiro.

Por fim, imiscui-se na aplicabilidade prática do princípio da co-culpabilidade como circunstância atenuante genérica, colacionando entendimento jurisprudencial neste sentido, sem se olvidar, contudo, da diagramação das finalidades da pena e das etapas necessárias à regular dosagem da pena pelo julgador.

Vale destacar, ainda, que o presente trabalho visa a uma mudança no *paradigma* da atuação estatal e jurisdicional acerca da minoração da reprovação penal em função da desassistência estatal às camadas menos favorecidas da sociedade. Com efeito, apresenta-se o Direito como produto da classe econômica dominante criado e mantido para que sejam atingidos os objetivos desta camada populacional em detrimento de outra menos favorecida, cabendo ao princípio da co-culpabilidade fornecer os mecanismos essenciais à diminuição dos efeitos da atividade estatal excludente.

1 DOS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

O corpo social, em decorrência de suas próprias características naturais, impõe às suas partes um determinado complexo de regras a serem seguidas para a sua adequada manutenção. Nas palavras de Losano, “das sociedades pré-letradas até as pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras”¹.

No entanto, em sentido contrário ao que, em diversas ocasiões, é referido como paradigma originário do Direito propriamente dito, não há que se falar na existência do assim denominado “Direito Natural”, eis que, nos termos preceituados há mais de século por Tobias Barreto, “não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito”².

Nessa linha, o próprio Tobias Barreto enunciava que o homem não se expressaria “em língua alguma, não exerce indústria nem cultiva a arte de qualquer espécie que a natureza lhe houvesse ensinado, tudo é produto dele mesmo, do seu trabalho, de sua atividade”³

Repudia-se, conseqüentemente, o conceito, outrora propalado por Mialle, de universalismo a-histórico⁴, o qual consubstancia-se pelo destacamento e pela autonomia da história do direito com relação ao contexto histórico em que este fora produzido, compondo, de tal maneira, verdadeiro conjunto de noções universalmente válidas.

Nesse diapasão, o entendimento moderno quanto ao nascimento da norma jurídica incorre na dialética de complementaridade entre fato e valor. Miguel Reale preconiza o nascimento do ordenamento normativo a partir da incidência de um complexo de valores por sobre um complexo de fatos sociais.⁵

¹ LOSANO, Mario Giuseppe, **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 17.

² BARRETO, Tobias, **Introdução ao Estudo do Direito** *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 18.

³ Idem

⁴ MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 17.

⁵ REALE, Miguel. *Apud* MARTINS, Alexandre Marques da Silva. **O personalismo axiológico de Miguel Reale**. Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica.

Daí a conclusão de Reale no sentido de que o ordenamento jurídico funda-se em valores que a sociedade pretende ver tutelados. Em verdade, Reale afirma que o próprio Direito existe tão somente para prevenir o desrespeito a tais valores.

Bittar e Almeida corroboram tal pensamento ao preceituarem, *verbis*:

É dessa forma que o movimento dinâmico entre fatos, valores e normas se dá no tempo e no espaço; a interação entre esses elementos se dá num processo dialético no qual se pode perceber a profunda imbricação entre o que moralmente se aceita, entre o que se pretende do futuro, entre o que se pode tornar realidade, entre o que se faz como prática social, entre o que as classes disputam entre si, entre o que e como se valoram determinadas categorias do comportamento humano... Enfim, não há como pensar o Direito sem pensar suas tramas, condicionadas a partir de perspectivas histórico-dialéticas, nas quais se movimenta.⁶

Destarte, Aníbal Bruno traça linhas certas no que se refere à determinação da interrelação existente entre as normas jurídicas e a sociedade e suas necessidades, sobretudo considerado o caráter disciplinar-pedagógico da norma, *verbis*:

Sabemos como as sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo-o nascer de suas necessidades fundamentais e, em seguida, deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência⁷.

Na mesma linha, Miranda Rosa aduz que “se o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante⁸”.

Com efeito, é de se ressaltar o fato de que, pela doutrina moderna, tem-se por pacífico o posicionamento de que o direito, sobretudo o direito penal, é legislado para que sejam cumpridas funções concretas no corpo social organizado em determinada maneira, razão pela qual impõe-se aos que visam compreender o direito e a ciência normativa de quaisquer sociedades, em épocas distintas, a tarefa de compreender a organização social e econômica destas. Nessa linha enuncia, com a tradicional lucidez, Nilo Batista, *verbis*:

⁶BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo. Atlas 2007. p. 485.

⁷BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007 p. 22.

⁸ROSA, Felipe Augusto Miranda. **Sociologia do direito**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 22.

Quem quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito roano, ou o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias; no marco da proteção e da continuidade dessa engrenagem econômica, dessa “Ordem Política e Social”[...] estará a contribuição do respectivo direito⁹.

Isso por força da historicidade do valor, que não deve ser compreendido como uma realidade estanque, mas sim flexibilizado na medida do desenvolvimento histórico-cultural de uma determinada sociedade.

De acordo com Bittar e Almeida, “as forças históricas são um imperativo para a condição humana. Não há como enxergar os indivíduos fora da história”.¹⁰

Tal historicidade alia-se ao caráter de inexauribilidade axiológica, na medida em que o valor é constantemente atualizado, sem que jamais se concretize de fato, eis que a tensão perene entre os institutos do valor e dos fatos faz com que estes nunca atinjam a sua aplicabilidade plena, ante ao próprio desenvolvimento humano e social.

Insta observar que Reale defendia com particular afincamento a intensidade do liame existente entre história, valor e norma, tanto que sua teoria axiológica denomina-se historicismo axiológico, ante às premissas de que os institutos da axiologia, da história e da cultura regem uma relação de complementaridade, *verbis*:

[...] é por essa razão que o nosso historicismo, o historicismo reclamado pelas perplexidades e pelos desenganos do homem contemporâneo, não se resolve nos graus sucessivos de um processo unitário, nem mesmo na “totalidade do processo histórico”, mas se funda antes na historicidade originária do homem e de suas alteridades.¹¹

Vale ressaltar, pois, o contexto do fato valorado como um fato social universalmente entendido. Com efeito, não há que se falar em complexo de fatos vivenciados por um sujeito determinado, mas pela universalidade estimada, ou seja, a interpretação do fato a ser valorado para que decorra a norma jurídica parte da extensão social como um todo, protagonizando função relevante na história.

⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 19.

¹⁰BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2007. p. 484.

¹¹REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 1994. p. 137.

Portanto, escorreito o entendimento de Mateo García, o qual preceitua o historicismo axiológico como a expressão da correlação entre o tempo histórico e o tempo cultural, ao passo em que a tensão dialética entre tais termos institui uma realidade histórico-cultural em que os valores a serem normatizados se desenvolvem e se manifestam.¹²

Diante de tal configuração, pode-se afirmar que o próprio Direito é o reflexo da integração do processo normativo às relações sociais vigentes em determinado contexto temporal, econômico e político. De tal forma que, em síntese, não se equivoca aquele que afirma ser o Direito fruto do condicionamento dos fatos da vida social aos valores inerentes à parcela dominante da sociedade em um determinado momento histórico no qual se constituem e aplicam os modelos jurídicos analisados.¹³

1.1 DO DIREITO ENQUANTO FERRAMENTA DE CONSERVAÇÃO DOS IDEAIS DOMINANTES

Diante do contexto delineado, denota-se o nítido caráter finalista inerente ao direito penal. Ora, o direito penal, enquanto ciência produzida pelo grupamento humano diante das condições em que tal grupamento se estrutura e se reproduz¹⁴, existe para que seja atingido determinado fim, quaisquer que sejam estes (ainda que seja, nos termos sugeridos por Von Liszt, que seja para evitar que prorrompa a guerra de todos contra todos¹⁵).

De fato, os fins almejados pelo direito penal enquanto ferramenta dotada de uma missão política e social costumam ser objeto de diversas análises e acirrados debates doutrinários dos quais se colhe grande diversidade de entendimentos, dentre os quais exsurgem, como dignos de citação, além daquele supra indicado, o de que o direito penal teria por missão fatal a “garantia das

¹²GARCIA, Mateo. *Apud* BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2007. p. 494.

¹³REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 1994. P. 74.

¹⁴BARRETO, Tobias *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 18.

¹⁵LISZT, Franz Von *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 20.

condições de vida da sociedade”, por Mestieri¹⁶, a “finalidade de combater o crime” por Damásio¹⁷ ou, ainda, a “preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, por Heleno Fragoso¹⁸.

Observe-se a incontestada congruência entre os aspectos finalísticos do Estado e aqueles almejados pelo direito penal. De fato, os fins do Estado estarão, invariavelmente, alinhados e refletidos nos objetivos do direito penal.

Não obstante, verifica-se que os referidos “interesses do corpo social” mostram-se inversamente proporcionais na medida em que a sociedade por sua própria natureza divide-se lógica e estruturalmente em classes distintas.

Eis, portanto, a caracterização da função “conservadora” do direito penal, a fim de estruturar e garantir a permanência da ordem econômica e social interessante às camadas dominantes do corpo social. Caracterizado, nesses termos o caráter coercitivo do direito penal, para que, utilizando-se das palavras de Lola Aniyar de Castro, se construa a hegemonia dos dominantes e para que se obtenha a submissão daqueles que não se integraram à ideologia vigente¹⁹.

Nesse compasso, diz-se que o Estado está ligado ao direito, moldando-o às suas necessidades para que seja garantido o controle social, ainda que coercitivo, com vistas à preservação da ideologia dominante e/ou interessante ao próprio poder disciplinar.

Cirino dos Santos é terminativo quando afirma que “a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social²⁰”. De tal excerto, pode-se deduzir o caráter político inerente ao sistema normativo-jurídico-coercitivo corporificado pelo sistema penal, cujas finalidades transparecem ao se proceder a interpretação legal, a exegese da aplicação das penas, a fixação dos regimes prisionais, a decretação de medidas cautelares restritivas, etc.

¹⁶ MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro. Sedegra. 1971.

¹⁷ JESUS, Damásio E. De. **Direito Penal - Parte Geral, vol 1**. 31 ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 21

¹⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 22.

Pode-se conceituar o Direito, portanto, como um mecanismo cujo objetivo primordial é a preservação do interesse estatal, qual seja a manutenção do *status* coercitivo e controlador da norma. O instituto normalizante como ferramenta de manejo social efetivo, tendo como seu principal expoente a máquina penal, *ultima ratio* do Estado para que sejam atingidas as finalidades sociais mais urgentes, sobretudo no que se refere à efetiva docilidade dos corpos marginais.

1.2 DO SISTEMA PENAL

Inicialmente, cabe apresentar a distinção conceitual entre os institutos Direito Penal e Sistema Penal.

Nilo Batista afirma, em caráter provisório, ser o Direito Penal o “conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas”²¹.

Noutro ponto, a fim de realizar a contraposição entre os institutos ora pareados, Nilo Batista expõe aquilo que consubstancia o assim chamado Sistema Penal, “a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o direito penal, chamamos sistema penal”²².

Nessa linha, escorreita a definição de Zaffaroni, que entende o sistema penal como a institucionalização do controle social punitivo²³, ainda que neste conceito se insiram as mais diversas práticas institucionais ilegais e/ou imorais, mas socialmente toleradas.

Por sua vez, Cirino dos Santos é peremptório ao observar o sistema penal como verdadeiro “sistema garantidor de uma ordem social justa”, ainda que recaia sobre tal pensamento a dúvida sobre qual ótica é encarada tal justiça.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 23.

²¹BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 24.

²²BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 25.

²³ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires. Depalma. 1984. p. 7.

Mais uma vez utiliza-se a obra referencial de Nilo Batista²⁴ como paradigma quando se busca parear a apresentação teórica e a aplicação prática do funcionamento do sistema penal brasileiro.

Nessa linha, observa-se que o sistema penal, ainda que seja apresentado como igualitário e justo, na medida em que, teoricamente, atinge igualmente as pessoas na medida e na proporção das suas condutas, bem como intervém adstrito aos ditames da necessidade, quando, em verdade, demonstra-se corolário da seletividade, da repressividade e da estigmatização, eis que resta cabalmente provada e consubstanciada a intervenção do sistema penal junto à determinadas pessoas integrantes de grupos sociais bem definidos, sem nenhuma forma de regulação das respostas penais, o que, além de promover a penalização legal (mas imoral) como forma de controle social, promove a degradação da imagem daquele que lhe é afetado.

Zaffaroni sintetiza com maestria o vício de forma do sistema penal quando afirma que na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas condutas²⁵.

De fato, observa-se, a partir de uma análise crítica, o embate existente entre o aspecto teórico e o retrato da inserção social prática e efetiva do denominado sistema penal. Grosso modo, afirma-se que o sistema penal, no Brasil, não realiza aquilo que prega.

1.3 CRIMINOLOGIA TRADICIONAL *versus* CRIMINOLOGIA CRÍTICA

No que se refere ao estudo da Criminologia, cumpre salientar a divisão desta em duas vertentes antagônicas de posicionamento com relação à ordem legal em vigência. Nessa linha, impõe-se a contextualização da Criminologia Crítica em oposição aos termos da Criminologia Tradicional (de cunho positivista).

Com efeito, Lola Aniyar de Castro, expoente das fileiras da denominada Criminologia Crítica, conceitua o mencionado tema como, *in verbis*:

²⁴BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 25/26.

²⁵ZAFFARONI, Eugenio *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 26.

A atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos.²⁶

Tal vertente é reconhecida pela amplitude de seu objeto, analisando, pois, o desempenho prático do sistema penal a fim de investigar a elaboração da ordem normativa em vigência. A rigor, a Criminologia Crítica busca elucidar a motivação pela qual se elaborou determinado escopo normativo, motivação intimamente inserida em um contexto social estratificado cuja imparcialidade, impessoalidade e equidade são historicamente ignorados na prática.

Em sentido contrário, a doutrina tradicional-positiva não questiona a construção da norma penal ou o surgimento do desvio comportamental (ou, ainda, a reação social aos tais desvios). Ao contrário, legitima a ordem estabelecida tão somente por esta enquadrar-se no quadro de oficiosidade que corrobora a ideologia dominante.

Por sua vez, a criminologia tradicional, por renegar o episódio criminal em sua amplitude social²⁷, detém caráter individualista tendente a respaldar a ordem legal/natural em vigor. Tanto assim que a doutrina positivista costuma referir aquele que incide em conduta delituosa como “louco moral” violador da ordem moral, ou como sujeitos inadaptados à vida em sociedade, cuja ordem escoreita seria aquela adotada pelas “raças superiores”, ou seja, aquela que impõe os parâmetros ideológicos dominantes.²⁸

Nilo Batista enumera, com o habitual brilhantismo, as falhas da concepção tradicional-positiva, além daquela referida como “falha política”, consubstanciada na ausência de inquisição acerca da justiça da ordem legal ou das instituições integrantes do sistema penal, ou, ainda, as funções por estas desempenhadas em uma sociedade dividida em classes²⁹, sobretudo nas implicações que a inobservância do dever-ser acarreta para a busca dessa justiça. Além desta, o mencionado autor resume outras diversas falhas, *verbis*:

²⁶CASTRO, Lola Aniyar de. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 27.

²⁷BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 31.

a) supor que na transcrição da objetividade cognoscível não se imprime a experiência do sujeito cognoscente; b) reduzir a objetividade cognoscível ao que nela for empírica e sensivelmente demonstrável; c) ter, portanto, na metodologia o centro e o limite inexorável de sua atividade científica; d) conceber de forma mecanicista os fatos sociais, produzindo explicações com base em relações casuais.³⁰

Diante do exposto, não se equivoca aquele que traça paralelo entre ambas as correntes criminológicas, cabendo, ainda, listar, resumidamente, os principais pontos de divergência entre ambas, senão vejamos:

TABELA COMPARATIVA ENTRE AS CONCEPÇÕES TEÓRICAS DA CRIMINOLOGIA TRADICIONAL (Positivista) E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA	
Criminologia Tradicional (positivista)	Criminologia Crítica
Visão e abordagem individual.	Visão e abordagem social.
Visa à manutenção e justificação da ordem normativa em vigor.	Questiona a manutenção e as justificativas da ordem normativa vigente, ante os seus fundamentos basilares.
Aceita a realidade imposta pelos órgãos integrantes do sistema penal, ante seu caráter oficioso.	Critica em diversas frentes o desempenho prático do sistema penal, sobretudo a discrepância entre o ser e o dever-ser que paira na atuação inerente aos órgãos integrantes deste.
Não inquiri a ação do sistema penal perante a sociedade estratificada, nem tampouco a reação social às imposições do mencionado sistema.	Avalia empírica e indutivamente as ações e reações provocadas pela atuação do sistema penal e da política criminal adotados pelo Estado diante da estratificação social.

1.4 DA DISCIPLINA ENQUANTO ELEMENTO INDIVIDUALIZANTE DA CONDUTA

Nesse contexto de coerção social imposta pelo Estado perante os indivíduos que o sustentam, impera observar a forma como a coercibilidade é exercida pelo sistema estatal.

Com efeito, verifica-se a dominação do corpo pelo Estado, de modo que toda a sociedade, incluídos aí seus objetivos, aspirações, proibições e obrigações. Nessa linha, Foucault assevera que “o corpo é objeto [...] em qualquer

²⁸ LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo, Ícone. 2007.

²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 31.

³⁰ Idem.

sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações”.³¹

No entanto, a mudança do sistema econômico-financeiro terminou por refletir, invariavelmente, na mudança da economia política do Estado sobre o corpo dominado. De fato, observa-se a transição do exercício do poder pelo Estado, passando da análise do corpo em massa para o estudo das unidades corporais devidamente individualizadas, como espécie de células indissociáveis com o fito de exercer, sobre estas, movimentos sistêmicos no intuito de manter a sua atuação permanentemente controlada, impondo o que a doutrina conceitua como uma relação de docilidade-utilidade, a fim de disciplinar os processos da atividade humana.³²

Para tanto, observa-se o emprego, pelo Estado, da figura da disciplina. Ora, a própria origem etimológica da palavra disciplina consubstancia tal expressão como a arte de dispor em fila, o que corrobora a seu papel individualizante da rede de relações entre o Estado e os corpos, de forma vinculada aos fins inerentes a um sistema previamente determinado pelos interesses da camada dominante da sociedade, considerado o sistema econômico-financeiro vigente.³³

Foucault, a fim de esclarecer a função exercida pela disciplina no contexto de coerção social, enuncia, verbis:

Em resumo, pode-se dizer que a disciplina produz, a partir dos corpos que controla, quatro tipos de individualidade, ou antes uma individualidade dotada de quatro características : é celular (pelo jogo da repartição espacial), é orgânica (pela codificação das atividades), é genética (pela acumulação do tempo), é combinatória (pela combinação das forças). E, para tanto, utiliza quatro grandes técnicas: constrói quadros; prescreve manobras; impõe exercícios; enfim, para realizar a combinação das forças, organiza “táticas”. A tática, arte de construir, com os corpos localizados, atividades codificadas e as aptidões formadas, aparelhos em que o produto das diferentes forças se encontra majorado por sua combinação calculada é sem dúvida a forma mais elevada da prática disciplinar.³⁴

³¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 118.

³² Idem.

³³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 124.

³⁴FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 141.

Isso tudo a fim de corroborar a convenção da proporcionalidade entre a utilidade do corpo individual e a sua obediência às codificações externas, que exercem, de fato, a manipulação dos elementos que o cercam, no intuito de manter o corpo-objeto de tal relação sempre dentro do seu alcance de vigília.

Neste diapasão, J.A. de Guibert tencionava à aplicação da disciplina em âmbito nacional, *verbis*:

O Estado que eu idealizo terá uma administração simples, sólida, fácil de governar. Parecerá com essas imensas máquinas, que com molas pouco complicadas produzem grandes efeitos; a força desse Estado nascerá de sua força, sua prosperidade de sua prosperidade. O tempo que destrói tudo aumentará sua potencia. Ele desmentirá esse preconceito vulgar que levar a imaginar que os impérios estão submetidos a uma lei imperiosa de decadência e ruína.³⁵

Diante de tal paradigma, não é equivocada a conclusão de que os Estados modernos, em verdade, têm, nas figuras e relações de direito penal, verdadeiro reflexo daquela tendência disciplinar, eis que, de fato, os sistemas penais, bem como a própria normatização penal, visam, essencialmente, ao emprego dos mecanismos de controle coercitivo e, via de consequência, dos sistemas punitivos àqueles que violam o tradicional rolamento das engrenagens políticas, econômicas ou sociais atinentes à classe dominante, corporificação legitimada, pela norma (im)posta, dos fins e vontades do próprio Estado.

1.5 DA POLÍTICA CRIMINAL

Fruto da superposição e do inter-relacionamento conceitual existente entre a criminologia e a teoria da transformação política do meio social, exsurge o processo de política criminal, concebido como conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação, em decorrência do próprio processo de transformação social ante ao desempenho das instituições integrantes do sistema penal.³⁶

³⁵GUIBERT, J.A. de. *Essai général de tactique (Discours préliminaires)* Apud FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 142.

³⁶Idem.

Daí se verifica restar consubstanciado o que se convencionou denominar política criminal, enquanto fator de transformação do ordenamento jurídico e do comportamento de todos os sujeitos envolvidos, direta ou indiretamente, que tenham alguma forma de envolvimento para com o sistema jurídico-penal.

Zaffaroni, ante ao inquestionável entrelace existente entre a criminologia e a política criminal, questiona mesmo a distinção conceitual entre tais institutos, eis que “todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política”³⁷.

Nessa linha, a melhor compreensão observa ser a criminologia a capacidade de interpretação da realidade criminológica, enquanto que a política criminal tem por principal objeto a transformação, o aprimoramento da funcionalidade do sistema penal.

Cumprе salientar, no contexto da política criminal, aquela que é definida como a missão a ser cumprida pelo direito penal. Em verdade, importa estabelecer a diferença entre a finalidade prática do direito penal e a finalidade prática da pena.

Com efeito, tem-se, ao menos teoricamente, os fins do direito penal e os fins da pena em simetria de objetivos. No entanto, de fato, denota-se a diferenciação entre as interfaces da pena e do direito penal e sua atuação perante o indivíduo e a sua inserção social.

Nessa linha, Batista reitera que a finalidade do direito penal visa à defesa da sociedade, protegendo bens e valores a partir de um cunho social positivo, ou seja, um cunho preventivo, com foco no criminoso em um momento anterior à prática criminosa. Noutro ponto, a pena teria a função meramente retributiva do mal do crime, bem como função reintegrante para com o criminoso em relação à sociedade (cuja efetividade se revela, com razão, questionável),

³⁷ZAFFARONI, Raul Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, 1989. P.177 *apud* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 34.

dotada de um sinal social negativo, vinculado a um indivíduo criminoso em momento posterior à prática delitiva.³⁸

Nesse ponto em particular, Batista enuncia, *verbis*:

[...] a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fons da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.³⁹

Nessa senda, insta observar o atrelamento dos bens jurídicos ora protegidos pelo direito penal e as ferramentas utilizadas pelo sistema penal aos interesses fundamentais da camada dominante da sociedade. Sendo assim, ressalte-se verdadeira maquiagem empregada pela sociedade civil no que se referem aos pressupostos e objetivos da existência do direito penal.

Tal hipótese se verifica no instante em que se procede à análise do caráter classista inerente às relações penais, de fato, Cirino dos Santos enuncia que o direito penal detém como pressupostos fundamentais as noções de unidade social, de identidade e igualdade de classes e liberdade individual.

No entanto, em que pese o estabelecimento de tais pressupostos como objetivos oficiais da legislação e do sistema penal, tem-se que, em verdade, em uma sociedade predominantemente classista, tais institutos penalizantes sempre, sem exceção, visarão à proteção dos valores escolhidos pela classe dominante, ainda que mascarados sob o manto da universalidade.⁴⁰

Por todo o exposto, Foucault assevera, a fim de desmistificar a missão secreta do direito penal, que o estudo da política criminal deve obedecer a quatro regras gerais, quais sejam:

- 1) Não centrar o estudo dos mecanismos punitivos unicamente em seus efeitos “repressivos”, só em seu aspecto de sanção, mas recoloca-los na série completa dos efeitos positivos que eles podem induzir, mesmo se à primeira vista são marginais. Consequentemente, tomar a punição como uma função social complexa.
- 2) Analisar os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que

³⁸BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 111.

³⁹BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 112.

⁴⁰BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 116.

têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder. Adotar em relação aos castigos a perspectiva da tática política.

3) [...] colocar a tecnologia do poder no princípio tanto da humanização da penalidade quanto do conhecimento do homem.

4) Verificar se esta entrada da alma no palco da justiça penal, e com ela a inserção na prática judiciária de todo um saber “científico”, não é o efeito de uma transformação na maneira como o próprio corpo é investido pelas relações de poder.⁴¹

Em suma, deve-se observar o direito penal e a política dos métodos punitivos a partir de uma noção evolutiva norteada pelas relações de poder e dos interesses da ideologia dominante por sobre os corpos marginais.

Cumpram ressaltar a própria mudança no perfil das reprimendas estatais, ao passo em que o perfil das condutas tipificadas evoluiu na mesma proporção do desenvolvimento socioeconômico, de forma que os bens jurídicos protegidos sofreram mutações significativas de acordo com a relação social predominante.

Rushe e Kirchheimer, a fim de corroborar tal ponto de vista, relacionam diversos regimes punitivos ao longo da história aos sistemas de produção em que se inserem. Desse modo, constatam o papel obreiro (no sentido de que seu principal objetivo seria o de aproveitar os apenados enquanto mão-de-obra suplementar) dos mecanismos punitivos inseridos em um sistema econômico servil; ao passo em que, em um sistema feudal, observar-se-ia a um brusco crescimento dos castigos corporais; em seguimento, nas economias predominantemente comerciais, cujo sistema exige a manutenção de uma mão-de-obra livre, presenciáramos a aplicação das detenções corretivas.⁴²

Trazendo tal correlação para a realidade brasileira, observa-se, também, a vinculação dos métodos punitivos ao sistema econômico. Exemplifica-se tal vinculação na medida em que o escravismo utilizava-se das penas corporais, bem como o capitalismo utiliza-se da conservação útil do apenado, na medida em que cerceia sua reinserção social na medida correta para que se mantenha a segregação social entre a classe dominante e a classe dominada.

Cumpram observar, nessa linha, que tal relação entre os métodos punitivos e o sistema político-econômico é no que se consubstancia a denominada

⁴¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007. p. 23.

tecnologia política do corpo ou, nas palavras de Baratta, a concepção materialística ou político-econômica da pena.

Por tudo isso Foucault observa a sujeição do corpo do apenado ao campo político e às relações de poder intrinsecamente relacionadas à utilização e ao aproveitamento econômico do criminoso. Em síntese, para o poder dominante, o corpo do apenado só se torna útil nas hipóteses em que a sua submissão o torna produtivo para o próprio regime.⁴³

Portanto, impende que se considere os mecanismos penais como verdadeira partícula integrante da anatomia política, como peça integrante da estratégia da relação de poder-saber decorrente da estratificação social.

Nessa linha, Michel Foucault assevera haver verdadeiro “esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos”⁴⁴, o que preceitua a adaptação dos instrumentos encarregados de vigiar o comportamento, a atividade e a identidade dos indivíduos.⁴⁵

Com efeito, no que tange ao instituto jurídico objeto do presente estudo, qual seja o princípio da co-culpabilidade, temos que esse tem por fim precípuo mesmo a transformação na orientação político-criminal brasileira, mormente no que se refere aos critérios de seletividade do Direito Penal e na busca da consolidação do Direito Penal Mínimo.

Posto isto, tem-se “a orientação político-criminal vigente como reflexo da ideologia política, sociológica e filosófica da classe dominante em um determinado momento histórico, o que, atualmente, observa-se na forma oblíqua da igualdade fictícia meramente formal”.⁴⁶

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli, *verbis*:

⁴²RUSCHE, G. & KIRCHHEIMER, O. *Punishment and Social Structures Apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007.

⁴³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 25.

⁴⁴FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 66.

⁴⁵Idem.

⁴⁶MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 106.

[...] o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas. No século XIX, Marx viria sustentar que o direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas.

Nesse contexto, tem-se que o Direito Penal, na atual conjuntura político-criminal, tem por característica a sua atuação seletiva e excludente com relação aos indivíduos que não se encaixam nos padrões estabelecidos pela classe social e economicamente dominante. Daí se põe legítima a conclusão pela instrumentalização do Direito como meio para a manutenção da estratificação social.⁴⁷

Pelo que leciona Juarez Cirino dos Santos, *verbis*:

[...] depois desses momentos decisivos da história do Direito Penal e da Criminologia, não é mais possível explicar a prisão pela ideologia penal, expressa na teoria polifuncional da pena criminal como retribuição, prevenção especial e prevenção geral do crime; igualmente, não é mais possível explicar a pena criminal pelo comportamento criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e consumo social, realizada pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão); enfim, também não é possível explicar o crime pela simples lesão de bens jurídicos, porque exprime a proteção seletiva de valores do sistema de poder econômico e político de formação social. Ao contrário, somente a lógica contraditória da relação social fundamental capital/trabalho assalariado pode explicar a proteção seletiva de bens jurídicos pelo legislador, a criminalização seletiva de sujeitos com indicadores sociais negativos e, finalmente, a prisão como instituição central de controle social formal da sociedade capitalista.⁴⁸

Isso para demonstrar o descompasso entre o discurso oficial, institucionalizado, e a realidade fática das finalidades do Direito Penal, desmistificadas na medida em que revelado o seu pressuposto de controle social e marginalização controlada do indivíduo pelo sistema punitivo como forma de manipular o quadro socioeconômico e garantir o adimplemento dos interesses pertinentes à classe dominante.

Outrossim, tem-se o princípio da co-culpabilidade como elemento de contraposição ao multicitado caráter seletivo do Direito Penal, na medida em que promove uma análise equânime e justa da reprovação social e penal imposta ao agente da conduta criminosa, observada a co-responsabilização do Estado e da

⁴⁷MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 107.

⁴⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena** Apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 109.

sociedade na medida da sua culpa reflexa, corroborando, pois, os pressupostos de aplicabilidade da culpabilidade material e, via de consequência, da igualdade material.⁴⁹

⁴⁹MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 109.

2 DA CULPABILIDADE

Do exposto pelo capítulo anterior, denota-se que o crime, antes de ser mera construção dogmático-normativa, é um fato social valorado em um contexto histórico-cultural determinado.

Por sua vez, o desenvolvimento do instituto da culpabilidade, porquanto elemento integrante do conceito analítico de crime, encontra-se intimamente relacionado a uma noção de responsabilidade penal. Com efeito, o entendimento do que se compreende por culpabilidade está diretamente vinculado ao processo de produção e evolução histórica da responsabilização pelo injusto penal.

Nesse sentido, para que se compreenda a extensão da culpabilidade da sociedade organizada, impõe-se a noção de culpabilidade circunstanciada/contextualizada.

Com efeito, não há que se falar em culpabilidade como mero juízo abstrato de reprovação, eis que recai sobre o intérprete do Direito o dever de ter em conta, quando da mensuração do juízo de censura penal, o agente da conduta como sujeito de direitos inserido em uma realidade específica no que diz respeito aos influxos sociais e ao meio ambiente em que vive e convive.

2.1 DA CULPABILIDADE ENQUANTO ELEMENTO DO CRIME

Tiberio Deciano, jurisconsulto italiano, primeiro teórico a estabelecer uma formulação sistemática do delito, definiu o crime como o “fato humano proibido por lei, sob ameaça de pena, para o qual não se apresentava justa causa para a escusa”⁵⁰.

Von Liszt, por sua vez, conceitua o crime como “o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trata de delicto civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao direito”⁵¹.

⁵⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. V. III*. Buenos Aires, Ediar. 1981.

⁵¹LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Apud MARQUES, Márcio R. *A teoria do crime*. 2008.

Não obstante, é cediço que a doutrina moderna subdivide o conceito de crime sob três aspectos, o material, o formal e o analítico, os quais serão analisados detidamente adiante.

A definição material de crime consiste na busca da essência do fato criminoso, ou seja, a razão pela qual determinado fato é enquadrado sob a ótica criminosa e outro não. Nesse diapasão, tem-se o crime como “todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”⁵².

Já em seu aspecto formal, o crime consiste na mera subsunção da conduta praticada ao tipo legal. Nesse passo, considera-se infração penal tudo aquilo que estiver previsto em lei como tal, sem que se proceda qualquer cotejo principiológico com relação à conduta analisada, e é sobre o limitado alcance do prisma formal do crime que recai a crítica levada a efeito pela doutrina.

Noutro lado, com o fito de definir com maior exatidão o conceito de crime e obter uma análise satisfatória dos elementos e caracteres inerentes à uma conduta considerada criminosa, desenvolveu-se o conceito analítico ou estratificado do crime.

Daí se edificou a concepção tripartida do crime, estabelecendo como elementos estruturais ao conceito de crime as figuras da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Tal forma de pensar se mostra mais adequada a uma análise ampla e embasada na finalidade da conduta praticada, no sentido de configurar ou não crime na forma da lei.

Nessa senda, Assis Toledo toma partido pela adoção da concepção tripla do crime, *verbis*:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe à perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou

⁵²CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 113.

antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.⁵³

Neste encaixo segue a doutrina majoritária, encabeçada por nomes como Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Anibal Bruno, Nelson Hungria, Juarez Tavares, Guilherme de Souza Nucci, Rogerio Greco, Hans Welzel, dentre outros.

2.2 TEORIA E CONCEITO DA CULPABILIDADE

Fernando Capez simplifica a noção de culpabilidade traçando linhas gerais acerca do tema e definindo a culpabilidade como “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal [...] juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito”⁵⁴.

Com razão Nilo Batista conceitua, em linhas gerais, o princípio da culpabilidade como “o repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”.⁵⁵ Nesse compasso, a doutrina, corretamente, associa o princípio da culpabilidade como o comando principiológico que pressupõe a cominação de pena tão somente nas hipóteses em que a conduta do sujeito ativo seja reprovável.

Ademais, Batista assinala a “reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena”⁵⁶.

Nesse contexto, tem-se a culpabilidade como forma de censura exercida pelo poder punitivo estatal por sobre o autor e a sua conduta típica e ilícita.⁵⁷

⁵³TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo, Saraiva. p. 80.

⁵⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 299.

⁵⁵BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007. p. 103.

⁵⁶Idem.

⁵⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 300.

Nesse diapasão, subdivide-se a culpabilidade em duas vertentes doutrinárias, quais sejam: *a)* culpabilidade do autor, que sustenta ser relevante aferir a culpabilidade a partir do sujeito ativo do delito, devendo a reprovação ser estabelecida em função do caráter do agente, de sua personalidade, antecedentes, conduta social e motivos que o levaram à prática criminosa; e *b)* culpabilidade do fato, corrente majoritária que reza pela censurabilidade por sobre o fato praticado, o comportamento humano criminoso e a gravidade da conduta praticada.⁵⁸

Não menos importante, presente está a culpabilidade em momento posterior, qual seja a dosimetria da pena a ser cominada em desfavor do sujeito ativo da conduta criminosa, hipótese em que tal vertente principiológica diz respeito, segundo Capez, à “verificação da intensidade da resposta penal [...]. Quanto mais censurável o fato e piores os indicativos subjetivos do autor, maior será a pena”⁵⁹, o que impõe a censurabilidade sob duplo enfoque, do autor e do fato.

Cumprido observar, pois, o caráter subjetivo ora imposto por sobre a responsabilidade penal quando da aplicação do princípio da culpabilidade. Contextualiza-se, portanto, a responsabilidade penal subjetiva como decorrência natural da culpabilidade inerente à conduta do sujeito ativo.

2.2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ressalte-se que a noção moderna de culpabilidade é fruto de um longo processo de evolução teórico-científico, tendo como ponto de partida o próprio caráter social das relações penais-punitivas ao longo do desenvolvimento da sociedade humana.

Inicialmente, em um período primitivo do Direito Penal, tem-se a pena como “mero caráter de defesa social”⁶⁰, devendo o infrator ser punido como mera forma de satisfação divina, não havendo qualquer grau de aferição da culpa do

⁵⁸Idem.

⁵⁹Ibidem.

⁶⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 301.

agente, bastando a existência de nexos causal entre a conduta praticada e o resultado. É o que se convém chamar de vingança social.

Noutro ponto, ainda que em um contexto primitivo do poder punitivo, verifica-se, a partir do estabelecimento da Lei de Talião, além da codificação e tipificação penais (o que veio a gerar, ainda que de forma embrionária, o princípio da anterioridade penal), a personificação da pena e sua proporcionalidade em relação à agressão. No entanto, ainda que individualizado o caráter disciplinar da pena, a responsabilidade pela conduta mantinha seu cunho objetivo, bastando para sua caracterização a existência de nexos causal entre a conduta praticada e o resultado ocasionado.

O Direito Romano, por sua vez, marca grande evolução da teoria da culpabilidade, culminando na garantia da responsabilização subjetiva da conduta, além da manutenção da personalidade da aplicação da pena.

Outrossim, ainda que em simultaneidade histórica em relação ao período romano, o Direito Germânico partia de pressupostos absolutamente antagônicos com relação ao poder punitivo, não havendo que se falar em subjetividade da responsabilidade penal. De fato, a pena era justificada como forma de vingança de sangue (*blutrache*) e parcialmente limitada à pessoa do transgressor, podendo, inclusive, transpor a pessoa do agente delitivo, tudo isso para que fosse mantida a disciplina perante a sociedade.

Já no contexto histórico da Idade Média, ante a influência cristã, a justiça, utilizando-se dos preceitos bíblicos, estabelece a justiça como corolário do livre-arbítrio outrora concedido em favor do ser humano, sendo a conduta criminosa conceituada como o “pecado derivado da vontade humana”⁶¹. Tal entendimento corrobora os critérios de subjetivação da responsabilidade e proporcionalidade da pena cominada, rejeitando a punição ao sujeito ativo que não age imbuído de dolo, culpa, ou, ainda, de modo reprovável ao ocasionar o resultado danoso.

Daí em diante, verifica-se que o Direito Penal associado ao Período Moderno é marcado pela humanização das penas (relativizado devido ao próprio

⁶¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 302.

desenvolvimento sócio-econômico e a evolução pertinentes aos fins do sistema punitivo estatal), consolidando, em definitivo, a individualização da relação penal perante o Estado.

Em contrário, tem-se a Escola Positivista, sedimentada, sobretudo, na Itália do século XVIII e início do século XIX, tendo como maiores expoentes Lombroso, Ferri e Garofalo, os quais defendiam, em suma, a incidência criminosa derivada de fatores biológicos, sendo a pena uma espécie de remédio social aplicável aos seres humanos biologicamente deformados, os chamados criminosos-natos.

Determinado o avanço teórico e a aplicação prática da culpabilidade, observa-se, diante de todo o exposto, tem-se o instituto da culpabilidade como requisito para que se possa cominar pena a determinado agente. Nesse ponto, Capez assevera ser a culpabilidade fundada na “possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado”.⁶²

2.2.2 TEORIA DA CULPABILIDADE

Cezar Roberto Bittencourt preceitua acertadamente que “Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados”⁶³. Nessa linha, impõe-se a adequação da sanção penal ao contexto sócio-econômico e aos interesses políticos vigentes durante a atuação do sistema penal em determinado Estado.

Nessa esteira, ao modificarem-se os sistemas econômicos e as finalidades políticas de determinado Estado, modifica-se, via de consequência, a forma de atuação dos seus institutos sancionadores, bem como a aplicação da pena, o que enseja a adaptabilidade das teorias da culpabilidade ao longo dos tempos, como visto no capítulo anterior.

⁶²CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 303.

⁶³BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo, Saraiva. p. 111.

Por tudo isso, estabelecida a atuação do sistema penal e do Direito Penal como espécie de termômetro do momento político, social e econômico de determinado Estado, surgem, até para explicar a relação existente entre as penas e o agente, diversas teorias acerca do instituto da culpabilidade, quais sejam as analisadas a seguir.

2.2.2.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Reflexo da situação experimentada pelo Estado Alemão do início do século XX, tendo como grandes expoentes Von Liszt e Beling, a Teoria Psicológica da Culpabilidade enuncia haver um nexó psíquico entre a conduta praticada e o resultado alcançado. Tal nexó, pelo que preceitua a teoria ora analisada, consubstancia-se exclusivamente no dolo ou na culpa, ou seja, na vontade de praticar a conduta e provocar o resultado, e na previsibilidade do resultado atingido, respectivamente.

Isso porque a culpabilidade, pela Teoria Psicológica da Culpabilidade, seria o elemento subjetivo da conduta criminosa enquanto a ação consistiria no seu elemento objetivo, de forma que o único pressuposto exigível para que fosse responsabilizado o agente é a imputabilidade penal e a incidência de dolo ou culpa na conduta levada à efeito.⁶⁴

Outrossim, a teoria em tela encontra-se definitivamente superada pela doutrina moderna, tendo a mencionada orientação enfrentado diversas críticas, dentre as quais merecem destaque as seguintes: a) a impossibilidade de se condensar os conceitos de dolo e culpa no instituto da culpabilidade⁶⁵; b) não haveria razoabilidade na exclusão da culpabilidade nos casos em que se verifica a coação moral irresistível ou, ainda, obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal, nas hipóteses em que o agente é imputável e agiu com

⁶⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 304.

⁶⁵Nessa linha, Damásio de Jesus preceitua “se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um mesmo denominador comum, qual seja a culpabilidade”. *Apud* JESUS, Damário E.. **Direito Penal, vol.1**. 32 ed. São Paulo, Saraiva. p. 458.

dolo⁶⁶; e c) a crescente manifestação doutrinária pela inclusão do dolo dentre os elementos integrantes da conduta, afastando-o da culpabilidade.

Diante das críticas supra relacionadas, a referida teoria da culpabilidade, com forte embasamento no sistema naturalístico-causal da ação, termina por não alcançar a sua finalidade, sendo acossada pela doutrina e repudiada pela jurisprudência e pelo sistema punitivo estatal, na medida em que foi relegada em detrimento de outros entendimentos acerca dos elementos, objetivos e subjetivos, constituintes da psicologia do agente e da conduta criminosa.

2.2.2.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Tendo sua divulgação sido levada a cabo, principalmente, por Reinhard Frank, em meados de 1907, a teoria normativa da culpabilidade coroa, enquanto requisitos para a culpabilidade, outros institutos além do dolo, da culpa e da imputabilidade.⁶⁷

Com efeito, tal contexto teórico visa à demonstrar logicamente as situações em que a punição se mostrava impossível, ainda que a atuação do agente da conduta tenha sido levada a efeito com dolo ou culpa e a imputabilidade penal. Nesse diapasão, tem-se a figura da coação moral irresistível, na qual o agente, ainda que atue com dolo ou culpa e seja penalmente imputável, não pode ser punido.

No mesmo particular, tem-se a adequação da teoria psicológico-normativa aos então novos pressupostos para a aferição da culpabilidade, quais sejam a imputabilidade, o dolo e a culpa, e a exigibilidade de conduta diversa, o que consolida o instituto da culpabilidade como conceito complexo por meio do qual se verifica a presença não somente do dolo ou da culpa enquanto elementos constitutivos, mas também a própria reprovabilidade da conduta. Capez sintetiza

⁶⁶CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 305.

⁶⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 305.

com maestria ao afirmar que “em síntese, só haverá culpabilidade se: o agente for imputável; dele for exigível conduta diversa; houver culpa”⁶⁸.

Noutro lado, mesmo no campo do dolo se experimentam modificações conceituais na medida em que o seu conteúdo normatiza-se ao ponto em que deposita seu foco na consciência atual da ilicitude da conduta praticada, nas palavras de Capez, “o conhecimento de que a ação ou omissão é injusta aos olhos da coletividade”⁶⁹. Nesse passo, também se verifica a culpabilidade do agente na hipótese em que este é imputável, dele for exigível conduta diversa e coexistir a vontade de se praticar um fato, desde que consciente do seu antagonismo ao ordenamento jurídico⁷⁰.

Isso porque a análise dos liames psicológicos entre o agente que pratica a conduta e a própria conduta passa, portanto, a ser realizada sob um prisma estritamente normativo, incumbindo ao sistema punitivo a realização do juízo de censura por sobre a conduta infracional, a fim de configurar, ou não, seu caráter ilícito.

Não obstante, em que pese todo o avanço teórico acerca da culpabilidade e dos seus requisitos de aplicação pelo sistema punitivo estatal, tal corrente doutrinária enfrentou forte crítica no que diz respeito à suposta ignorância quanto ao enquadramento do dolo e da culpa como elementos da conduta e não da culpabilidade.⁷¹ Nessa linha, em que pese a tentativa de normatização do dolo e da culpa *stricto sensu*, a doutrina entende ambos os institutos como fenômenos psicológicos, o que acarreta diferença incontornável na natureza de ambos os institutos em relação ao próprio conceito de culpabilidade.

2.2.2.3 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

Marcada por acompanhar os ditames da teoria finalista da ação em meados da década de 1930, tem em Hartmann e Welzel seus maiores defensores.

⁶⁸Idem.

⁶⁹Ibidem.

⁷⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 306.

O entendimento da teoria em comento parte do pressuposto de que o dolo e a culpa não podem, por sua própria natureza, estar contidos no juízo de culpabilidade, eis que o elemento intencional da ação seria inseparável da própria ação.

Com efeito, Welzel preconizou a referida Teoria Finalista da ação com vistas à inserir a intenção e a finalidade da conduta no cerne da censurabilidade, sendo a culpabilidade compreendida como o próprio juízo de censura exercido quando a ação praticada, desde que voltada para um determinado fim, enquadrar-se naquilo que seria socialmente inadequado, de acordo com o ordenamento normativo.

Nesse contexto, observa-se que os termos da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade rezam pela integração dos institutos do dolo e da culpa à própria conduta humana, ao passo em que a culpabilidade passa a deter prisma puramente normativo, consubstanciando-se no juízo de valor e reprovação que recai sobre o agente da conduta injusta.⁷²

Isso posto, conclui-se que a teoria normativa pura modifica a estrutura do instituto da culpabilidade, ao passo em que desloca o dolo natural (consciência e vontade) para a conduta, para o fato típico, enquanto que estabelece a imputabilidade penal, a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude enquanto elementos autônomos e integrantes da culpabilidade.⁷³

Cumprido salientar, pois, que o Código Penal Brasileiro adota a chamada teoria limitada da culpabilidade, diretamente derivada da teoria normativa pura da culpabilidade, tendo como principais características as figuras das discriminantes putativas (art. 20, §1º e art. 21, ambos do Código Penal), sendo que aquelas que recaem sobre situações fáticas consubstanciam-se em erro de tipo e aquelas que

⁷¹Nessa linha crítica, Damásio ensina que “a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está na cabeça do réu”. *Apud* JESUS, Damário E.. **Direito Penal**, vol.1. 32 ed. São Paulo, Saraiva. p. 458.

⁷²CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 306.

⁷³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 307.

recaem sobre a existência de causa de justificação consubstanciam-se em erro de proibição.⁷⁴

2.2.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

De acordo com o que preceitua a Teoria Normativa Pura da culpabilidade complementada pela teoria limitada da culpabilidade, cujos fundamentos são coroados pelo Código Penal Brasileiro, tem-se como elementos constitutivos da culpabilidade, conforme anteriormente mencionado, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Nesse compasso, para que se compreenda a amplitude dos conceitos supra, impõe-se uma análise detida de cada um daqueles, sob o prisma do entendimento doutrinário e jurisprudencial moderno.

2.2.3.1 IMPUTABILIDADE

Fernando Capez conceitua a imputabilidade como a “capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”⁷⁵. Nessa linha, diz-se que o agente deve ter condições físicas e psíquicas de compreender a determinação legal e a transgressão cometida.

Na mesma linha, Heleno Cláudio Fragoso define a imputabilidade como “a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”⁷⁶.

De forma sintética Damásio esgota o conceito de imputabilidade ao professar o instituto como “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”⁷⁷.

⁷⁴Idem.

⁷⁵Ibidem.

⁷⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 197.

⁷⁷JESUS, Damário E.. **Direito Penal, vol.1**. 32 ed. São Paulo, Saraiva. p. 467.

Isso estabelece a imputabilidade como o juízo de valor exercido por sobre o controle da vontade do agente por ele mesmo, aliado à capacidade de entendimento da norma posta.

Com efeito, tem-se que a imputabilidade é verificada em dois momentos distintos, o que caracteriza o seu caráter dúplice, apresentando-se, por um lado, em um aspecto intelectual, consistente na capacidade de discernimento acerca da ilicitude da conduta praticada, e, noutro lado, em um aspecto volitivo, consubstanciado no controle sobre a vontade específica pelo agente. Welzel, por sua vez, é definitivo ao estabelecer o caráter dúplice da imputabilidade, composta pela capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme ao sentido, ao passo em que somente verificados ambos os elementos, em conjunto, se verifica a imputabilidade.⁷⁸

Nesse diapasão, tem-se que a imputabilidade não é diretamente prevista pelo Código Penal Brasileiro, sendo a sua aplicação obtida por exclusão, na medida em que considera-se todo agente imputável, exceto na hipótese em que se verifique a ocorrência das causas dirimentes.⁷⁹

Isso porque o Código Penal, em seu artigo 26, *caput*, adotou dois critérios, em conjugação, a fim de concluir pelas hipóteses de inimputabilidade do agente por fatores biopsicológicos, quais sejam: a) a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico); e b) a incapacidade plena de, ao praticar a conduta, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁸⁰

Em sentido contrário à adoção do chamado critério biopsicológico, verifica-se, pela análise dos termos do Artigo 27 do Código Penal, o qual, ao preceituar a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, coroa a inimputabilidade penal por imaturidade natural ocorrida em virtude de presunção legal absoluta, o que estabelece o critério biológico como pressuposto da

⁷⁸WELZEL *Apud* CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 308.

⁷⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p 309.

⁸⁰Nessa linha, entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 33401/RJ, Min. Félix Fischer, 5º T., DJ 3/11/2004, p.212).

capacidade penal, em contraponto à predominante duplicidade normatizada pela conjugação do referido critério biológico e do critério psicológico.

2.2.3.2 POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Cumprido observar que, além da imputabilidade, configura elemento integrante da culpabilidade a potencial consciência da ilicitude, a qual consubstancia-se na possibilidade de que o agente venha a conhecer o caráter ilícito do fato praticado.

No que se refere aos reflexos da potencial consciência da ilicitude por sobre a exclusão da culpabilidade, tem-se que, da mesma forma que a imputabilidade é mitigada e até mesmo extinta em decorrência da impossibilidade de o agente compreender o caráter ilícito da conduta ou, ainda, de determinar-se com finalidade criminosa ao praticar a referida conduta, impõe-se seja relativizada a censura exercida por sobre aquele que, mesmo imputável nos termos da Lei, age desprovido da consciência da ilicitude da conduta praticada, incorrendo no chamado *erro de proibição*.

Com efeito, ainda que a alegação de desconhecimento da lei seja insubsistente pelo que definem os dispositivos legais contidos nos artigos 21 do Código Penal e 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, até mesmo para que seja garantida a manutenção da ordem jurídica e do equilíbrio emanado pelo direito constituído, impõe-se o reconhecimento do instituto penal do erro de proibição.

Nessa linha, o erro de proibição é reflexo direto da ignorância ou da errada compreensão da lei, pelo que é conceituado como aquilo que leva o agente a supor, erroneamente, que certa conduta injusta seja justa, fazendo com que este pratique conduta que, em verdade, é vedada pelo ordenamento normativo.⁸¹

⁸¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 323.

Francisco de Assis Toledo preconiza o erro de proibição como aquele em que “consiste em um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade”⁸².

Nesse diapasão, leva-se em consideração o ambiente em que o agente viveu, o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, a sua formação cultural, seu nível intelectual, as experiências acumuladas por ele ao longo da vida, dentre diversos outros fatores pertinentes ao estabelecimento da potencial consciência da ilicitude, ou seja, pertinentes à avaliação das possibilidades de o agente saber se fazia algo errado ou injusto.⁸³

Portanto, insta observar que o erro de proibição, ainda que sempre exclua a atual consciência da ilicitude, nem sempre elimina a potencial consciência. Impera, pois, a verificação do erro de proibição em sua modalidade inescusável, que implica na inexistência da potencial consciência da ilicitude e, via de consequência, na exclusão da culpabilidade, isentando o agente de pena.

2.2.3.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Último elemento estudado no presente trabalho necessário para que seja caracterizada a culpabilidade, preconiza a configuração da culpabilidade na medida em que se verifica uma normalidade circunstancial.

De fato, a exigibilidade de conduta diversa é corolário da teoria da normalidade das circunstâncias, de Frank, a qual estabelece que, para que alguém seja responsabilizado pela prática de conduta penalmente injusta, é necessário que esta tenha sido levada a cabo em condições normais, em hipóteses em que a própria coletividade espera do sujeito a sua atuação diferenciada⁸⁴.

Nestes termos, tem-se que a exigibilidade de conduta diversa estabelece a punição tão somente para aquelas condutas praticadas, em situações

⁸²TOLEDO, Francisco de Assis *Apud* CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 323.

⁸³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 326.

⁸⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 327.

normais, que poderiam ter sido evitadas, sendo que aquelas em sentido contrário não ensejam a censurabilidade do agente.⁸⁵

Com efeito, no ordenamento jurídico vigente se vislumbram duas hipóteses legais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, quais sejam a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. No mesmo sentido ainda que seja objeto de controvérsia jurisprudencial e doutrinária, merece destaque o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a existência de causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, na medida em que tal instituto configura princípio geral da culpabilidade, corolário da teoria finalista admitida pelo Código Penal Brasileiro.

⁸⁵CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008. p. 328.

3 DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

A origem etimológica da palavra princípio, do latim *principium*, diz respeito à base, origem, início. Nessa linha, tem-se o princípio, em Direito, como o fundamento em que se alicerçam e constroem os ordenamentos jurídicos dentro dos parâmetros gerais estabelecidos com vistas à conferir harmonia e coerência ao sistema jurídico vigente.⁸⁶

Nessa linha, Grégore Moura conceitua a co-culpabilidade como uma forma de *mea-culpa* da sociedade, na medida em que promove a humanização do sujeito ativo do delito, relativizando o juízo de censura exercido sobre a conduta praticada por este, *verbis*:

[...] a co-culpabilidade 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 de sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.⁸⁷

Na mesma direção, Zaffaroni e Pierangeli, *verbis*:

[...] há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'co-culpabilidade', com a qual a sociedade deve arcar.⁸⁸

Não menos importante, Juarez Cirino dos Santos elucida, *verbis*:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.⁸⁹

Com efeito, tem-se que o princípio da co-culpabilidade relaciona-se diretamente aos aspectos sociopolíticos pertinentes ao Direito Penal, ao passo em que é situado como a concretização dos valores da igualdade e da dignidade da

⁸⁶MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 7.

⁸⁷MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 1.

⁸⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1997. p. 613.

⁸⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. Curitiba, Revan. 2004. P. 265.

pessoa humana. De fato, observa-se o princípio da co-culpabilidade como uma das formas de se proteger os direitos fundamentais do ser humano, com foco especial sobre aqueles ligados ao direito de liberdade.

Nesse diapasão, denota-se da aplicação do Direito Penal, sobretudo postas as disparidades econômicas, culturais e sociais enfrentadas nas sociedades marcadas pela estratificação social endêmica aos meios de produção capitalistas, a incidência de um critério material, de cunho social e filosófico.

Cumpra observar, pois, o cunho crítico e filosófico inerente às análises da atuação do Direito Penal e do sistema penal no contexto social brasileiro, sobretudo aquelas impendidas com o fito de corroborar a incidência, ou a necessidade de incidência, do princípio da co-culpabilidade sob o enfoque técnico-sociológico, no intuito de combater o idealismo e a seletividade da norma e do sistema penal brasileiros.⁹⁰

No mesmo contexto, é certo o reconhecimento do princípio da co-culpabilidade como aquele que atribui ao Estado a corresponsabilidade na prática delitiva daqueles cidadãos por ele desamparados e dotados de menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias impostas pelo caso concreto, sobretudo no ensejo das condições sociais, econômicas e culturais do agente, o que impõe a relativização da reprovação social.

Desta forma, para que seja reconhecida a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade, impera o reconhecimento da exclusão social inerente ao sistema político-econômico adotado pelo Estado atualmente. Em verdade, há de se observar a imissão das classes mais favorecidas nas finalidades estatais desde os primórdios da socialização do ser humano, restando àqueles que compõe a base das camadas sociais, regra geral, a estigmatização penal.

Foucault elucida o rompimento do contrato social pelo infrator e a sua estigmatização pelo sistema penal, *verbis*:

Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo

⁹⁰MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 36.

da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. Coloca-se então o problema da “medida” e da economia do poder de punir.

Efetivamente a infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. Luta desigual: de um só lado todas as forças, todo o poder, todos os direitos. E tem mesmo que ser assim, pois aí está representada a defesa de cada um. Constitui-se assim um formidável direito de punir, pois o infrator torna-se o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade.

[...]

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade.⁹¹

Nessa linha, observa-se que a desproporção entre a figura do infrator e o castigo que a sociedade lhe impõe, eis que ausente qualquer moderação quanto aos efeitos que o poder de punir exerce por sobre o corpo do condenado. “A proporção entre a pena e a qualidade do delito é determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social”⁹²

Por isso, observa-se o problema enfrentado pelo direito penal e pelo sistema penal, a dicotomia da reação ao injusto penal. Deve o Estado visar à reconstituição do sujeito jurídico perante o pacto social, ou submeter os indivíduos aos mecanismos de controle social.

Dáí exsurge a necessidade da individualização, o que implica na melhor conformidade da pena cominada às características pertinentes a cada indivíduo, diante do que afirma-se que a individualização é o corolário da adaptação do sistema normativo penalizante.⁹³

Neste diapasão, pelo que preceituam os ditames da co-culpabilidade, a qualidade da vontade do infrator e o seu *status* social vincula a nocividade do delito, de modo que seja flexibilizado o sistema normativo aos seus sujeitos-fins,

⁹¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete.** 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 76.

⁹²FILANGIERI, G. *La Science de la legislation.* Apud FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete.** 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 78.

⁹³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete.** 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 83.

quais sejam os indivíduos infratores, observada a singularidade inerente a sua condição humana.⁹⁴

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

No que se refere ao surgimento da teoria pertinente ao princípio da co-culpabilidade, verificam-se três correntes que visam à delimitar sua origem histórica, as quais debatem-se a fim de estabelecer o surgimento da co-culpabilidade no século XVIII, por intermédio do iluminismo, no pensamento marxista-socialista, ou no início do século XX, por meio do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, Juiz *Magnaud*.

Em que pesem as críticas apresentadas em desfavor da corrente iluminista, alinha-se este trabalho monográfico à corrente teórica que estabelece a origem histórica da co-culpabilidade simultaneamente ao surgimento dos Estados Liberais, fundados nos ideais iluministas, mormente o contratualismo.⁹⁵

Nessa linha, indo ao encontro do que fora anteriormente mencionado em citação de Michel Foucault, Bitencourt tem o delito como forma de quebra do contrato social, na medida em que o Estado, em contrapartida, também promove a violação do multicitado pacto ao passo em que não observa seus deveres básicos consistentes em propiciar aos seus cidadãos condições de sobrevivência, segurança, desenvolvimento econômico, cultural, político e social para aqueles indivíduos integrantes de sua base territorial.⁹⁶

No entanto, a título de informação, elenca-se o fundamento teórico da corrente que estabelece o surgimento da co-culpabilidade por intermédio dos ideais marxistas, a qual critica o Estado, inclusive o Estado Liberal Iluminista, por, em tese, ser o criador de superestruturas ideológicas no intuito de fomentar a dominação das classes menos favorecidas pelo capital, eis que, ante ao individualismo exacerbado,

⁹⁴FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 84.

⁹⁵MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 43.

⁹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 7 ed. São Paulo, Saraiva. 2007. p. 47.

o Estado aprofundava as desigualdades sociais a fim de manter o controle social por sobre as classes ditas inferiores.⁹⁷

3.2 APERFEIÇOAMENTO TEÓRICO

Ora, em que pese a doutrina majoritária alinhe-se pelo surgimento da teoria do princípio da co-culpabilidade em decorrência do cunho ideológico sedimentado pelo pensamento iluminista do século XVIII, tem-se que esta desenvolveu-se e, mesmo, apropriou-se de alguns fundamentos inerentes a diversos excertos teóricos que visam à elucidar a questão social da aplicação penal e do desenvolvimento do sistema penal ao longo dos tempos, o que resultou no moderno conceito de co-culpabilidade penal.

Nessa linha, cumpre ao exegeta do sistema jurídico-normativo observar, conjuntamente, o desenvolvimento da já mencionada economia política do crime em conjunto com a própria individualização da conduta praticada, ainda que de forma breve, de forma a delimitar a proporção da culpa passível de ser atribuída ao agente, levada em consideração a sua situação econômica, cultural e social.

Nesse sentido, Jean-Paul Marat prima pelo reconhecimento da heterogenia dentre os infratores, razão pela qual impende observar a individualidade intrínseca à conduta adotada pelo apenado, a fim de visar à proporção específica da culpa atribuída ao criminoso, *verbis*:

De dois homens que cometeram o mesmo crime, em que proporção é menos culpado aquele que mal tinha necessário com relação àquele a quem sobrava o supérfluo? De dois perjuros, em que medida é mais criminoso aquele em que se procurou, desde a infância, imprimir sentimentos de honra com relação àquele que, abandonado à natureza, nunca recebeu educação?⁹⁸

A fim de comprovar a legítima incorporação teórica, ainda que em nuances diferenciadas, ao campo de atuação e incidência do princípio da co-culpabilidade com relação a demais excertos desenvolvidos ao longo dos tempos, cumpre salientar a obra de Enrico Ferri, um dos grandes expoentes da Escola

⁹⁷MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 42.

⁹⁸MARAT, Jean-Paul. *Plan de legislation criminelle* Apud FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhte. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 83.

Positiva Italiana do Direito Penal, vinculada à teoria da responsabilidade social, a qual guarda determinadas semelhanças com a co-culpabilidade, ainda que, em seu cerne, apresente diferenças vitais, senão vejamos, *verbis*:

Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado.⁹⁹

Isso estabelece, em síntese, a premissa fundamental da responsabilidade social de Ferri, pela qual se conclui que a mera socialização do indivíduo lhe acarreta a obrigação de observância das regras atinentes àquela sociedade em que se insere.¹⁰⁰

Nessa linha, verifica-se a primeira semelhança entre a teoria da responsabilidade social de Ferri e a teoria da co-culpabilidade, eis que ambas visam à aproximação do Direito Penal com a realidade fática, introduzindo a análise social do delito.¹⁰¹

Não obstante, ainda que guardem semelhanças nesse sentido, insta observar que a teoria da responsabilidade social diverge da co-culpabilidade na medida em que nega, peremptoriamente, o livre-arbítrio individual, eis que, até por força do apelo teórico da Escola Positivista Italiana, afirma que o comportamento humano é diretamente influenciado por características fisiopsíquicas, além do ambiente em que se insere o indivíduo sob análise.

Por sua vez, a co-culpabilidade estabelece o crime não como mero reflexo das características fisiopsíquicas do indivíduo aliadas a determinados fatores sociais, mas propõe a análise social do delito ocorrido em decorrência do próprio fator sociológico, impondo-se a relevância das condições socioeconômicas e do meio ambiente em que vive o delinquente, medida esta que, inclusive, auxilia na própria individualização da conduta praticada por ele.¹⁰² Isso porque, segundo a

⁹⁹FERRI, Enrico. *Apud* MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 48.

¹⁰⁰MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 49.

¹⁰¹Idem.

¹⁰²MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 49.

teoria da co-culpabilidade, a vontade do agente é marcada pelo livre-arbítrio, ainda que ferida pelas condições da sua vida em um caráter generalista.

Grégoire Moura ilustra tal assertiva didaticamente, *verbis*:

[...] Suponhamos que temos dois indivíduos, aos quais chamaremos de A e B. A é um indivíduo socialmente incluído e possui todas as condições favoráveis para ser um “bom” cidadão. B, ao contrário, vive em péssimas condições sociais, ou melhor, numa total miséria. Ambos têm dois caminhos a seguir: o da licitude ou o da ilicitude. Ocorre que no caso de A, os dois caminhos possuem a mesma distância, o seja, estão totalmente equilibrados. Já no caso de B, o caminho da ilicitude é mais curto, já que a todo momento ele é empurrado para o crime; logo, o poder de escolha é mais restrito, ou seja, para B é muito mais difícil seguir o caminho da licitude, pois há uma ‘força’ que o empurra para o outro lado – o caminho do crime [...].

Isso tudo corrobora a principal diferença enfrentada pelas teorias da responsabilização social e da co-culpabilidade, eis que aquela fundamenta-se na defesa dos direitos do Estado perante os direitos do indivíduo, enquanto que esta diz respeito, precipuamente, à defesa do homem perante o descumprimento dos deveres sociais atribuídos ao Estado.¹⁰³

No mesmo sentido, não se equivoca aquele que afirma haver influência da filosofia de Durkheim no que se refere à co-culpabilidade, isso devido, em verdade, à teoria da Anomia, a qual fora readaptada por Robert Merton no aspecto criminológico.

Com efeito, a Anomia de Durkheim preceitua o caráter funcional do crime, sendo este estabelecido como um fator de desenvolvimento social e necessário para o avanço das sociedades em geral, desde que devidamente controladas as suas taxas. Na hipótese em que se perde o controle por sobre as taxas da criminalidade, subsiste tão somente a ‘anomia’, ou seja, a perda de efetividade das normas e valores vigentes, ante à debilidade da consciência social.¹⁰⁴

Em sua vertente, Merton prega pela observância da anomia nos casos em que se verifica a crise normativa e/ou valorativa que aflige a coletividade em circunstâncias específicas reflexas de transições econômicas e sociais do Estado.

¹⁰³ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 50.

¹⁰⁴ *Apud* MOURA, Grégoire Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 50.

Nessa linha, Mannheim, *verbis*:

Quando se verificam graves crises econômicas ou em períodos de súbito e inesperado crescimento de poder e de riqueza, aqueles critérios sofrem rápidas e violentas fraturas, demorando por vezes, muito tempo até se encontrarem outros novos que os substituam. Este processo produz uma desorientação total dos apetites, que se subtraem ao controle da opinião pública e entram num estado de desregramento ou anomia.¹⁰⁵

No mesmo diapasão, Merton preconiza o sistema normativo como barreira ao acesso dos indivíduos como um todo aos objetivos culturais e pecuniários, o que acarreta às classes menos favorecidas uma maior exposição ao fator anômico, de desregulação normativa ante à crise, o que favorece o surgimento de focos de criminalidade no seio social.

Isso se dá, segundo Merton, na mesma proporção em que um sistema de valores culturais exalta determinados objetivos à população, sendo os meios para lograr tais conquistas restritos pela própria estrutura social em vigor, de modo que parte daquela população, na perseguição ao sucesso social e pecuniário, incorre no comportamento desviado, justificado, mesmo, pela verdadeiro descompasso entre a igualdade formal (ideal) e a igualdade material (real).¹⁰⁶

Nessa estrutura, o crime é encarado pelo delinquente como verdadeira ferramenta socializante, na medida em que atenuaria a desigualdade pecuniária e social impostas pela própria estratificação social e pelo desamparo do Estado com relação às classes localizadas nos degraus mais baixos da pirâmide social, na medida em que atenuaria a desigualdade de informação, a desigualdade cultura, a exclusão dos círculos de consumo, e assim por diante.¹⁰⁷

Cumprе observar, pois, o grau de responsabilização do Estado inadimplente pelo elevado grau de desequilíbrio entre os níveis sociais e pela oposição de barreiras ao alcance dos objetivos de sucesso, na via institucional, por todos os indivíduos integrantes da sociedade.

Vale ressaltar que tal inadimplência não exsurge acidentalmente, posto que é verdadeiro interesse das classes dominantes a existência de uma classe

¹⁰⁵MANNHEIM, Hermann. Criminologia Comparada. *Apud* MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p 51.

¹⁰⁶MERTON, Robert K. Sociologia, teoria e estrutura. *Apud* MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 52.

dominada, essencialmente submissa e díspar na medida em que se consuma a estratificação social e se opera o maquinário estatal. Em suma, o Estado e as camadas dominantes precisam, para a manutenção do sistema político-econômico, da subsistência provida por uma camada dominada e submissa aos seus ditames normativos e institucionais.

Empregando o contexto teórico da disciplina, aliado ao fenômeno do poder de regulamentação, tem-se verdadeira ferramenta individualizante, no sentido em que busca regular e normatizar os desvios em medidas predeterminadas. Nessa linha, observa-se que a regulamentação, ainda que direcione o poder perante todos em uma espécie de igualdade formal, introduz uma gradação das diferenças individuais perante os desvios penais.¹⁰⁸

Nessa linha, Merton afirma que a pressão anômica é o principal fator que leva as classes subordinadas ao desvio do rumo institucionalizado na sua adaptação individual pelo adimplemento dos objetivos de sucesso. Em outras palavras, o indivíduo submisso inova nos meios empregados para alcançar o sucesso, desprezando os meios institucionalizados em detrimento dos meios ilegítimos e criminosos¹⁰⁹, *verbis*:

[...] A grande ênfase cultural sobre a meta de êxito estimula este modo de adaptação através de meios institucionalmente proibidos, mas frequentemente eficientes, de atingir pelo menos o simulacro de sucesso – a riqueza e o poder. Esta reação ocorre quando o indivíduo assimilou a ênfase cultural sobre o alvo a alcançar sem ao mesmo tempo absorver igualmente as normas institucionais que governam os meios e processos para o seu atingimento.

Escorreita, pois, a conclusão de Grégore Moura pelo que afirma ser “a co-culpabilidade o conseqüente reconhecimento legal e necessário da teoria criminológica de Merton”¹¹⁰. Moura congrega o entendimento de Merton aos fundamentos do princípio da co-culpabilidade, justificando os desvios criminais daquela parcela populacional atingida com maior intensidade pelas pressões

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007 p. 154.

¹⁰⁹MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 53.

¹¹⁰MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 53.

anômicas, sendo tal comportamento decorrente de dois elementos: a) a normalidade do uso dos meios ilegítimos; e b) a diminuição da consciência da ilicitude.¹¹¹

Imiscuindo tais elementos, tem-se a normalidade do uso dos meios ilegítimos como tendo relação direta ao meio ambiente em que o indivíduo está inserido. Em síntese, diz respeito à ausência de reprovação a um determinado comportamento, em função da inversão de valores ocasionada pela usualidade e habitualidade da prática criminosa em determinado contexto social, o que, em verdade, acaba por legitimar, ou ao menos minorar a reprovação penal, de fato uma conduta ilegítima de direito.

Daí, Moura indaga, *verbis*:

[...] por que a pessoa desse grupo deve ter a mesma reprovação social e penal daquele que sempre teve acesso aos meios legítimos para atingir os objetivos culturais e sofre, com efeito, menor pressão da sociedade?¹¹²

Nessa linha, há de se contrapor a igualdade formal, que não leva em consideração elementos fáticos inerentes ao seio social, notadamente as tensões sociais e a estratificação de classes, em relação à igualdade material, em sentido oposto, que restaria renegada na hipótese de não se adequar o nível de reprovação social e penal às circunstâncias do indivíduo.

Por sua vez, a diminuição da consciência da ilicitude diz respeito à alienação das classes vulneráveis com relação aos meios institucionais. Tem-se que a opacidade do Direito é reflexo da ausência de atuação estatal quanto aos direitos e garantias fundamentais e a sua extensão aos cidadãos em geral. Ora, se o Estado é falho na tarefa de estender às classes subalternas o acesso aos direitos basilares do contrato social, que se dirá em relação ao conhecimento das normas jurídicas.

No mesmo contexto, preconiza Carlos María Cárcova, *verbis*:

Grandes contingentes sociais padecem em uma situação de postergação da pobreza ou do atraso que culmina por produzir situações de marginalidade e anomia. Isso implica, dentre outras coisas, no fato de que a mensagem normativa estatal não alcança, de fato, a periferia da estrutura social.

¹¹¹Idem.

¹¹²MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 54.

Pensemos este fenômeno como uma das principais fontes do desconhecimento. (tradução livre).¹¹³

Diante desse contexto, considerando a importância da avaliação das condições socioeconômicas e o nível de inclusão social do agente, e tendo em vista todo o caráter teórico inerente aos institutos supramencionados, tem-se como correto o reconhecimento da co-culpabilidade como verdadeiro instrumento de mitigação da reprovação penal ante a falta de acesso do cidadão comum aos meios institucionais e, propriamente, ao Direito.¹¹⁴

3.3 DA CO-CULPABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Da análise das características assumidas pela Constituição Federal de 1988, tem-se que a Carta Magna brasileira assume a forma escrita e predominantemente rígida. Daí se observa decorrer o princípio da supremacia constitucional, corroborando o modelo piramidal Kelseniano.¹¹⁵

Isto posto, tem-se que todas as normas infraconstitucionais devem observar os preceitos da Constituição da República, sendo tal adequação, em verdade, o fundamento de validade de todas as normas integrantes do sistema normativo vigente.

Daí, a partir da análise sistêmica do texto constitucional (o que implica na análise de todo o corpo normativo brasileiro, na via de consequência), verifica-se o princípio da co-culpabilidade como princípio constitucional implícito na Constituição Federal de 1988, decorrente das normas atinentes à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à individualização da pena, e ao pluralismo jurídico.

No que se refere à igualdade, consubstanciada na forma do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal pelo excerto de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, impõe-se a distinção entre a igualdade

¹¹³ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 55. [*Grandes contingentes sociales padecen de una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia. Ello implica, dentre otras cosas, que el mensaje del orden jurídico estatal no llega – materialmente – a la periferia de la estructura social. Pensemos este tipo de fenómenos como una de las fuentes del desconocimiento.*]

¹¹⁴MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 56.

¹¹⁵KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 12.

jurídica, meramente formal, da igualdade material, marcada pela paridade social, cultural e econômica passível de se concretizar a plenitude da dignidade do ser humano.

O problema da igualdade jurídica é tratado por Maria Costa, *verbis*:

[...] se tal noção de igualdade é bastante restrita, pois deixa de lado a igualdade social e econômica e preserva o direito de propriedade, principal fator de desigualdade de riqueza, foi um primeiro passo para o regime democrático. De um lado estabeleceu a livre concorrência entre empresários e entre trabalhadores. Todos deveriam ter as mesmas chances de trabalho e enriquecimento. Resguardava o direito ao livre desenvolvimento das forças produtivas através de uma política econômica do *laissez-faire*, libertando-as dos entraves da política econômica absolutista. Mas por outro lado desencadeou outros anseios por igualdade: a política e social.¹¹⁶

A doutrina moderna estabelece como solução à mera juridicidade da igualdade o conhecido brocardo de que, para que se obtenha a igualdade material, deve se “tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais”, isso com o fito de se atenuar as desigualdades socioeconômicas percebidas na realidade brasileira, a qual impõe, em verdade, tratamento específico aos indivíduos marginalizados pelas instituições oficiais.

Ocorre que a realidade fática reitera, diuturnamente, o caráter excludente e desigual da norma posta, eis que esta, mesmo, é elaborada e gerada pela classe dominante e para atingir aos fins da classe dominante em detrimento de uma determinada camada populacional menos favorecida. Desse modo, em que pese o esforço de um nicho específico de exegetas da ciência jurídica no sentido contrário, restam insuficientes os mecanismos legais aptos ao provimento da multicitada igualdade material.

Diante disso, tem-se o princípio da igualdade, expressamente veiculado na Constituição Federal, como fundamento de aplicação do princípio da co-culpabilidade na medida em que impõe ao Estado a responsabilidade pela desigualdade social, bem como possibilita a mitigação da censura penal exercida sobre o cidadão desprovido de oportunidades de inclusão, com vistas à consubstanciar a chamada igualdade material na medida das possibilidades do instituto.

¹¹⁶COSTA, Maria Cristina Castilho. **O que o cidadão precisa saber sobre democracia**. Apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 58.

Noutro ponto, verifica-se que os termos do Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, consolidam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Isso reflete no dever da busca incessante do Estado pela sua concretização, eis que dotado de *status* de valor supremo que norteia todo o ordenamento jurídico nacional, sem distinção de esfera de Poder.

Insta ressaltar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana guarda conceito amplo, desdobrando-se em diversos aspectos atinentes à atuação, em tese, do Estado Democrático de Direito, o qual assume, pela sua própria natureza, o compromisso de garantir a liberdade dos atos do cidadão, a igualdade de condições materiais de vida e moradia, oportunidades iguais no que se refere à formação cultural, meio ambiente saudável, educação, alimentação, profissionalização, etc.¹¹⁷

Não obstante, ainda que o Estado garanta formalmente o adimplemento das obrigações constitucionais supra, estas, na maioria das vezes, restam sonegadas na via material. Isso porque a máquina estatal, por diversos motivos (corrupção, má administração, falta de interesse prático, etc.) descumpra tais deveres de forma a manter as camadas inferiores da sociedade excluídas da relação de poder do Estado.

Em sentido contrário, o Direito vem desenvolvendo, modernamente, alguns mecanismos atinentes à inclusão do indivíduo marginal na relação de proteção institucionalizada, a fim de minorar as desigualdades fáticas. Tais mecanismos jurídicos exemplificam-se na forma da instituição e consolidação das esferas do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, do Direito Previdenciário, dentre outros.¹¹⁸

Na mesma direção, Grégore Moura assevera que o Direito Penal, ainda que timidamente e marcado pelo estigma excludente e seletivo, vem, por intermédio do princípio da co-culpabilidade, propor a inclusão do marginal e institucionalizar a sua proteção, ao passo em que “reconhece a ineficiência do Estado na promoção da

¹¹⁷MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 62.

¹¹⁸MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 63.

dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades”.¹¹⁹

Encerrando a trinca de princípios constitucionais fundamentais à consolidação da co-culpabilidade no sistema normativo constitucional brasileiro, observa-se, na forma do Artigo 5º, XLV e XLVI, da Constituição Federal de 1988, a previsão da individualização da pena.

Neste prumo, ressalta-se o caráter dúplice da individualização penalógica, a qual desenvolve-se em instâncias objetivas e subjetivas.¹²⁰ Pelo que se pactua como objetivo o sentido da individualização dado pela resposta penal adequada à importância do bem jurídico ofendido pela prática da conduta, e como subjetivo a individualização exercida com foco na pessoa do delinquente e suas características próprias, estreitamente relacionada ao princípio da culpabilidade.¹²¹

Isso para que a sanção penal atinja a sua finalidade retributiva e preventiva da forma mais plena possível, devendo o Estado adequar a pena aplicada, nos moldes da lei, às condições socioeconômicas do sujeito ativo da conduta criminosa, na medida da influência daquelas na prática do fato criminoso.

Nessa linha, o princípio da individualização da pena pode ser entendido como um corolário da co-culpabilidade, sobretudo em seu aspecto subjetivo, eis que seu o objeto de aplicação daquele vai ao encontro deste, visando à individualização *in concreto* da pena.

Ante ao exposto, tem-se que a funcionalidade e a eficácia das normas constitucionais¹²², quando observadas em um prisma sistêmico, acaba por formar a figura do princípio da co-culpabilidade, na medida em que se observa a finalidade da justiça concreta promulgada por Ulpiano: justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.¹²³

¹¹⁹Idem.

¹²⁰LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. *Apud* MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 64.

¹²¹MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 64.

¹²²Diz-se “normas constitucionais” observada a Força Normativa dos princípios constitucionais, decorrente mesmo da Força Normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse e admita no ordenamento pátrio.

¹²³NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro, Forense.1996. P. 123.

3.4 DA CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS

Grégore Moura preceitua ser possível a manifestação da co-culpabilidade às avessas sob três formas: *a)* tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; *b)* aplicando penas mais brandas aos crimes contra o sistema financeiro e tributário; e *c)* como fator de aumento da reprovação social e penal.¹²⁴

Nesse compasso, considerando que o presente trabalho monográfico se atem à realidade jurídica e social brasileira, e considerando que a legislação brasileira se manifesta no sentido de amparar as duas primeiras formas de aplicação inversa da co-culpabilidade supramencionadas, insta tecer alguns comentários acerca daquelas, senão vejamos.

3.4.1 ARTIGOS 59 E 60 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

No que tange à tipificação de condutas pertinentes à classe marginalizada, verifica-se, como exemplo indubitável de tal comportamento, o incurso das condutas de mendicância e vadiagem no rol de infrações penais classificadas como contravenção.¹²⁵

Com efeito, o ordenamento normativo brasileiro consagra, na via do Decreto-lei nº 3.688/1941, a Lei de Contravenções Penais, cujo objeto diz respeito às infrações penais a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, nos termos do Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Nesse diapasão, observa-se o desinteresse pelo diploma normativo em comento, tendo em vista a sua reduzida aplicação prática e, até mesmo, em virtude da ampla incidência do princípio da adequação social, o que diminui em muito o campo de aplicação dos dispositivos ali constantes e prejudica a realização de qualquer juízo de valor acerca daquelas condutas em concreto.

¹²⁴MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 96.

¹²⁵Idem.

Cumpra observar os termos dos tipos penais em comento, até para promover considerações com embasamento conjugado pelo texto legal e por desdobramentos analíticos, *verbis*:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistenciam ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita:
Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.
Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:
Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.
Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:
a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;
b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;
c) em companhia de alienado ou de menor de 18 (dezoito) anos.

Da análise detida dos elementos dos tipos supra, denota-se deslocamento destes em relação à realidade socioeconômica brasileira, o que justifica o posicionamento assumido por Moura no sentido de asseverar que “a presença deles na legislação brasileira vai de encontro à adoção do princípio da co-culpabilidade pela legislação penal”.¹²⁶

Daí se observa, diretamente, o controle e a dominação social exercido pela camada dominante, em que se encontram inseridos os legisladores, por sobre a camada menos favorecida da sociedade, balizando e mantendo excluídos aqueles que lhe convém, na medida da necessidade do sistema político-econômico vigente.

Nesse sentido se verificam as conclusões das análises político-criminais ao longo dos tempos¹²⁷, as quais aplicam pesadas críticas à criminalização das condutas em comento, pelo fato de consubstanciar-se tal disposição normativa no expreso reconhecimento da incapacidade do Estado em cumprir com os seus deveres constitucionais.

¹²⁶MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 98.

¹²⁷Sobretudo na obra de Rusche e Kirchheimer, na qual é realizado estudo aprofundado acerca das razões que levam as classes dominantes à buscar a dominação por sobre a camada populacional ociosa, consubstanciadas na regulação do valor da mão-de-obra por meio da manutenção do exército industrial de reserva em níveis adequados às necessidades do Estado e da sociedade. Com a evolução do sistema econômico, a ascensão do modelo de Estado Liberal e a valorização da força de trabalho, o Estado, como forma de coagir os seus cidadãos à empreenderem exercícios laborativos, criminalizou as condutas marcadas pela ociosidade (RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed. Rio de Janeiro, Revan. 2004. P. 59.).

Isso porque restaria configurada a violação ao princípio da unidade e coerência do ordenamento jurídico, dentre diversos outros princípios fundamentais da República Federativa do Brasil¹²⁸. Configura-se, pois, a mera proteção do ordenamento social estabelecido a partir de um caráter autoritário excludente, inobservado o caráter social do Direito no que tange à adaptação individual inclusiva.

Tal forma de pensar é corroborada por Barbero Santos, *verbis*:

Em nossa compreensão, o mais acertado é suprimir as leis penais ou parapenais que, eivadas de violação ao princípio da igualdade de todos perante a lei, reprimem comportamentos característicos de pessoas marginalizadas. As demonstrações mais tangíveis disto são, sem dúvida, as leis de vadiagem e mendicância. De tal forma se contribui de maneira decisiva para que se construía uma sociedade mais justa, ou, com palavras de Marc Ancel, no Congresso de Caracas, 'uma sociedade adaptada ao homem, compreensiva do homem, auxiliadora do homem, não marginalizante ao homem'.¹²⁹

Isto posto, Moura é determinante ao preconizar a supressão dos referidos dispositivos penais do ordenamento normativo brasileiro, de forma a evitar e estancar a chamada juridicização da exclusão social e mitigar a seletividade do sistema político-penal, com vistas à aproximar o Direito Penal da realidade socioeconômica nacional.

3.4.2 CO-CULPABILIDADE *VERSUS* EFEITOS DA REPARAÇÃO DO DANO

Cumprir observar que a chamada política econômica do crime resultou no reestruturação da economia das ilegalidades, de forma que a ilegalidade de bens foi separada, quanto ao sujeito ativo habitual, da ilegalidade dos direitos, de modo a corresponder à estratificação social. De forma que a oposição de classes é verificada mesmo na tipificação criminal, eis que a ilegalidade atinente às classes populares, via de regra, será a ilegalidade relativa aos bens, enquanto que a ilegalidade atinente às classes dominantes (comumente denominadas classes

¹²⁸MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 99.

¹²⁹SANTOS, Marino Barbero. *Marginacion social e derecho represivo*. Apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 99. [*A nuestro entender, la más apremiante es suprimir las leys penas o parapenas que, com violación del principio de igualdad de todos ante la ley, reprimen comportamentos característicos de gentes marginadas. Las muestras más tangibles son, sin duda, las leis de vagos y maleantes. De esta guisa se contribuye sin duda de manera decisiva a construir una*

superiores), reservam-se às ilegalidades relativas aos direitos, aos regulamentos e às próprias instruções normativas.

Inobstante, dada a especificação e seletividade da natureza dos crimes praticados e a íntima relação destes com a classe social em que o agente se enquadra, a legislação brasileira não se constrange ao, nitidamente, atribuir menor gravidade à conduta praticada pelo sujeito ativo dos crimes vulgarmente classificados como do colarinho branco.

Com efeito, Moura corrobora tal pensamento a partir da análise da disparidade dos efeitos da reparação do dano a depender do crime cometido, *verbis*:

Para os denominados “crimes ruins” [crimes em geral], há duas previsões legais na parte geral do Código Penal, em seus arts. 16 e 65, inciso III, alínea *b*, sendo, portanto, respectivamente, uma causa de diminuição de pena e uma atenuante genérica.

Já para os denominados “crimes bons” [crimes tributários], a legislação traz vários benefícios para o criminoso, seja no próprio Código Penal, como no caso do art. 168-A, seja em leis especiais que tratam desses crimes, por exemplo, a Lei nº 9.249/95, que restabeleceu a extinção da punibilidade nos crimes tributários. Essas normas trazem causas de extinção de punibilidade, isto é, uma benesse sem precedentes aos “criminosos economicamente bem-sucedidos”.¹³⁰ (comentários do autor).

Dai conclui-se que a consagração do princípio da co-culpabilidade por meio da sua aplicação avessa implica no patente desrespeito ao princípio da proporcionalidade das penas, o que, por sua vez, acarreta a perpetuação da discriminação social e econômica, repudiando o conceito de igualdade material visado pelo conjunto principiológico embaixador da co-responsabilização estatal.¹³¹

sociedade más justa, o, com palabras de Marc Ancel, en el Congreso de Caracas, ‘una sociedad adaptada al hombre, comprensiva del hombre, soportadora del hombre, no marginadora del hombre’

¹³⁰ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 101.

¹³¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 101.

4. DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA

Diante de todos os elementos carreados ao longo do desenvolvimento da presente Monografia, impõe-se o reconhecimento e a inserção do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, constatadas a reduzida autodeterminação e a inferiorização do indivíduo em decorrência de condições sociais adversas é um imperativo fático imposto pela sociedade organizada e pelo Estado, não há que se falar em princípio da co-culpabilidade tão somente no campo teórico.

Isso porque na doutrina filosófica de Miguel Reale se coroa o trinômio fato-valor-norma, pelo qual é correto afirmar que o fato social repercute um valor a ser protegido e um desvalor a ser repugnado por intermédio de uma norma específica.

Daí conclui-se que a teoria da co-culpabilidade deve ter seu cerne trazido ao campo da aplicação prática, como elemento jurídico apto a proteger o valor supremo da dignidade da pessoa humana em face da restrição do espaço social em que a camada menos favorecida da sociedade se situa.

Nesse sentido, Grégore Moura traz à colação quatro opções de positivação da co-culpabilidade, quais sejam: *a)* como circunstância judicial prevista no Artigo 59 do Código Penal; *b)* como atenuante genérica prevista no Artigo 65 do Código Penal; *c)* como causa de diminuição de pena inserida na forma de parágrafo específico do Artigo 29 do Código Penal; e *d)* como causa de exclusão da culpabilidade, tendo previsão no Artigo 29 do Código Penal.¹³²

Apenas a título de informação, eis que não perfaz o objeto da presente análise, traz-se à baila alguns comentários acerca destas quatro situações.

No que tange à opção de positivação da co-culpabilidade por meio da sua inserção no Artigo 59 do Código Penal como critério a ser considerado pelo Juízo quando do estabelecimento da pena-base, tem-se que já existe anteprojeto de reforma do Código Penal em trâmite legislativo, no qual se faz concreta a hipótese

em comento. Inobstante, tal posicionamento sofre críticas ao passo em que, a co-culpabilidade inserida no ordenamento normativo positivo sob a forma de mero elemento do artigo 59 embarreira sua aplicação plena, ao passo em que se limita a redução da reprovação ao mínimo legal da pena cominada em abstrato.¹³³

Em um segundo instante, ventila-se a hipótese de positivação da co-culpabilidade como atenuante genérica constante do artigo 65 do Código Penal, ante à inserção de alínea no inciso III do citado artigo. Com efeito, a doutrina repudia tal aplicação pelo mesmo motivo que repudia a sua inserção enquanto elemento do artigo 59, ou seja, a limitação ao *quantum* mínimo legal abstrato da pena cominada.¹³⁴

Noutro ponto, e com maior ousadia, vale dizer, Moura refere o acréscimo de um parágrafo ao artigo 29 do Código Penal, cujos termos seriam, *verbis*:

se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido.¹³⁵

Nessa esteira, o renomado doutrinador afirma consistir na melhor hipótese de positivação da co-culpabilidade, eis que permite maior individualização da pena aplicada, dada a sua incidência tão somente na terceira fase da dosimetria penalógica.

Por fim, menciona hipótese em que a co-culpabilidade seria positivada como causa excludente de culpabilidade, dado o nível de desamparo e vulnerabilidade social do agente em decorrência da inadimplência estatal.¹³⁶

Malgrado toda a argumentação travada por Moura, e ainda que as considere pertinentes e bem postas, o presente estudo não se aprofundará nos seus

¹³²MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 94.

¹³³MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 93-4; GRECO, Rogerio. **Código Penal: comentado**. 2 ed. Niterói, Impetus. 2009. p. 130.

¹³⁴MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 94.

¹³⁵MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 94-5.

¹³⁶MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 95-6.

termos por não entender pertinente, neste momento, conjecturar acerca da positivação do princípio da co-culpabilidade.

Ocorre que a realidade legislativa brasileira impõe o reconhecimento da omissão do legislador no que se refere a diversos aspectos do fato social e da coletividade. Não poderia ser diferente com relação aos institutos de Direito Penal, sobretudo quando o reconhecimento do instituto vai de encontro aos objetivos da classe detentora do poder, na qual o legislador se encontra inserido.

Impõe-se ao Poder Judiciário, pois, a atuação no vácuo da omissão e da atrofia do Poder Legislativo na medida em que o dinamismo das relações sociais e a modernização da interpretação normativa trazem ao julgador a árdua tarefa de, sedimentado em dispositivos normativos inadequados e mesmo ultrapassados, buscar a adequação da norma ao fato ocorrido, de forma a se ver preservado o valor social vigente em um determinado contexto histórico-cultural.

Isso para que se concretize aquilo que, metaforicamente, foi ilustrado por Livia Cynara Prathes Thomé, *verbis*:

A sociedade é formada por espaços sociais distintos e distantes, entre os quais não há escada para que aqueles que se encontram no porão possam subir ao terraço, ao passo que aqueles que vivem nas alturas podem descer e desfilar entre os que ali vivem sonhando e apostando com a construção da escada. Com isso, deve cada indivíduo ser julgado de forma condizente com espaço social que ocupa, devendo o julgador descer até o porão e analisar as condições e possibilidades de ação dos jurisdicionados que ali vivem.¹³⁷

Por tudo isso se sustenta na doutrina, notadamente por Zaffaroni e Pierangeli, a admissão imediatista da co-culpabilidade pelo ordenamento jurídico pátrio por intermédio da disposição genérica arrolada no artigo 66 do Código Penal.¹³⁸

Dessa forma, deve o magistrado, ao final da instrução criminal e após a formação do juízo de certeza da imputação do fato criminoso a determinado indivíduo, no momento em que for estabelecida a dosimetria da pena, atentar aos termos do princípio da co-culpabilidade, corolário dos princípios da dignidade da

¹³⁷THOMÉ, Livia Cynara Prates. **A vulnerabilidade como atenuante inominada: uma resposta à deslegitimação do sistema penal.**

¹³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** São Paulo, Revista dos Tribunais. 1997. p. 613.

pessoa humana, da humanidade, do direito penal mínimo, da individualização das penas, dentre outros.

Nesse compasso, para melhor ilustrar a aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica do Artigo 66 do Código Penal, faz-se necessária a análise de alguns dos institutos inerentes à cominação e aplicação da pena, senão vejamos.

4.1 DAS FINALIDADES DA PENA

Para a compreensão da co-culpabilidade como circunstância atenuante genérica da pena, insta que sejam elucidados alguns institutos pertinentes à hipótese ventilada.

Inicialmente, faz-se necessária a caracterização e conceituação do que se entende por pena. Nessa linha, Rogerio Greco preceitua ser a pena a “consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”¹³⁹.

Não obstante, o direito de punir do Estado deve observar algumas limitações, notadamente aquelas impostas pelos princípios e garantias constitucionais, o que desencadeia grande discussão doutrinária acerca das finalidades e do modo de aplicação das penas.

Daí diz-se que as teorias acerca das finalidades das penas seguem dois vértices distintos, quais sejam os absolutistas e os relativistas.

Segundo Ferrajoli “são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação ou, ainda, ‘retribuição’ do crime”¹⁴⁰.

Por sua vez, Roxin elucida o caráter retributivo da pena, *verbis*:

¹³⁹GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011. p. 469

¹⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2002. p.204.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal mercedosamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade.¹⁴¹

Em que pese a satisfação da sociedade em geral pela teoria absoluta da finalidade da pena, não deve ser desprezada a teoria relativa, fundamentada no critério da prevenção bipartida em prevenção geral e especial.

Quanto às teorias relativas, Ferrajoli as elenca como todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos¹⁴².

Como dantes referido, é cediço que o critério da prevenção biparte-se em prevenção geral e prevenção especial. Nesse compasso, insta elucidar ambos os aspectos da prevenção para que se possa contrapor argumentos críticos acerca da inadimplência estatal com relação à relação coercitiva do Direito Penal.

Daí tem-se que a prevenção geral, em seu aspecto negativo, diz respeito ao caráter de intimidação social da pena. Nas palavras de Hassemer:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.¹⁴³

Noutro ponto, em seu aspecto positivo, a prevenção geral visa à infundir na consciência coletiva a necessidade de se respeitar determinados valores e direitos, promovendo, por conseguinte, a integração social por meio de parâmetros exemplificativos positivos.¹⁴⁴

¹⁴¹ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Apud GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011.

¹⁴²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2002. p.204

¹⁴³HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público. 1993. p. 34.

¹⁴⁴QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey. 2001. p. 40.

Por sua vez, Moura traça linhas críticas ao critério de prevenção geral viciada pelo caráter coercitivo do Direito Penal, eis que a punição gera um sentimento meramente simbólico de segurança jurídica em favor da classe detentora do poder, enquanto intimida os excluídos por meio da exemplaridade, punindo aqueles que não se comportarem de acordo com os parâmetros estabelecidos pela classe abastada.¹⁴⁵

Outrossim, a prevenção especial diz respeito à figura do sujeito ativo do delito, concebida, também, em dois sentidos, sendo um negativo e outro positivo.

Por seu turno, a prevenção especial negativa visa à neutralização do infrator por meio da sua segregação e encarceramento, retirando-o, momentaneamente, do convívio social, o que, em tese, o impediria de praticar novos delitos. Enquanto que a prevenção especial positiva diz respeito ao caráter ressocializador da pena.

Bitencourt preconiza a especialidade da prevenção na medida em que “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”¹⁴⁶.

Nesse diapasão, segundo Moura, repousa o cerne da dominação ideológica das camadas detentoras do poder por sobre os menos favorecidos, eis que aqueles se prestam a demonstrar e inocular nestes os valores e pautas comportamentais a serem seguidas, sob a máscara da ressocialização.¹⁴⁷

Com efeito, o artigo 59 do Código Penal conclui pela adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do teoria mista ou unificadora da pena, conforme o disposto na letra da Lei, verbis:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

¹⁴⁵MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 108.

¹⁴⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 7 ed. São Paulo, Saraiva. 2007. p. 81.

¹⁴⁷MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006. p. 108.

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente **para reprovação e prevenção do crime** [...] (grifo nosso)

Isso devido à conjugação da necessidade de reprovação com a prevenção do crime, de modo que restam reunidas as teorias absoluta e relativa em direção eclética¹⁴⁸.

4.2 DOS CRITÉRIOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA

A aplicação da pena, por sua vez, é consubstanciada na concretização da sanção penal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da conduta típica, ilícita e culpável praticada por um sujeito ativo qualquer, observados os preceitos individualizantes.

Segundo Frederico Marques:

A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais. Trata-se de u, *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis.¹⁴⁹

Com efeito, a lei penal traçou uma série de etapas que deverão ser observadas pelo julgador no momento da aplicação da pena. Nessa senda, o artigo 68 do Código Penal determina a referida aplicação observando-se três fases distintas, *verbis*:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 desse Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Inicialmente, o juiz deverá encontrar a pena-base, cujo valor determina, na via reflexa, todos os demais cálculos.

Cumprido observar que a primeira etapa da dosimetria da pena consubstancia-se na adequação precisa da margem mínima e máxima prevista

¹⁴⁸MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Apud GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011. p. 475.

¹⁴⁹MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal, v. III*. Apud GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011. p. 549.

pelos tipos penais incriminadores às circunstâncias judiciais constantes do artigo 59 do Código Penal.

Por conseguinte, após a fixação da pena-base, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas, respectivamente, pelos artigos 65 e 66 (atenuantes) e pelos artigos 61 e 62 (agravantes), todos contidos na Parte Geral do Código Penal.

Por fim, o terceiro degrau da aplicação da pena diz respeito às causas de aumento e de diminuição, as quais se distinguem das circunstâncias atenuantes e agravantes na medida em que a previsão legal destas se dá tão somente na Parte Geral da codificação penal, sem predeterminação do *quantum* a ser reduzido ou aumentado, enquanto que aquelas encontram-se previstas tanto na Parte Geral como na Parte Especial, tendo seu *quantum* fracionado por disposição legal.

4.3 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA

Conforme o entendimento de Rogerio Greco, as circunstâncias conceituam-se como “dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e tem por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado”¹⁵⁰.

Daí se conclui que as circunstâncias não gozam da prerrogativa de interferir na definição jurídica da infração legal, eis que situadas à margem da definição típica do crime, como acessório desta. Tal faculdade é inerente às elementares do tipo, estas sim, indispensáveis à definição típica da conduta.

Exemplificando metaforicamente, pode-se entender o fato criminoso como um quadro artístico, na qual as elementares seriam a pintura propriamente dita, sem a qual não haveria quadro, e as circunstâncias seriam a moldura.

Frise-se, conforme já exposto no presente estudo, que o *quantum* para fins de atenuação ou agravação da conduta não é fornecido expressamente pela codificação legal, devendo o julgador alinhá-los aos ditames do princípio da

¹⁵⁰GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011. p. 559.

razoabilidade, conforme vem entendendo a doutrina e a jurisprudência dominantes no País.

Nessa linha, bem observa Bitencourt, *verbis*:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).¹⁵¹

Esclarecidos os tópicos iniciais acerca da natureza das circunstâncias, insta observar os termos do artigo 66 do Código Penal, o qual demonstra a natureza exemplificativa e ampliativa do rol de atenuantes genéricas constantes do ordenamento normativo brasileiro, aqui referidas como atenuantes inominadas, *verbis*:

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

Nesse diapasão, a doutrina, encabeçada por Zaffaroni e Pierangeli, tem admitido a aplicação do princípio da co-culpabilidade em toda a sua extensão, na modalidade de atenuante inominada com supedâneo nos termos do artigo 66 do Código Penal.

Assim sustentam Zaffaroni e Pierangeli, *verbis*:

Creemos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece

direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66.¹⁵²

No mesmo sentido, Rogerio Greco:

Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito.¹⁵³

¹⁵¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 7 ed. São Paulo, Saraiva. 2007. p. 219.

¹⁵²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1997. p. 613.

¹⁵³GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011. p. 143.

Nessa esteira, urge a aplicação contemporânea da teoria da co-culpabilidade na forma prevista pelo artigo 66 do Código Penal, notadamente ante à omissão legislativa quanto ao enfrentamento do assunto no sentido de positiva-lo.

Ora, diante de toda a exposição acerca do controle social pelo Estado e pela camada detentora do poder e verificados os vícios atinentes à política criminal em vigor no Brasil, aliado ao caráter principiológico constitucional da co-culpabilidade, e sob o pretexto de que não se pode alijar, por nenhum aspecto, os direitos inerentes à qualidade do ser humano integrado ao sistema social, tudo isso calcado na hipótese de co-responsabilização da sociedade e do Estado por aqueles crimes cuja prática se verifica intimamente relacionada às oportunidades de escolha oferecidas ao sujeito ativo e ao vício de autodeterminação experimentado por este, configura o fundamento para a aplicabilidade da co-culpabilidade enquanto circunstância atenuante inominada da pena.

Nesse compasso, ainda que de forma tímida, a jurisprudência vem abordando o tema, com especial destaque para o sempre vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se aduz do voto abaixo transcrito, da lavra do eminente Desembargador Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, *verbis*:

Ocorre todavia e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] No caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do ECA, restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo de reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinquente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal.¹⁵⁴

No mesmo sentido, colaciona-se o voto condutor do julgamento da Apelação criminal nº 70013886742, publicado no Diário da Justiça do dia 13/06/2006 e elaborado pelo e. Desembargador Dr. Marco Antônio Bandeira Scapini, integrante da Sexta Turma Criminal do e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

Quando ao alegado instituto da co-culpabilidade, consta nos autos que o réu é “semi-analfabeto”. Por certo, ALEXANDRO esteve, em algum momento de sua vida, matriculado em uma escola pública. O acusado, todavia, não

¹⁵⁴ Disponível em www.direitosfundamentais.net, acesso em 03/10/2011.

aprendeu a ler e a escrever. Estamos, então, diante de um caso típico de alguém cuja experiência escolar foi encerrada precocemente pelo fracasso. Terá sido sua a responsabilidade por este fracasso? Podemos, enfim, atribuir a uma criança que não se alfabetiza alguma responsabilidade por este resultado quando, contemporaneamente, se sabe que todas as pessoas são capazes de aprender e que mesmo adultos podem ser alfabetizados em 3 (três) meses? Alguém pode, ainda, atribuir a uma criança que não se alfabetiza a responsabilidade por este resultado quando, desde que com o emprego do método adequado e com o necessário investimento afetivo, crianças autistas e mesmo seqüeladas cerebrais são alfabetizadas? Ora, é evidente que o fracasso escolar experimentado pelo acusado é de inteira responsabilidade do Estado. **Reconhecê-lo significa incorporar a noção de que há uma responsabilidade pública – vale dizer: de todos – nas opções se vida que foram sendo seqüestradas de ALEXANDRO.** Afinal, em uma época como a nossa, onde um simples vendedor que trabalhe atrás de um balcão de uma loja precisa ter noções de informática, a perspectiva de empregabilidade de um homem analfabeto ou semi-analfabeto é praticamente nula. Tal circunstância histórica deve ser sopesada no momento em que a sociedade julga a conduta deste homem.

Dito isto, passo à redefinição da pena.

Dos critério ponderáveis do art. 59 do CP, as circunstâncias e as conseqüências (houve ingresso em residência) são desfavoráveis, o que justifica o afastamento da pena-base do mínimo. Mantenho-a, então, em 2 anos e 4 meses de reclusão. **Na segunda fase, diminuo a pena de 4 meses pela atenuante genérica prevista pelo art. 66 do CP (analfabetismo do réu, reconhecido como fato relevante anterior ao delito),** o que resulta na pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos. (grifos nossos).

Portanto, evidenciado que a cada indivíduo assiste um determinado grau de liberdade diferenciado, e diante do imperativo fático no qual se inferiorizam determinados indivíduos em decorrência de condições sociais adversas, impera o reconhecimento da aplicabilidade da tese da co-culpabilidade em face da sociedade responsável pela injustiça social em desfavor das classes marginalizadas.

Noutro ponto, inobstante todo o referencial teórico ora ventilado, verifica-se a negativa de aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade ao caso concreto, conforme se observa na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgamento de Apelação interposta perante a Quarta Turma Criminal, relatada pelo e. Desembargador Dr. Hilton Queiroz, *verbis*:

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33 E ART. 35, C/C O ART. 40, I, TODOS DA LEI 11.343/2006. TEORIA DA COCULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE. CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A teoria da coculpabilidade deve ser afastada, em face da impossibilidade de divisão de responsabilidade entre a sociedade e o autor de uma infração penal, com fundamento no reduzido grau de autodeterminação do indivíduo.

2. Não há como se concluir, de forma inequívoca, que a prática de um crime é decorrência da segregação social a que foi submetido o criminoso, pois a simples exclusão de determinadas pessoas do mercado de trabalho ou o reduzido número de oportunidades de que dispõem determinados cidadãos não autoriza e nem pode servir como salvo-conduto para a prática de crimes.

Caso assim fosse, estar-se-ia desconsiderando outra grande parte dos indivíduos que, embora excluídos da sociedade, não cometem crimes.

3. No caso concreto, não há qualquer elemento nos autos que leve à conclusão de que a exclusão do meio social levou os recorrentes a praticarem os delitos, já que ambos os réus declararam possuir ocupação lícita (moto taxista e motorista profissional - fls. 108 e 110) e restou evidente o objetivo de obtenção de lucro fácil mediante a utilização de veículos roubados para a aquisição de entorpecentes.

4. A transnacionalidade do tráfico de entorpecentes restou configurada. Não é somente o réu que realizou atos materiais para a internação da droga no território brasileiro que deve ser apenado pela causa de aumento da pena e sim todos aqueles que tiveram comprovadamente o domínio sobre o fato delitivo e optaram pela divisão de tarefas para garantir o sucesso do esquema criminoso.

5. Apelação desprovida.¹⁵⁵

Não obstante, em que pese a existência de controvérsia jurisprudencial acerca do cabimento da co-culpabilidade social enquanto circunstância atenuante inominada, posiciona-se a presente pesquisa no sentido de que deve-se observar o agente de uma determinada conduta enquanto indivíduo inserido em um contexto social definido¹⁵⁶.

Nessa linha, não tendo sido conferidas ao indivíduo oportunidades sociais para que este atinja os objetivos de sucesso inerentes à política econômico-cultural vigente, de modo que este possa partilhar dos pressupostos mínimos de dignidade que seus semelhantes partilham, não há que se falar em reprimenda penal na mesma medida, impondo-se a redução do juízo de reprovação em face da co-responsabilização do Estado e, portanto, da sociedade.

¹⁵⁵ (ACR 0000799-27.2009.4.01.3601/MT, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Conv. Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 p.223 de 05/09/2011)

¹⁵⁶TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey. 2002. p. 100.

CONCLUSÃO

No ensejo da elaboração da presente pesquisa monográfica, a argumentação levada a efeito em seu desenvolvimento possibilita que se elaborem alguns comentários acerca do princípio da co-culpabilidade enquanto instituto de co-responsabilização do Estado em relação à marginalização de determinados indivíduos cuja única opção restante para que sejam alcançados os objetivos de sucesso é a prática criminosa.

Com efeito, observa-se que a presente pesquisa repercute no âmbito do Direito Penal, bem como no âmbito da sociologia criminal, enquanto crítica à atuação seletiva e mesmo ao panoptismo do Estado punitivo, na medida em que este consolida a estratificação social por meio da imposição da disciplina marginalizante por sobre os corpos dominados, bem como da seletividade do sistema penal.

Nessa linha, considerando a escassez doutrinária e jurisprudencial acerca do tema proposto, esta construção visa à contribuir para o aprofundamento do estudo acadêmico acerca da teoria da co-culpabilidade e a sua aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso sobretudo ante à realidade dos fatos consolidados no que se refere à realidade do sistema penal brasileiro, a qual justifica a intervenção judicial no sentido de mitigar a reprovação penal às condutas praticadas por vício de autodeterminação.

Em suma, a pesquisa abordou aspectos da ciência jurídica a partir de seu caráter multidisciplinar, notadamente no que diz respeito aos prismas sociológico e filosófico inerentes ao desenvolvimento e à evolução do ordenamento jurídico-normativo através dos tempos.

Isso sem se olvidar, por óbvio, do caráter historicista do valor, conforme preceituado pela jusfilosofia realiana, o que repercute, definitivamente, as alterações fáticas que ensejaram as mudanças nos paradigmas valorativos (notadamente a transformação experimentada pelos meios de produção e, conseqüentemente, pelos sistemas econômico-financeiros e políticos), as quais

refletem, diretamente, no sistema normatizado e na atuação estatal com relação à conduta criminosa.

Nessa linha, demonstra-se o interrelacionamento entre os diversos institutos e elementos sociais para que se aperfeiçoe, em um dado contexto fático, histórico e cultural, o sistema penal, de forma que se mantenha o seu caráter de instrumento de coerção social e de manutenção dos interesses da classe dominante.

Com o fito de adequar tais elementos ao contexto fático brasileiro, cumpre à presente pesquisa a tarefa de imiscuir-se em alguns elementos criminológicos inerentes à política criminal vigente no Brasil, eis que sustentáculos do sistema penal pátrio.

Por conseguinte, tendo em vista consolidar-se a culpabilidade em elemento integrante da conduta criminosa, pelo que preceitua a concepção analítica de crime, esta consubstancia-se, ainda, em verdadeiro ponto de partida para o surgimento e para o desenvolvimento teórico da noção de co-culpabilidade.

Isso porque a co-culpabilidade diz respeito, sinteticamente, à mitigação da reprovação penal exercida pelo poder punitivo em face de um determinado agente cujas ações padecem de autodeterminação em decorrência da precariedade da assistência estatal.

Nessa linha, observa-se o cumprimento do principal desiderato da presente pesquisa, eis que demonstrada cabalmente a necessidade de co-responsabilização do Estado (e, via de consequência, da sociedade) pelo estreitamento da liberdade de autodeterminação individual, no sentido de que o determinismo do sistema impõe a uma parcela menos favorecida da sociedade a atuação paralela, infracional, como única maneira de se alcançarem os objetivos do sucesso, estes cultuados e cultivados pela própria sociedade, em virtude do sistema econômico vigente.

Diante de tal contexto, sobretudo considerada a atribuição constitucional do Estado relativa aos direitos sociais e assistenciais à todos os indivíduos, ao menos teoricamente, não há que se falar em prevalência da

seletividade do sistema penal, quer seja em sua atuação prática, quer seja em seus diplomas normativos. Ocorre que não se observa tal atuação efetiva da parte do Estado, muito pelo contrário.

Daí revela-se a adequação da teoria da co-culpabilidade, enquanto consolidado seu caráter principiológico implícito no texto constitucional, oriundo de interpretação sistemática dos preceitos contidos na Carta Fundamental, na medida em que a sua aplicação prática visa à sanar as incorreções provenientes do binômio seletividade punitiva-estratificação social, fruto da atuação negligente do Estado e fomentado pelos interesses da classe dominante em manter o controle social por meio da marginalização individual disciplinar.

Não obstante, frisa-se a possibilidade formal de positivação dos termos da teoria objeto do presente estudo em diversas frentes legislativas, o que inclusive já se verifica em diversos ordenamentos normativos estrangeiros, adremente excluídos da pesquisa por considerar, o autor, a realidade brasileira única, *sui generis*, eis que economicamente saudável e politicamente corroída pela corrupção do sistema, ainda que satisfatoriamente democratizada.

Isso, somado ao desinteresse e à típica omissão legislativa nacional, implica na necessidade de resposta, tão urgente como escorreita, do Poder Judiciário enquanto intérprete e aplicador da norma posta a uma determinada situação de fato por meio da prolação de um juízo de valor, cuja expressão mais adequada seria a efetivação do princípio da co-culpabilidade enquanto circunstância atenuante inominada, pelo que rezam os termos do artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Rio de Janeiro, Laemmert. 1892.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo. Atlas 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo, Saraiva. 2002.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 7 ed. São Paulo, Saraiva. 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12 ed. São Paulo, Saraiva. 2008.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. **La opacidad del derecho**. Madrid, Trotta. 1998.
- COSTA, Maria Cristina Castilho. **O que o cidadão precisa saber sobre democracia**.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2002.
- FILANGIERI, Gaetano. **The Science of legislation**. Trad. OSTELI, Thomas. Bristol, Emery and Adams. 1806.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 34 ed. Petrópolis, Vozes. 2007
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007.
- GRECO, Rogerio. **Código Penal: comentado**. 2 ed. Niterói, Impetus. 2009.
- _____. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2011.
- GUIBERT, J.A. de. **Essai général de tactique (Discours préliminaires)**.
- HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público. 1993.
- JESUS, Damário E.. **Direito Penal, vol.1**. 32 ed. São Paulo, Saraiva. 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. CRETELLA, José Jr. 7 ed. São Paulo, Saraiva. 2011.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão** trad. PEREIRA, José Hygino Duarte. Rio de Janeiro, F. Briguiet & C. 1899.

- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo, Ícone. 2007.
- LOSANO, Mario Giuseppe, **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. *Apud* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.
- MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. Trad. COSTA, J.F. Faia; ANDRADE, M. Costa. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. 1985.
- MARAT, Jean-Paul. **Plan de legislation criminelle**. Kessinger Publishing. 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v. III**. 7 ed. Campinas, Millennium. 2002.
- MERTON, Robert K. **Sociologia, teoria e estrutura**. São Paulo, Mestre Jou. 1970.
- MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro. Sedegra. 1971.
- MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. 3 ed. Estampa. 2005.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. 9 ed. Montevideo, Tapa blanda. 2004.
- MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, Impetus 2006.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro, Forense. 1996.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte, Del Rey. 2001.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 1994.
- ROSA, Felipe Augusto Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 15 ed. Rio de Janeiro, Zahar. 2001.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte general – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. trad. PEÑA, Diego-Manuel Luzon; CONLLEDO, Garcia; REMESAL, Javier de Vicente. 1. ed. Madrid, Civitas. 1997.
- RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed. Rio de Janeiro, Revan. 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. Curitiba, Revan. 2004.
- SANTOS, Marino Barbero. **Marginacion social e derecho represivo**. Espanha, Editorial Bosch. 1980.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey. 2002.

THOMÉ, Livia Cynara Prates. **A vulnerabilidade como atenuante inominada: uma resposta à deslegitimação do sistema penal.**

<www.direitosfundamentais.net> acesso em 03/10/2011.

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