



TEORIA DA COCULPABILIDADE

SOUZA, Gustavo Batista de.¹
VIDAL, Tiago Vieira.²

RESUMO

A desigualdade social é algo visível ao redor do mundo, sendo a principal causa de atuais conflitos, porém, deve-se pensar no direito penal, uma vez que a Constituição Federal não contribui para tal desigualdade existente, contudo, resta ao Código Penal de forma indireta se impor diante a atual situação, aplicando uma pena mais branda aos menos favoráveis. No atual Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei Nº 2.848/1940), não há existência de nenhum artigo citando sobre as condições financeiras do agente que cometeu a infração delituosa. Assim, em outros países menos desenvolvidos que o Brasil, como Bolívia, Argentina, Paraguai, entre outros, existe claramente tal condição, na qual em virtude da situação financeira, como a extrema pobreza, ou mesmo quando o estado não contribuiu com o mínimo, havendo consumação ou até porque não se falar em tentativa, o agente tem sua pena reduzida. Sendo assim, porque o Brasil, sendo um país tão desigual quanto os outros na América Latina não se aplica à teoria da Culpabilidade?

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade Social, Culpabilidade, Culpabilidade, Culpabilidade às Avessas, Direito Penal.

COCULPABILITY THEORY

ABSTRACT:

Social inequality is visible all around the world and is the main cause of present conflicts, once the Federal Constitution does not contribute to reduce inequality, criminal law should be considered for that purpose by applying a lower sentence to less privileged people. The Federal Constitution (Law No. 2848, 1940) does not mention in any of its articles the financial conditions of the offender. Even in countries less developed than Brazil, like Bolivia, Argentina and Paraguay amongst others this particular condition is mentioned. When the defendant is in extreme poverty, or when the state fails to offer the minimum necessary, the offender has the sentence reduced. In the light of the above considerations, why does not Brazil, a country as unequal as others in Latin America, apply the Shared Culpability Theory?

KEYWORDS: Social Unequality, Shared Culpability, Culpability, Shared Culpability backward, Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste Trabalho Científico nada mais é do que procurar uma maior individualização em relação aplicação de uma atenuante ou uma agravante de pena, consideram além os outros

¹Acadêmico de direito Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. E-mail:gugaleano@hotmail.com

²Professor do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. E-mail:tiago.vieira.vidal@gmail.com



objetivos dentro da teoria geral do crime, a condição econômica e social do agente que veio a delinquir.

Desse modo, o intuito desse artigo é desenvolver uma contribuição para uma maior aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo uma reflexão a respeito da incompatibilidade entre a dosagem penal espelhada no atual Código Penal e a Constituição Federal de 1998.

Assim, será estudado neste trabalho, teoria geral crime, se dividindo em conceitos, fato típico ilícito e culpável, aplanando principalmente a culpabilidade e Culpabilidade, visando sempre as garantias fundamentais, bem como analisar o Código Penal e principalmente a Carta Magna, ou seja, a Constituição Federal, e ainda outras modalidades do código brasileiro, buscando a igualdade em um país tão desigual, através de uma pena mais justa.

A culpabilidade como veremos é o compartilhamento de responsabilidades. A responsabilização pela prática de diversos delitos deve ser compartilhada entre o autor do crime e a sociedade (Estado). Isso porque, se o Estado não cumpriu com o seu papel de levar os direitos sociais até a camada mais pobre da sociedade, ou seja, se Estado não disponibilizou educação de qualidade, saúde, lazer, oportunidade de trabalho etc., será ele também, de forma indireta, responsável pela criminalidade.

Portanto, através de bibliografias e aplicações de sentenças jurisprudenciais, na qual atribuem à teoria, tanto no Brasil, quanto em outros países da América Latina, visando pôr fim a igualdade, uma vez que se vive num momento de extrema de desigualdade no Brasil.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 TEORIA GERAL DO CRIME

Ao adentrar em um caso concreto, é necessário ressaltar os elementos que fazem parte da teoria geral do crime. De acordo com Rogério Sanches Cunha (2017) tal teoria tem como principal objetivo, possibilitar a compreensão dos elementos necessários à configuração do crime, bem como dos pressupostos para a imposição da sanção penal.

Deste modo, o crime passou a ser conceituado de várias formas pelas escolas penais, se subdividindo em conceitos como, material, formal e analítico.



2.1.1 Conceito Material

Consoante Fernando Capez (2011, p. 134) o aspecto material:

É aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido 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.

Isto é, o aspecto material do crime, é a conduta que viola determinado bem jurídico tutelado pela norma penal. Portanto, além da conduta do agente existe a necessidade do resultado para a consumação do delito.

2.1.2 Conceito Formal

A definição formal do crime se baseia na concepção do direito acerca do delito, tendo em vista o princípio da reserva legal, nullun crimen, nullun poena sine praevia lege, ou seja, de acordo com o código penal, em seu artigo 1º, não há crime sem lei anterior que o defina, nem lei anterior que o comine (CAPEZ, 2011).

2.1.3 Conceito Analítico

No Brasil, a doutrina em relação ao conceito analítico de crime se divide em dois posicionamentos sendo, o bipartido que são apenas o fato típico e ilícito (antijuricidade), na qual, a culpabilidade seria mera conjectura para aplicação da pena na dosimetria da pena, e a corrente tripartida que se refere ao fato típico, ilícito (antijuridicidade) e culpável, (CUNHA, 2017).

O fato típico é o primeiro elemento/requisito do elemento do crime, um fato humano indesejado, que se baseia em uma conduta humana voluntária, na qual produz um resultado, que se adequa a um tipo penal.

Segundo Fernando Capez (2011, p.136) fato típico é:



É o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal. Elementos são quatro: a) conduta dolosa ou culposa; b) resultado (só nos crimes materiais); c) nexo causal (só nos crimes materiais); d) tipicidade. Fato material: é aquele que existe independentemente de se enquadrar ou não ao modelo descritivo legal. A tipicidade é, portanto, irrelevante para a existência do fato material.

Ou seja, dentro do próprio fato típico, há quatro subdivisões nomeadas como, a conduta, o resultado, o nexa causal e a tipicidade.

Para Greco (2015, p. 203) “Conduta é sinônimo de ação e de comportamento. Conduta quer dizer, ainda, ação ou comportamento humano”. Dessa forma, a conduta, depende de uma prática humana, seja este comissivo (positivo) ou o omissivo (negativo), tendo em vista que ainda poderá ser dolosa, quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, ou também, culposa quando o agente viola o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia (CUNHA, 2017).

Assim, o artigo 18, parágrafo único do Código Penal retrata que “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Quer dizer, de acordo com o artigo supracitado, só poderá ser punida a conduta culposa do agente quando houver expressamente previsão legal (BRASIL, 1984).

Finalizando este primeiro integrante do fato típico, considera-se ainda sua subdivisão entre condutas comissivas e omissivas. Neste modo, o agente além de atuar com dolo e culpa, este poderá praticar a infração penal, fazendo ou deixando de fazer algo, sendo que este é obrigado a fazê-lo.

Nesse pensamento, a conduta se define no momento em que o agente se qualifica como objeto ilícito, por sua vez, conduta omissiva é a omissão, ou seja, quando o agente de certo modo se omite, ou deixa de agir (GRECO, 2015).

Da conduta realizada do agente, podem decorrer dois resultados, sendo estes o naturalístico e o normativo. Segundo, Sanches (2017) o resultado naturalístico se dá pela modificação no mundo exterior, perceptível pelos sentidos, provocada pelo comportamento do agente. Não são todos os crimes, no entanto, que possuem resultado naturalístico, havendo aqueles em que sua ocorrência é dispensável.

Contudo, nos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico não é apenas irrelevante, mas impossível, pois de acordo com o professor Capez (2011, p.287) “é o caso do crime de desobediência ou da violação de domicílio, em que não existe absolutamente nenhum resultado que



provoque modificação no mundo concreto”, ou seja, no caso acima citado, não ocorreu resultado naturalístico para a consumação do delito, pois a conduta do agente, por si só configura crime.

Por sua vez, o resultado normativo, apresenta-se como a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (SANCHES, 2017).

Para compreender o termo nexo causal, é necessário minuciar o conceito de causa. Causa é a conexão, ligação que existe numa sucessão de acontecimentos que pode ser entendida pelo homem. Acerca do nexo causal, há duas posições doutrinárias predominantes, a teoria da causalidade adequada e a da equivalência das condições.

Em relação ao nexo de causalidade, conforme Capez (2011) o Código Penal optou pela teoria da equivalência dos antecedentes causais ou *conditio sine qua non*. O artigo 13, caput, 2ª parte, prevê que, considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Atribui relevância causal a todos os precursores do resultado, caso considere que nenhum elemento, em que sua produção seja dependente, pode ser excluído da linha do desenvolvimento causal. Por fim, causa se define por qualquer condição ou resultado, e todos esses elementos precedentes tem o mesmo valor.

Define-se tipicidade, pela adequação de uma ação ou fato à norma jurídica positivada, isto é, a correspondência perfeita, a adequação exata entre o fato concreto e a descrição legal.

Por fim, ela se refere à conduta ou fato ao tipo, assim, à norma jurídica já positivada. Nesse sentido Damásio (2011) relata que, a tipicidade nada mais é do que a correspondência entre o fato que foi praticado pelo o agente e a descrição de cada espécie de delito que esteja contida em lei penal.

Segundo substrato do crime por ilicitude, ou antijuridicidade, entende-se a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo, inexistindo qualquer exceção determinando, incentivando ou permitindo a conduta típica. Resumindo é uma conduta típica não justificada (GRECO, 2015).

2.1.4 Culpabilidade

No direito penal moderno, culpabilidade nos remete a ideia de juízo de reprovabilidade, do modo que, recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar.



Para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito, são basicamente duas teorias desenvolvidas, sendo estas: o livre-arbítrio e o determinismo, (SANCHES, 2017).

Nesse sentido, Bitencourt (2014, p. 998) traz que:

O homem é um ser responsável, ou, mais exatamente, um ser com disposição à responsabilidade. Este é o critério decisivo, que o separa existencialmente (como homo phänomenon) e não somente normativamente (como homo noumenon) de todo o mundo animal.

Ou seja, com esse pensamento, nota-se que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho, do modo que, deverá ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida.

Entretanto, o determinismo, no qual tem como origem a Escola Positiva, se refere ao fato de que o homem não é capaz de atuar soberanamente em decisões/escolhas, devido aos inúmeros fatos internos e externos, capazes de influenciá-lo a realizar determinado fato ilícito (SANCHES, 2017).

Quanto à natureza jurídica da culpabilidade não há consenso na doutrina. Para os que adotam a teoria tripartida, a culpabilidade é o elemento do crime, já para os que adotam um conceito bipartido do crime, a culpabilidade não é um elemento do crime, mas sim um pressuposto de aplicação da pena, (JESUS, 2011).

Para os que adotam a teoria bipartite, o crime existe com os requisitos típico e ilicitude, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Assim, de acordo com esse posicionamento, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação de pena, juízo de reprovação e censura. Com o advento da reforma do Código Penal de 1984, seguiu essa corrente, bastando, o legislador observar a expressão “não há crime”, no que tange as cláusulas excludentes de culpabilidade, enquanto que, ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude, recorrerá a expressão “não a crime”, de modo que, a culpabilidade é dispensável para o reconhecimento do delito, para quem reconhece a teoria bipartite, (SANCHES, 2017).

Contudo, a corrente tripartite, relata que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com juízo de reprovabilidade extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio, com qual se envolveu fato típico e ilícito, de modo que, Brandão, (2015, p. 113) assim escreve:

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime, é necessário que existam todos os seus elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com



o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem; são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito.

Para que haja maior compreensão, é indispensável discorrer acerca da evolução histórica, tais como teoria psicológica da Culpabilidade, Teoria psicológica normativa, Teoria normativa pura da culpabilidade, Teoria limitada da culpabilidade.

A Teoria psicológica da culpabilidade foi idealizada por Franz Von Lyszt e Ernst von Beling, na qual, consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado na forma de dolo ou culpa. Assim, Nucci (2014, p.236) descreve:

É importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para esta corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vinculariam, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime).

Em suma, culpabilidade é dolo ou culpa. A imputabilidade penal é pressuposto de culpabilidade, portanto, somente se analisa se alguém age com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos). A teoria psicológica apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico;

A Teoria psicológica normativa por sua vez, na qual Reinhart Frank, em 1907, continua defendendo dolo e culpa na culpabilidade, sendo que, deixam de ser suas espécies para se transformarem em seus elementos, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, (SANCHES, 2017).

Hans Welzel, por sua vez defende a Teoria normativa pura da culpabilidade (ou extremada da culpabilidade), sendo que esta teoria tem como responsável a migração do dolo e da culpa para o fato típico. Sendo que o dolo é o primeiro substrato do crime.

Noutro giro, a culpabilidade ficou com os elementos da imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência da ilicitude.

Assim, em resumo, Brandão (2015, p.139):



Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertencente a ação, separado, portanto, da culpabilidade. Maurach sintetizou perfeitamente esse posicionamento ao afirmar que a finalidade e o dolo são a mesma coisa. A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica. "Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato realizado

Observando as mesmas premissas da teoria normativa pura, (no qual, o dolo na ação típica final e consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade), a teoria limitada da culpabilidade se distingue apenas no que toca à natureza jurídica das discriminantes putativas sobre a situação fática. Sendo que a limitada está voltada a hipóteses de erro de elemento do tipo, no qual, a extremada, equipara-se a erro de proibição (BITENCOURT, 2012).

Após relatar acerca das teorias, é necessário explanar sobre culpabilidade formal e material, sendo que o primeiro, tem como objetivo, ao que cabe ao legislador atribuir limites máximos e mínimos de pena abstrata atribuída a determinada infração penal, não obstante, a culpabilidade material é instituída quando um agente culpável pratica determinado fato típico e ilícito, para que assim caiba ao juiz fixar a pena, de modo que, este está inserido no artigo 59, caput, do Código Penal, sendo que o magistrado irá analisar para fixar a pena, (SANCHES, 2017).

Por fim, ainda dentro da Culpabilidade, a doutrina se ramifica entre os elementos da culpabilidade, no qual se divide em: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

No que tange sobre a Imputabilidade, o professor Greco, (2015), relata que, a imputabilidade nada mais é do que a capacidade de imputação, ou seja, infligir ao agente que cometeu determinada infração penal a responsabilidade para responder penalmente pela ação delitiva praticada.

Não obstante, a Inimputabilidade, é antagônico da Imputabilidade, isto é, o agente é incapacitado, pois o mesmo é doente mental ou imaturo, do modo que, o mesmo não poderá ser-lhe aplicado pena, porém poder-se-á aplicar-lhe medida de segurança (NUCCI, 2014).

Ainda, a Inimputabilidade é prevista no Código Penal, em seu artigo 26, caput: "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."



No artigo supracitado, estamos diante de uma anomalia psíquica, entretanto, o artigo 27, caput, da mesma lei, nos traz acerca de uma Inimputabilidade em razão da idade, “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” Ou seja, os menores não cometem delitos/crimes e sim infração penal, do modo que, os mesmos não responderam pelo o Código Penal e sim pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (SANCHES,2017).

Por fim, em relação ainda a Inimputabilidade, o artigo 28, do estatuto penal que não será excluída a imputabilidade penal, em razão da emoção, paixão e a embriaguez não accidental.

Noutro lado, os § 1º e §2º do artigo 28, apresentam causas de isenção de pena e redução de pena, sendo que o primeiro, quando o agente ignora o efeito inebriante da substância em caso fortuito, trazendo-lhe isenção de pena, entretanto em caso de força maior, o agente é obrigado a ingerir a substância, na qual a pena reduzir-se-á em um a dois terços (SANCHES, 2017).

Assim, finalizado o estudo acerca da Imputabilidade, trazendo à baila o estudo acerca da Potencial consciência da ilicitude, que nada mais é do que o agente compreender a reprovabilidade da sua conduta. Nesse pensamento Brandão (2015, p. 126).

Nessa toada, a consciência da antijuridicidade é a percepção da ação como desvaliosa, não se confundido, por isso mesmo, com a consciência da lei. Com efeito, porque lei e antijuridicidade são distintos, a consciência deles não poderia ser entendida como termos substancialmente equivalentes. Enquanto a lei é um ato próprio do poder legislativo, a antijuridicidade é um juízo de desvalor e é enquanto percepção do desvalor que conceituamos multirreferida consciência de antijuridicidade.

Além do mais, a Potencial consciência da ilicitude subdivide em Erro de Proibição e Erro de Tipo, por sua vez, o primeiro está previsto no artigo 21 do Código penal.

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Ou seja, expressar que não conhece a lei é inescusável, uma vez publicada no Diário Oficial da União presume-se o conhecimento de todos. Por sua vez, o Erro de Tipo não se confunde com o Erro de Proibição, nada mais é do que erro sobre as circunstâncias do fato, sobre elemento do tipo penal (SANCHES, 2017).

Finalizando o estudo sobre os elementos da culpabilidade, o último é a Exigibilidade de Conduta, que segundo Sanches, (2017), existe a necessidade que as circunstâncias tivessem a



possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Além do mais, temos previsto tais circunstâncias no artigo 22, do Código Penal, “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Ou seja, agindo desse modo, admite-se a exclusão da culpabilidade nos fatos ou diminuição da pena, pois o agente agiu em estado de necessidade, pois o perigo é atual eminente, ou por coação moral irresistível ou por fim, obediência hierárquica (GRECO, 2015).

Assim, conclui-se a parte introdutória, passando analisar o projeto em concreto.

2.1.5 Culpabilidade

Vê-se a importância de fazer uma breve consideração a respeito do princípio da igualdade, que por sua vez assume duas feições, sendo a formal e a material.

A igualdade formal (igualdade perante a lei, civil ou jurídica) consiste no tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial. A igualdade material (igualdade perante os bens da vida, real ou fática) tem por fim a igualização dos desiguais por meio da concessão de direitos sociais substanciais. Para isso, é necessário que o Estado atue positivamente, proporcionando aos menos favorecidos, igualdades reais de condições com os demais. A Constituição consagra a igualdade formal (CF, art. 5, caput) ao mesmo tempo em que impõe a busca de uma igualdade material, conforme se depreende de vários dispositivos, como os que consagram direitos sociais (CF, art. 6 e ss.) o que aponta a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil (CF, art. 3, III). (NOVELINO, 2010,).

Nessa medida, os direitos estampados no art. 6, da CF, não são efetivamente cumpridos pelo Estado e assim à criminalidade avançada, não se diga que a pobreza e a exclusão social fomentada pelo Estado é a única causa da criminalidade, não é isso, em absoluto. Mas, não podemos fechar os olhos para a realidade, e entender que a exclusão social de parcela da população brasileira contribui para o aumento do número de crimes.

Neste sentido, Ferrajoli, (2002, p. 135), descreve:

Em ambos os sentidos o princípio da igualdade não é uma tese descritiva, mas um princípio normativo; não um juízo de fato, mas um juízo de valor, ou mais simplesmente um valor, que vem postulado justamente porque se reconhece que os homens são diversos. A sua normatividade tem, todavia, nos dois casos, uma função oposta. Com a prescrição da igualdade formal convencionam-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política e afins. Com a afirmação da igualdade substancial se convencionam, ao invés, que eles devem ser



considerados tão iguais quanto possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais. Convirá chamar ‘diferenças’ às diversidades do primeiro tipo, e ‘desigualdades’, às do segundo. Uma devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas.

Verifica-se que o Estado tem uma parcela de culpa na criminalidade existente no país, mas deve-se ter a cautela de não inverter a lógica e, considerar o estado como criminoso e o criminoso como vítima. O Estado em sua parcela de culpa deve avaliar e dar melhores oportunidades àquele que descumpriu o contrato social, gerando a criminalidade e diminuindo de alguma forma a pena aplicada e, por fim criando medidas socioeducativas eficazes para suprir as necessidades de quem ficou à margem da sociedade.

Do modo que, o princípio da coculpabilidade é definido, de forma clara, por Grégore de Moura (2006, p.88) como:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Juarez Cirino (2005, p.136), de forma muito sucinta e prática nos conceitua a Coculpabilidade como:

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.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2014, p.541) conceitua Coculpabilidade sendo:

Se entiende por ‘co-culpabilidad’ la parte de ésta que corresponde a la sociedad en la limitación del ámbito de libertad del sujeto, que muchas veces se plantea como problema de responsabilidad moral. Es muy cierto que, planteado en estos términos, más que un problema dogmático, parecería ser un problema de ‘filosofía penal de sobremesa’. Pero la cuestión deja de ser una ‘responsabilidad moral’ de la sociedad y pasa a ser un problema práctico para el dogmático y el juez, cuando la reconoce la ley y se la descarga al autor. Eso es precisamente lo que hace nuestro CP en su art. 41, en que resalta particularmente la ‘co-responsabilidad’ en cuanto a las motivaciones económicas: ‘los motivos que lo determinaron a delinquir’ y, particularmente, ‘la miséria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.



Ou seja, a partir das citações acima, observa-se que a divisão de responsabilidades se faz necessária na contemporaneidade, especialmente nos países da América Latina, no caso em questão o Brasil, que registra o maior número de desigualdade, exclusão social e altos níveis de criminalidade.

Assim, se o Estado cumprisse o seu papel, que aliás é objetivo fundamental da República, é evidente que a criminalidade não seria extinta, mas seria reduzida em bom número. Portanto, o Estado, mesmo que de forma indireta, também é responsável pela prática dos crimes, ao lado do agente do fato, e a responsabilidade deve ser compartilhada.

E de que forma compartilhar a responsabilidade pelo cometimento de um crime entre autor do fato e Sociedade (Estado), já que o Estado não pode ser punido diretamente pelo Direito Penal. A saída é o juiz levar em consideração a falha do Estado, a exclusão social e reduzir a pena do agente do fato, através do atenuante inominada do art. 66 (GRÉGORE, 2006).

A cculpabilidade pode ser uma ferramenta à disposição dos juízes criminais para tornar o Direito Penal mais próximo da realidade e levando em consideração as condições do agente para estabelecer a pena justa, cumprindo o princípio gestor da individualização da pena.

Além do mais, a teoria da cculpabilidade não é muito tratado nas doutrinas brasileiras nem muito pelos magistrados, restando para alguns julgados ou trabalhos para explanar acerca.

Desse modo, ainda Zaffaroni, (2003, p.610-611) nos relata:

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'culpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar.

Assim, vemos que tal teoria poderia ser aplicada no sistema penal Brasileiro, pois além de vivermos em um país totalmente desigual, onde os direitos não são garantidos, sendo que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, orienta que o magistrado terá que aplicar a



pena de forma individualizada, sendo plenamente cabível aplicação da teoria juntamente com o artigo supracitado com o artigo 66 do Código Penal, (GRÉGORA, 2006).

Contudo, a jurisprudência brasileira tem refutado a aplicação do princípio, fechando os olhos para a realidade do Direito Penal brasileiro, em verdadeiro retrocesso. A partir da próxima citação, vemos que aplicação da atenuante não costuma obter êxito, não sendo aplicado em turmas criminais no ano de 2018.

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES TENTADO - AUSÊNCIA DE PROVAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ATENUANTE INOMINADA - COCULPABILIDADE - DESPROVIMENTO. I. O conjunto harmônico das provas judiciais é suficiente à demonstração da autoria. II. Os relatos da vítima e das testemunhas têm especial relevo em crimes contra o patrimônio, principalmente quando amparados pela confissão judicial do comparsa. III. É necessário, para o reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66 do CP, um comportamento relevante do próprio acusado. Os fatores sociais só devem ser considerados na aplicação da pena caso o Magistrado identifique a relação necessária entre a omissão estatal e o fato danoso praticado, o que não é a hipótese. IV. Recurso desprovido.

(TJ-DF 20160510025796 DF 0002535-56.2016.8.07.0005, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 15/03/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/03/2018 . Pág.: 246/248).

Porém, existem magistrados, que aplicam a teoria da coculpabilidade, no caso, conforme sentença prolatada no dia 21 de setembro de 2016, o MM. Juiz, Dr. Marcelo Carneval, aplicou a teoria em razão da falta de políticas públicas:

De um lado, presente a atenuante inominada do ar. 66, do CP, qual seja, a coculpabilidade, em razão da ausência do Estado (falta de políticas públicas). O acusado é usuário de drogas, e o Estado nada fez para tratar o agente, de modo que isso contribuiu, e muito para a reiteração em crimes patrimoniais.

(TJ-PR 0016942-67.2016.8.16.0021, Relator: MARCELO CARNEVAL, Data de Julgamento 21/09/2016, 1ª VARA CRIMINAL DE CASCAVEL, Data de Publicação: 23/09/2016 sob nº 734.133.817).

Ou seja, assim, aplicação torna-se cabível e mais justo, tratando os desiguais de acordo com suas desigualdades, pois vemos um código penal de 1940, desatualizado e que necessita urgentemente de ser atualizado.

É claro que nem todos os crimes serão aplicados a atenuante, visto que, nem todos os casos o Estado tem parcela de culpa, entretanto, mais adiante veremos que é possível aplicar a teoria de forma inversa. (exemplos de delitos não poderiam ser aplicado a atenuante seriam os crimes dolosos contra a vida).



Não obstante, vemos que o código penal da Argentina, em seus artigos 40 e 41 traz expressamente que o magistrado terá que observar as condições financeiras do agente.

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

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

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

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

Vemos que no artigo 41 mais precisamente no inciso 2 que o Juiz deverá analisar os fatos que fizeram o agente cometer o delito, sendo que especialmente a miséria e a dificuldade para o seu sustento, do modo que o juiz deverá aplicar a atenuante.

Não só a argentina, temos outros países em vias de desenvolvimento como Bolívia em seus artigos 38 e 40, no Paraguai traz expressamente em seu artigo 65, § 2ª, alínea 5.

Portugal, sendo um país desenvolvido, participando do núcleo da união europeia, também relata expressamente que o juiz terá que observar as condições financeiras do agente.

Assim, resta-nos uma questão, os países como Argentina, Bolívia, Paraguai já tem expressamente previsto a aplicação da teoria da coculpabilidade, ou Portugal, mãe da Língua Portuguesa, também prevê tal instituto, porque o Brasil, sendo um país tão desigual não deverá aplicar?

Entretanto, partindo para o final do objetivo do trabalho, não há que se falar apenas em atenuante de pena, porém, também temos que relatar um pouco da possibilidade de uma agravante de pena, sendo está a Teoria da Coculpabilidade às Avessas, defendendo esta tese, Grégrore, relata.

Utilizando a interpretação teleológica, tentaremos conceber a co-culpabilidade para aumentar a reprovação social e, por conseguinte, elevar a pena.

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (co-responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social. (2006, pag.101).



Através da leitura acima, vemos que, considerando a condição financeira do agente, é possível sim a aplicação de uma agravante, pois, o agente que venha a ter a sua pena elava, considera que o mesmo teve oportunidades, ao contrário de quem mereça uma atenuante de pena.

Não obstante, a lei número 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), em seu artigo 76, inciso IV, prevê que, se por pessoa pública ou pessoa cuja a condição sócio econômica seja manifestamente superior ao da vítima, ente terá sua pena agravada.

Finalizando o pensamento, Gregrore, (2006, p.103), explica:

Assim, não reconhecemos a co-culpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal, visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desvirtuar a finalidade para a qual foi criada. Além disso, a reprovação daqueles que são incluídos socialmente já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não carecendo, com efeito, de uma exacerbação na punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena previsto no art. 59 do Código Penal.

Assim, vemos que, além de possível uma atenuante, por consideram a condição econômica do agente desfavorável do agente, podemos analisar da mesma forma, que, quando o agente tem condições econômicas, sociais, oportunidade de emprego, estudo e saúde, o mesmo quando delinquir, deverá ter sua pena agravada, pois o mesmo sabendo da ilicitude, e tendo oportunidade de não realizar, acaba delinquindo.

3. METODOLOGIA

O seguinte trabalho se refere a um projeto de pesquisa. O principal método utilizado foi o qualitativo bibliográfico, e teve como apoio diversas fontes, pesquisas e doutrinas.

O trabalho teve início em fevereiro de 2018, com sua conclusão em junho e sua suposta apresentação acontecerá no final de junho, ainda no mesmo ano. Realizado por um acadêmico de Direito, do 9º Período do Centro Universitário FAG.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

A desigualdade social existe na maioria dos países da atualidade, sejam eles pobres ou ricos, contudo, a tal desigualdade é um fenômeno que ocorre principalmente em países subdesenvolvidos.



Com base nesses contrastes, Eugenio Raúl Zaffaroni, jurista e magistrado argentino, desenvolveu a teoria da Culpabilidade, na qual, seu objetivo principal é compartilhar as responsabilidades.

Em outras palavras, tendo em vista que o Estado não cumpriu com os direitos sociais, até mesmo com as esferas sociais de classe baixa, disponibilizando a educação de qualidade, saúde e oportunidade de trabalho (artigo 6 da Constituição Federal de 1988), este também de forma indireta, será responsável pela criminalidade.

O intuito desse trabalho é desenvolver uma contribuição para uma maior aplicação dessa teoria no ordenamento brasileiro, trazendo uma reflexão a respeito da incompatibilidade entre a dosagem penal espelhada no atual Código Penal e a Constituição Federal de 1998.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, vemos a necessidade de uma atualização imediata no Código Penal Brasileiro, visto que, o mesmo está em vigência desde 1940, ou seja, foi promulgado na era de Getúlio Vargas.

Além do mais, vê-se como premente uma aplicação da teoria, pois, como acima citado o Código não prevê expressamente a possibilidade de o magistrado aplicar uma correta individualização da pena, tratando o desigual aos desiguais para buscar uma igual social. A culpabilidade busca a análise das condições pessoais do agente do fato delituoso, atribuindo ao Estado parcela de responsabilidade pela criminalidade, especialmente em algumas categorias de delito.

Assim se remete à culpabilidade, porque não é justo que pessoas excluídas da sociedade, que não receberam o devido amparo do Estado e também de suas famílias, sejam punidas da mesma forma, com o mesmo quantum de pena que aquelas que, diante de melhores condições financeiras, tiveram acesso à educação de qualidade, à saúde, aos meios de informação, lazer, família estruturada, oportunidades de emprego entre outros requisitos benéficos.

Assim, se um sujeito com condições favoráveis (condições financeiras, educacionais etc.) e outro com condições desfavoráveis cometem o mesmo crime, e as circunstâncias do crime são idênticas, ambos são primários e não contam com maus antecedentes, a pena será a mesma.



E essa igualdade é justa? A mesma pena representa a mera igualdade formal, afastando, porém, a igualdade material, pois diante do caso concreto o Judiciário está tratando da mesma forma pessoas em condições desiguais.

Desse modo, a Teoria da Culpabilidade tem como possibilidade trazer um pouco dessa desigualdade, aplicando atenuante quando o agente não teve as igualdades básicas constitucionais, e uma agravante de pena, quando o agente, teve as oportunidades como educação, saúde, lazer, alimentação, entre outros, e mesmo assim o agente acabou por delinquir.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, **Código Penal De La Nacion**, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Trato de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª. Ed. Editora Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**: 4ª. Ed. Editora Atlas S.A. 2015.

BRASIL, **Código Penal**, conforme Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral - Volume Único. 5. ed. Salvador - Bahia: JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. Niterói - RJ: Impetus Ltda., 2015.

JESUS, Damásio de, **Direito Penal Parte Geral**: 32. Ed. Editora Saraiva, 2010.



6º SIMPÓSIO
DE SUSTENTABILIDADE



26 A 28 DE JUNHO DE 2018



MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 170. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, 130 p.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da co-culpabilidade.** Editora Impetus, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** 10ª. Ed. Editora Forense LTDA. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul **et al. Direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal:** Parte General. 2.ed. Buenos Aires. Ediar, 2014