



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

IGOR NEPOMUCENO TORRES

**A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

**FORTALEZA
2011**

IGOR NEPOMUCENO TORRES

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

Monografia apresentada como exigência parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob a orientação de conteúdo e metodológica do
Professor Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA
2011

IGOR NEPOMUCENO TORRES

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Samuel Miranda Arruda (orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará

Mestrando Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará

A meus pais, Taumaturgo e Jô.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, meu Senhor, Salvador e Amigo. Dele é toda a glória. Agradeço também à Maria Santíssima, minha Mãe, por sua perfeita intercessão por mim e à Esposa de Cristo, a Igreja Católica, por seus ensinamentos que me formam.

Agradeço também a meus pais. A meu pai, Taumaturgo, pelo constante apoio, auxílio, amor, carinho e dedicação e por me ensinar a sempre seguir os valores mais nobres. A minha mãe, Jô, pela dedicação incondicional a seus filhos, pelo auxílio, apoio, carinho e amor insubstituíveis dado a nós, que ainda recebemos dela lá do Céu. A meus irmãos, Torres, Ivna e Ylan, pela amizade e apoio.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda pela orientação, atenção e auxílio prestados a mim neste trabalho.

Ao Dr. Renan Cajazeiras Monteiro pela amizade e pelos ensinamentos que me transmitiu em Direito Penal bem como pelo incentivo ao estudo do tema.

“[A autoridade] deve tornar acessível a cada um aquilo de que precisa para levar uma vida verdadeiramente humana: alimento, vestuário, saúde, trabalho, educação e cultura, informação conveniente, direito de fundar um lar etc.

[...] A sociedade garante a justiça social realizando as condições que permitam às associações e a cada um obter o que lhe é devido.

[...] A dignidade igual das pessoas humanas exige o esforço para reduzir as desigualdades sociais e econômicas excessivas e leva ao desaparecimento das desigualdades iníquas”

(Catecismo da Igreja Católica)

RESUMO

A coculpabilidade é menor reprovabilidade da conduta do agente em decorrência de seu menor grau de autodeterminação. O grau de autodeterminação é fixado de acordo com oportunidades a ele oferecidas. A coculpabilidade deriva da culpabilidade, essa permeia todo o Direito Penal e tem especial importância na fase de aplicação da pena. O grau de autodeterminação é influenciado por diversos fatores, podendo se tornar tão reduzido que inexigível seria outra conduta do agente, como no caso da coação moral irresistível, não merecendo a conduta censurabilidade. Outros fatores reduzem também esse grau de autodeterminação sem tornar inexigível outra conduta, porém tal redução diminui a censurabilidade da conduta do agente. Entre esses fatores, estão as condições sociais, econômicas e culturais do agente, tendo influência sobre elas a presença ou ausência dos direitos básicos de todo cidadão como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, segurança entre outros. Quando não são assegurados direitos básicos pela sociedade ou pelo Estado ao indivíduo, reduzidas ficam suas oportunidades sociais e, caso essas tenham relação com o cometimento do delito, o agente terá menor reprovabilidade em virtude de seu menor grau de autodeterminação, conseqüentemente menor será sua pena. Desse modo, importante se faz o estudo da teoria do crime para a análise dos elementos do crime, bem como da culpabilidade de quem deriva a coculpabilidade e por fim da coculpabilidade, com a análise do direito comparado, da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico penal brasileiro, da jurisprudência sobre o assunto e da posituação do princípio.

Palavras-chave: Direito Penal; Culpabilidade; Coculpabilidade; Direitos básicos; Pena.

RESUMEN

La co-culpabilidad es el menor reproche de la conducta del agente en debido a su menor grado de autodeterminación. El grado de autodeterminación es fijado de acuerdo con las oportunidades a él ofrecidas. A co-culpabilidad deriva de a culpabilidad, esa permea todo el Derecho Penal y tiene especial importancia en la fase de aplicación de la pena. El grado de autodeterminación es influenciado por diversos factores, pudiendo se tornar tan reducido que inexigible sería otra conducta del agente, como en el caso de la coacción moral irresistible, no mereciendo reproche la conducta. Otros factores reducen también ese grado de autodeterminación sin torna inexigible otra conducta, pero tal reducción disminuye el reproche de la conducta del agente. Entre esos factores, están las condiciones sociales, económicas y culturales del agente, teniendo influencia sobre ellas la presencia o ausencia de los derechos básicos de todo ciudadano como educación, salud, alimentación, habitación, trabajo, seguridad entre otros. Cuando no son asegurados derechos básicos por la sociedad o por el Estado al individuo, reducidas son su oportunidades sociales y, caso esa tengan relación con el comisión del delito, el agente tendrá menor reproche en razón de su menor grado de autodeterminación, por consiguiente menor será su pena. Así, importante se hace el estudio de la teoría del delito para el análisis de los elementos del crimen así como de la culpabilidad de quien deriva la co-culpabilidad y al final de la co-culpabilidad, con el análisis del derecho comparado, de la aplicabilidad del principio de la co-culpabilidad en el ordenamiento jurídico penal brasileño, de la jurisprudencia acerca el asunto y da positivación del principio.

Palabras-claves: Derecho Penal; Culpabilidad; Co-culpabilidad; Derechos básicos; Pena.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA DO CRIME.....	13
2.1 Sistema Clássico	14
2.1.1 Críticas ao Sistema Clássico.....	16
2.2 Sistema Neoclássico	17
2.2.1 Críticas ao Sistema Neoclássico	19
2.3 Sistema Finalista da Ação	20
2.4 Teoria Bipartite e Tripartite.....	22
3 CULPABILIDADE.....	24
3.1 Imputabilidade.....	24
3.1.1 Menoridade.....	26
3.1.2 Culpabilidade reduzida.....	27
3.1.3 Embriaguez.....	28
3.1.4 Embriaguez acidental	30
3.1.5 Embriaguez patológica	31
3.1.6 Emoção e paixão.....	31
3.2 Potencial consciência da ilicitude	32
3.2.1 Discriminantes putativas.....	34
3.3 Exigibilidade de conduta diversa	36
3.3.1 Coação moral irresistível.....	37
3.3.2 Obediência hierárquica.....	38
3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.....	39
4 COCULPABILIDADE.....	42
4.1 Responsabilidade pela coculpabilidade	43
4.1.1 Coculpabilidade do Estado	44
4.1.2 Coculpabilidade da sociedade	49
4.2 Coculpabilidade no Direito Comparado.....	52
4.3 A aplicabilidade da coculpabilidade no ordenamento penal brasileiro.....	56
4.4 Aplicação do princípio da coculpabilidade	57
4.5 Coculpabilidade nos tribunais brasileiros.....	60
4.6 Posituação da coculpabilidade.....	65

5 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Essa monografia abordará o princípio da coculpabilidade, tendo como objeto a análise da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade no ordenamento penal brasileiro, tendo em vista que a redução das oportunidades sociais dadas a certos indivíduos reduz seu grau de autodeterminação, por consequência menor será sua censurabilidade logo menor deve ser sua pena.

Sabe-se que a ausência de direitos sociais, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, segurança entre outros reduzem as oportunidades sociais de um indivíduo. Havendo redução das oportunidades sociais a ele oferecidas, reduzidas também ficam a sua escolhas de condutas, portanto menor é seu grau de autodeterminação. Ainda que haja redução das possibilidades de escolha de condutas conforme o Direito, na maioria das vezes, não é possível a configuração da inexigibilidade de conduta diversa, visto que, ainda que reduzidas, havia tal possibilidade, todavia inegável é que reduzido estava seu grau de autodeterminação, portanto menor é a reprovabilidade de sua conduta.

Se a diminuição de suas possibilidades sociais não pode ser imputada ao indivíduo, o ente responsável pela diminuição deve arcar com parcela da culpabilidade do agente por ter reduzido o seu grau de autodeterminação. Dificilmente a redução das oportunidades sociais, econômicas e culturais pode ser atribuída a uma ou algumas pessoas, devendo ser atribuída ou à sociedade ou ao Estado por não ter garantido seus direitos sociais, o que ocasionou a diminuição das oportunidades sociais oferecidas ao condenado.

Para realizar o estudo do princípio e de sua aplicabilidade, essa monografia foi dividida em três capítulos que abordam, respectivamente, a teoria do crime, a culpabilidade e coculpabilidade. Os capítulos são conexos, servindo os primeiros como suporte cognitivo para análise do último.

No primeiro capítulo, se abordará a teoria do crime e sua evolução histórica, com destaque para os Sistemas Clássico, Neoclássico e Finalista da Ação, e no qual se exporá as divisões dos elementos do crime para cada teoria sem olvidar de apresentar as críticas a cada

um desses sistemas. Por fim, também serão abordadas brevemente as teorias Bipartite e Tripartite do crime.

Após isso, no segundo capítulo, será abordada a culpabilidade com seus elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, estudando também as causas que excluem a culpabilidade bem como as que somente as reduzem. Portanto serão abordadas as seguintes causas e suas consequências penais: imputabilidade; menoridade; culpabilidade reduzida; embriaguez; embriaguez acidental; embriaguez patológica; emoção e paixão; potencial consciência da ilicitude; discriminantes putativas; inexigibilidade de conduta diversa; coação moral irresistível; obediência hierárquica; inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Por fim, o terceiro capítulo, será dedicado à análise da coculpabilidade, abordando seu conceito, seus elementos e suas consequências penais bem como de onde deriva e o que gera a coculpabilidade, posteriormente será analisado a quem pertence a responsabilidade pela coculpabilidade se ao Estado ou à sociedade. Igualmente será analisado o direito comparado, o posicionamento da jurisprudência nacional sobre o tema e a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, será abordada a possibilidade de posituação do mencionado princípio no ordenamento penal pátrio. Na conclusão, reafirmam-se os entendimentos expostos neste trabalho, destacando-se as principais ideias.

2 TEORIA DO CRIME

Para melhor entender a coculpabilidade, faz-se necessário analisar a Teoria do Crime, neste primeiro capítulo, será estudada sua evolução histórica, dando especial atenção ao estudo da Teoria do Delito nos Sistemas Clássico, Neoclássico e Finalista da Ação. Na transição entre essas doutrinas, o elemento que sofreu as mais significativas mudanças foi a culpabilidade, o que fez com que cada uma delas ganhassem uma denominação no que se refere à culpabilidade, que são, respectivamente, Teoria Psicológica da Culpabilidade, Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade e Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, denominações que também serão utilizadas neste trabalho.

Em um primeiro momento do Direito Penal, era consagrada a responsabilidade objetiva. Entre os povos primitivos bastava o nexos de causalidade entre a conduta e resultado, para que aquela fosse considerada criminosa, devendo, portanto, o agente receber uma sanção. Na lição de Aníbal Bruno:

As condições de pena sacral e da vingança de sangue satisfaziam-se com o aspecto objetivo do fato punível. Bastava a relação de causalidade física, que prende o fato como efeito ao homem como a sua causa, para determinar a responsabilidade. A pena recaía, então, sobre aquele que praticara o ato, fosse este voluntário ou não, existem ou não as condições de imputabilidade, o que juntava na mesma categoria de passíveis de pena os sãos e os insanos mentais ou imaturos mentais.¹

E continua o mesmo autor exemplificando as penas que, mesmo sem culpabilidade, incorriam os apenados: “Nos primeiros tempos, aquele que, embora sem culpabilidade, causasse a morte de um homem, incorria na vingança de sangue, e lesões corporais involuntárias tornaram passíveis o agente de pena de talião ou da composição forçada.”²

A existência de uma responsabilidade objetiva ofende o princípio por nós conhecido e consagrado do *nullum crimen sine culpa*, que em nosso Código Penal está expresso no parágrafo único do art. 18³ e no art. 19⁴.

¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**; Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. 2. p. 13-14.

² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**; Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. 2. p. 14.

³ Art. 18. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Para a época, tendo o agente dado causa a um resultado visto como criminoso ainda que não dotado de dolo ou culpa, receberia a punição pelo delito, no entanto a visão do Direito Penal que até então acolhia a responsabilidade objetiva, adotado pelos povos bárbaros, em especial os germânicos, e igualmente pelos romanos primitivos, sofreu um importante modificação com a evolução cultural. Na precisa lição de Mirabete:

Percebeu-se, porém, no decorrer da evolução cultural, que somente podem ser aplicadas sanções ao homem causador do resultado lesivo se, com seu comportamento, poderia tê-lo evitado. [...] Isso significa que é necessário indagar se o homem quis o resultado ou ao menos podia prever que esse resultado iria ocorrer. Torna-se assim indispensável, para se falar em culpa, verificar se no fato estavam presentes a vontade ou a previsibilidade.⁵

Com esse entendimento, de que o para a ocorrência do crime seria necessário um vínculo psicológico que unisse o agente e o fato praticado, surgiu a Teoria Psicológica da Culpabilidade ou Sistema Clássico, que se aborda a seguir.

2.1 Sistema Clássico

Essa doutrina é fruto do positivismo jurídico do século XIX, sistema que tem como principal expoente Franz Von Liszt, sendo essa teoria a primeira a conceituar crime como ação típica, antijurídica e culpável. Serão abordados, neste tópico, os conceitos da ação, do tipo, da antijuridicidade e da culpabilidade para esse sistema.

Ao abordar o conceito de ação para a teoria, Rogério Greco preleciona: “A ação era concebida como movimento humano voluntário, que causava uma modificação no mundo exterior. No conceito de ação estava também embutido também o resultado”⁶. Cezar Roberto Bitencourt assevera que Von Liszt reduziu “a ação a um *processo causal* originado por impulso voluntário.”⁷

⁴ Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente

⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**; 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 195.

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 384. (Grifo do autor)

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 417. (Grifo do autor)

O tipo e a tipicidade, no sistema clássico, eram destituídos de qualquer elemento subjetivo, ainda na precisa lição de Bitencourt, “O tipo e a tipicidade representavam o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descritivo na lei. Deixa fora do tipo e da tipicidade todas as circunstâncias subjetivas ou internas do delito”⁸. Para essa teoria, a configuração do fato típico surgia da mera comparação da conduta realizada pelo agente com a descrita na lei, ausente qualquer aspecto interno do agente.

Quanto à antijuricidade, essa doutrina a tinha também em consideração somente aspectos objetivos. Constituía uma análise de que, se diante da conduta típica, não havia nenhuma causa de justificação no ordenamento jurídico, a conduta seria antijurídica. Vê-se na lição de Rogério Greco, como essa teoria caracterizava a antijuricidade:

Sua caracterização limitava-se à comprovação de que a conduta do agente contrariava a lei penal. Não havia necessidade de se indagar sobre o elemento subjetivo do agente, já que a antijuricidade possuía uma natureza objetiva. As causas de exclusão da ilicitude por conseguinte, também eram aferidas objetivamente. Não se devia perquirir, por exemplo, na legítima defesa, se o agente tinha ou não conhecimento de que agia nessa condição. Bastava amoldar objetivamente a sua conduta a uma situação de legítima defesa para o reconhecimento desta causa de exclusão da ilicitude. A ilicitude possuía natureza puramente formal.⁹

No entanto, era através da culpabilidade que se assegurava esse vínculo psicológico entre o autor e o fato, uma vez que, para esse sistema, é precisamente na culpabilidade que se localizava os elementos subjetivos do crime, que, para essa teoria, eram o dolo ou a culpa, suas espécies.

Fruto do pensamento positivista, em tal sistema, a culpabilidade não tinha elementos valorativos ou qualquer elemento normativo, mas tão somente uma descrição de uma relação psicológica.¹⁰

A imputabilidade não constituía elemento da culpabilidade, mas pressuposto desta, portanto antes da análise do dolo ou da culpa analisava-se se o agente era capaz responder pelo fato típico e ilícito por ele praticado.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 258.

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 385.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**; 9.ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 523.

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli definindo o sistema clássico nos dizem “O injusto se ocupava, pois, dessa relação física – causação do resultado- enquanto à culpabilidade cabia a missão de tratar da relação psíquica”¹¹.

Essa teoria, dominante no século XIX e resultante do pensamento positivista, representou um enorme avanço para o Direito Penal, entretanto era passível de muitas críticas, as quais serão apresentadas no próximo tópico.

2.1.1 Críticas ao Sistema Clássico

São apresentadas diversas críticas ao Sistema Clássico, problemas que essa doutrina não conseguia resolver conceituando o crime como ação típica, ilícita e culpável, tendo como espécies da culpabilidade apenas o dolo e a culpa.

Uma das críticas ao Sistema Clássico era a notória impossibilidade de o dolo, formado pela previsão mais vontade, e a culpa, formada pela infringência a um dever de cuidado, serem integrantes de um denominador comum, a culpabilidade.

Contudo, a maior crítica a essa teoria é a chamada culpa inconsciente, na qual o sujeito não previa o resultado, mas deveria prevê-lo, sendo negligente, imperito ou imprudente, no entanto percebe-se que, se não poderia prevê-lo, não há qualquer vínculo psicológico do autor com o resultado, logo, se não há vínculo psicológico, não há crime, visto que não há culpabilidade.

Outra crítica levantada é sobre a necessidade exculpante¹², uma vez que, nessa situação, houve fato típico, ilícito e culpável, visto que ocorreu um vínculo psicológico do

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de Direito Penal Brasileiro**; 9.ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 523.

¹² Para os adeptos da Teoria Unitária, considera-se em estado de necessidade justificante o agente que pratica um fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, um bem jurídico sacrificando outro bem jurídico de menor ou igual valor. Nesse caso não haveria um ilícito. Sendo o estado de necessidade exculpante o sacrifício de um bem de maior valor para salvar o de menor valor e sendo

autor com o resultado e este foi doloso, portanto para a sistema clássico foi culpável, pode-se concluir, então, que o fato considerado devia ser tido como crime.

Ainda tem-se como deficiência do sistema o caso da coação irresistível e o da ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, pois nesses casos continua existindo vínculo psicológico entre autor e fato, este típico e ilícito, e, assim, essas ações são tidas como criminosas, uma vez que são típicas, ilícitas e culpáveis na definição da teoria psicológica da culpabilidade.

2.2 Sistema Neoclássico

O Sistema Neoclássico, que tem como fundador Reinhard Frank, veio solucionar muitos dos problemas que eram apresentados ao Sistema Clássico, modificando substancialmente a Teoria do Crime, mudando todos seus elementos: tipo, antijuridicidade e culpabilidade.

Neste tópico, para a ação, tipicidade e antijuridicidade, seguir-se-á a análise desses elementos do crime para a Teoria do Sistema Neoclássico através do pensamento de Paz Aguado reproduzido por Rogério Greco¹³

A ação agora será considerada também em seu sentido normativo, deixando ser considerada unicamente em sentido natural, podendo, desse modo, ser compreendido tanto no sentido positivo, comissivo, quanto no sentido negativo, omissivo.

Quanto à tipicidade ela não está mais vinculada unicamente à descrição de uma ação, mas agora ganha elementos normativos de valoração e igualmente descobrem elementos subjetivos que deveriam integrar o tipo, como por exemplo, os ânimos: *animus furandi*, *animus necandi*.

inexigível, nas circunstâncias, outra conduta do agente, logo essa conduta seria ilícita, mas não culpável. Para os adeptos da Teoria Diferenciadora, somente estaria o agente em estado de necessidade justificante se o sacrifício fosse de bem de menor valor. Estando em estado de necessidade exculpante se o sacrifício fosse de bem de igual ou maior valor e se fosse inexigível, nas circunstâncias, outra conduta do agente.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 388.

Já a antijuridicidade recebe um conteúdo material, a danosidade social, ou seja, segundo essa doutrina para que a conduta seja ilícita, não basta mais somente a mera oposição formal à norma, sendo isso insuficiente para justificar a intervenção penal, necessitando, portanto, também de uma danosidade social.

A culpabilidade foi, nessa teoria, a que recebeu a mudança mais significativa, resolvendo muito dos problemas apresentado pelo Sistema Clássico. Nesse novo sistema, abandonou-se a concepção de que a culpabilidade era composta somente pelo dolo e pela culpa, sendo a imputabilidade seu mero pressuposto.

Para o Sistema Neoclássico, a culpabilidade deixa de ser apenas um vínculo psicológico entre o autor e o fato para ganhar também um conceito de reprovabilidade da conduta, tendo agora dois aspectos: um psicológico e outro normativo, em virtude disso é também conhecida como Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.

Passaram agora a ser elementos, e não mais espécies, da culpabilidade a culpa e o dolo. O dolo trazia como inovação a exigência para sua configuração do conhecimento da ilicitude do fato. Os outros elementos da culpabilidade eram a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade, que deixou de ser pressuposto da culpabilidade. Assim para que uma conduta fosse considerada culpável seria necessário além do dolo ou culpa, seus elementos psicológicos, que o agente fosse imputável e que pudesse ser exigido uma conduta diferente da praticada, seus elementos normativos.

Agora com entendimento de reprovabilidade que adquiriu a culpabilidade restavam solucionadas as críticas ao Sistema Clássico quanto ao problema da necessidade exculpante, ao da coação irresistível e ao da ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Na precisa lição de Cezar Roberto Bitencourt.

Enfim, a partir dessa teoria normativa, *dolo* e *culpa* deixam de ser considerados como *espécies de culpabilidade*, ou simplesmente como “a culpabilidade”. Passam a constituir, necessariamente, *elementos da culpabilidade*, embora não suficientemente. Em outros termos, poderá existir dolo, sem que haja a

culpabilidade, como ocorre nas causas de exculpação em que a conduta, mesmo dolosa, não é censurável.¹⁴

No entanto, essa teoria, assim como a teoria clássica, também apresenta alguns problemas, os quais serão abordados a seguir. Estes somente foram solucionados definitivamente com advento da Teoria Finalista da Ação.

2.2.1 Críticas ao Sistema Neoclássico

Ao Sistema Neoclássico, embora seja considerado um avanço, apresentam-se algumas críticas, no entanto em menor número que as apresentadas à teoria anterior. O primeiro problema apresentado por essa teoria é quanto ao aspecto psicológico do dolo, que é magistralmente exposta por Damásio E. de Jesus:

[Essa Doutrina] peca por alguns defeitos encontrados na doutrina psicológica. Assim, o dolo é um a fator psicológico que sofre um juízo de valoração. Se é assim, o dolo não pode estar na culpabilidade. Deve estar fora dela para sofrer a incidência do juízo de censurabilidade. É coeficiente da culpabilidade, não seu elemento. Como diz Maurach, ‘se se diz ‘a culpabilidade é uma censura’ faz-se um juízo de valoração em relação ao delinqüente. Em consequência, a culpabilidade deve ser um fenômeno normativo, seus elementos devem ser normativos. O dolo, porém, apresentado por essa teoria, como elemento da culpabilidade, não é normativo, mas psicológico Segundo um provérbio alemão, a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está na cabeça do réu. Assim, o dolo não pode manifestar um juízo de valoração; ele é objeto desse juízo.¹⁵

Para essa doutrina, seria necessária para existência do dolo, além da vontade de realizar a conduta, ter o agente a consciência real da ilicitude de sua conduta, portanto o dolo deixou de ter um aspecto puramente psicológico expresso pela vontade, adquirindo um caráter misto, somando-se ao psicológico um normativo, conforme visto, a consciência real da ilicitude¹⁶. No entanto com tal entendimento, surgiu um problema, no que se refere a punibilidade da pessoa que não tem a consciência da ilicitude, veja-se um exemplo: um turista

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 422-423. (grifo do autor)

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 505.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 423.

pratica uma tentativa de um delito que no seu país sequer é tipificado e como não teve consciência real da ilicitude, não teve dolo; logo se não houve dolo, subsistiria, segundo essa doutrina, uma conduta culposa, no entanto o fato seria uma tentativa de crime culposos, que, por si só, é um absurdo.

Esses problemas vão ser todos solucionados pela Teoria Finalista da Ação que embora não seja a mais recente teoria (existem mais recentes como a Teoria Social da Ação ou o Funcionalismo), é a mais adotada, uma vez que é a que melhor consegue resolver os problemas da Teoria do Crime, esta será apresentada no tópico seguinte, e a utilizada como base no restante desse trabalho.

2.3 Sistema Finalista da Ação

Doutrina proposta na década de 1930 na Alemanha por Hans Welzel, essa teoria defende o caráter finalista da ação humana. Ensinava seu autor que a causalidade era produto da mente humana, ou seja, o ser humano sabe naturalmente da causalidade dos atos, consegue entender as consequências de seus atos, a partir desse entendimento aplica uma finalidade para suas ações, logo a ação criminosa deveria deixar de ser entendida em uma relação de causalidade, mas agora de finalidade, segundo nos expõe o próprio Welzel, citado por Rogério Greco:

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dito em forma gráfica – *vidente*, a causalidade, *cega*¹⁷

No entanto, Welzel, recebeu críticas a sua teoria quanto aos crimes culposos, uma vez que nas infrações culposas, a ação humana não está dirigida finalisticamente ao resultado, porém o fato ocorreu por uma ausência de dever de cuidado do autor. O referido doutrinador,

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 390. (Grifo do autor)

finalmente, consegue conciliar o delito culposo com a teoria, afirmando que, na conduta culposa, o agente age finalisticamente nos meios utilizados e não para a consecução do resultado, como, por exemplo, ao dirigir em alta velocidade perto de uma escola, um motorista atropela uma criança, nesse caso o agente teve a finalidade de dirigir perigosamente, devendo ser punida sua conduta.

Agora se analisará a Teoria Finalista da Ação quanto à conceituação do tipo, da antijuridicidade e, principalmente, analisando a localização do dolo e da culpa nessa teoria com relação à anterior, bem como a culpabilidade, que agora passará a ser entendida, como se verá, apenas em seu aspecto normativo.

O tipo, que já havia tido muitos avanços com o Sistema Clássico ao receber aspectos normativos de valoração e subjetivos como os ânimos na tipicidade, sofreu a principal modificação ao ter deslocados para ele o dolo e a culpa. O dolo, deve-se ressaltar, será o dolo natural, puramente psicológico, agora sem a necessidade da consciência da ilicitude da conduta.

Quanto à análise da antijuridicidade, esta será considerada como a oposição entre a conduta praticada e o ordenamento jurídico. Seguindo o raciocínio de Welzel, Mirabete conclui “A antijuridicidade é um juízo de *desvalor* que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico”.¹⁸

Conforme visto, da culpabilidade saíram, na Teoria Finalista, o dolo e a culpa que agora integram a tipicidade. Na Teoria Psicológica, a culpabilidade somente era composta de dolo e culpa, ou seja, somente de elementos psicológicos e que na Teoria Psicológico-normativa ganhou elementos normativos, agora a culpabilidade perdeu seus elementos psicológicos, dolo e culpa, restando apenas elementos normativos. Em razão disso essa doutrina também é denominada Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

A culpabilidade, que, para essa doutrina, é a reprovabilidade da conduta ilícita, tem como elementos a imputabilidade, que do mesmo modo que na anterior é entendida como

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**; 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 173. (Grifos do autor)

elemento e não pressuposto, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Adota-se esta teoria, visto que é a que melhor responde a problemática da Teoria do Delito e, para uma melhor compreensão da coculpabilidade, estudar-se-á, no próximo capítulo desse trabalho, mais detalhadamente a culpabilidade, na visão finalista, e seus elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta de diversa. No entanto, antes não se pode deixar de abordar, mesmo que brevemente, as Teorias Bipartite e Tripartite do crime.

2.4 Teoria Bipartite e Tripartite

A maioria da doutrina nacional e estrangeira considera crime o fato típico, ilícito e culpável, essa é a teoria tripartite. Entretanto alguns doutrinadores, seguidores da teoria bipartite, entre eles pode-se citar Damásio¹⁹, Mirabete²⁰ e Capez²¹, entendem que crime seria somente o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade um mero pressuposto de aplicação da pena.

Os defensores da Teoria Bipartite alegam que nos artigos 21²² e 26²³ do Código Penal, que trata respectivamente do erro sobre a ilicitude do fato inescusável e da inimputabilidade, que são casos de exclusão da culpabilidade, o legislador utilizou a expressão “é isento de pena”. Portanto concluem esses doutrinadores que nosso sistema penal considera que crime é o fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação da pena.

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 193.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**; 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 98.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. ; 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 106.

²² Art. 21 - 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. (Grifo nosso)

²³ Art. 26 - *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. (Grifo nosso)

Os doutrinadores que defendem a Teoria Tripartite argumentam que o legislador também utilizou expressões semelhantes mesmo quando o fato é típico, ilícito e culpável, mas que, em virtude de política criminal, quis isentar o agente de pena, como no artigo 181²⁴ do Código Penal que isenta o agente quando a vítima tem determinado grau de parentesco com aquele. Outro argumento lançado é que não somente a culpabilidade seria pressuposto de aplicação da pena mas também o fato típico e ilícito, uma vez que se ausentes o fato típico ou a antijuridicidade não há como aplicar a pena, portanto os elementos do conceito de crime: fato típico, ilícito e culpável são também pressupostos de aplicação da pena, visto que esses também são necessários para aplicação da pena.²⁵

Contudo, entende-se que mesmo adotando neste trabalho a Teoria Triparte por entendê-la mais coerente, a adoção de qualquer dessas teorias não iria prejudicar o trabalho que adiante será desenvolvido tanto na análise da culpabilidade e seus elementos quanto da coculpabilidade e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁴ Art. 181 - *É isento de pena* quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco ítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. (Grifo nosso)

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 390.

3. CULPABILIDADE

Neste capítulo, será analisada a culpabilidade e seus elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa com a finalidade de entender melhor o conceito e aplicabilidade da coculpabilidade. A culpabilidade é um dos elementos do crime, juntamente com o fato típico e antijurídico.

A culpabilidade é a reprovabilidade ao autor de uma conduta típica e antijurídica, esse juízo de censura somente existe quando, nas circunstâncias, o agente do fato era imputável, tinha a potencial consciência que sua conduta era contrária ao Direito e quando lhe era exigível que tivesse outra conduta que não fosse contrária à norma.

Como se pode perceber, no conceito finalista da ação, foram retirados os elementos subjetivo da culpabilidade, dolo e culpa, restando somente os normativos. Nessa Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, serão analisados seus elementos bem como em quais situações ocorre o afastamento desses elementos, ou seja, as excludentes de culpabilidade, que como consequência também excluem o crime, sem olvidar de examinar as que reduzem esse juízo de censura.

3.1 Imputabilidade

Para Cezar Roberto Bitencourt, a imputabilidade “é a aptidão para ser culpável”²⁶. a imputabilidade analisa se o agente, na época do fato, tinha condições de entender o caráter ilícito de sua ação ou de agir em conformidade com esse entendimento. Em lição de Guilherme de Souza Nucci, imputabilidade “é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato,

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 438.

comportando-se de acordo com esse conhecimento”²⁷. Explica ainda o autor que as condições pessoais são formadas pelo binômio a sanidade mental e maturidade²⁸.

A primeira excludente de culpabilidade que se deve analisar é a imputabilidade, uma vez que ausente essa se torna impossível a análise das seguintes, o nosso Código Penal tratou a imputabilidade no art. 26 assim “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”

Existem três critérios para a averiguação da imputabilidade o biológico, o psicológico e o biopsicológico. No biológico, será analisada somente a sanidade e desenvolvimento mental do agente, ou seja, sendo o agente são e completamente desenvolvido mentalmente será considerado imputável, já o agente que apresente doença ou grave deficiência mental será considerado inimputável.

No critério psicológico, somente se analisa se o agente era, ao tempo da ação ou omissão, capaz de entender o caráter ilícito do fato e igualmente se era tinha capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento. Portanto nesse critério, somente se analisam o aspecto psicológico, ficando ausente a análise da saúde mental do agente.

Por fim, o critério biopsicológico irá reunir esses dois critérios, assim sendo para que o agente seja inimputável, não basta somente que tenha alguma doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, mas que também seja, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se comportar conforme esse entendimento. Esse critério é o adotado por nossa legislação penal, conforme visto no seu art. 26 do Código Penal.

A aplicação prática desse critério em nosso sistema penal é magistralmente apresentada por Guilherme de Souza Nucci:

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 276-277.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 277.

Tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz. Entretanto, existe, ainda, o lado psicológico, que é a capacidade de se conduzir de acordo com tal entendimento, compreendendo o caráter ilícito do fato. Essa parte pode ser de análise do juiz, conforme as provas colhidas ao longo da instrução. É certo que se diz que o magistrado não fica vinculado ao laudo pericial, valendo-se, inclusive, do art. 182 do Código de Processo Penal²⁹, embora seja imprescindível mencionar que a rejeição da avaliação técnica, no cenário da imputabilidade, não pode conduzir à substituição do perito pelo juiz.³⁰

Explica ainda o mesmo doutrinador que o magistrado não pode substituir o perito, ou seja, não pode suprimir ou desconsiderar a avaliação médica, pretendendo avaliar a enfermidade mental ou seu desenvolvimento como se fosse médico, caso discorde da avaliação desse perito, deve determinar a realização de outra perícia. A parte que cabe ao magistrado não é a biológica, mas a psicológica.³¹

3.1.1 Menoridade

Dentro da imputabilidade a menoridade ganha tratamento especial em nossa legislação penal. O Código Penal, que adota o critério biopsicológico para imputabilidade, tem tratamento diverso para os menores de idade. Para esses, somente haverá uma análise meramente biológica.

Para os menores de dezoito anos, não se usará mais o critério da saúde e desenvolvimento mental somando à capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e de determinação diante desse entendimento. Para nossa legislação, há presunção de inimputabilidade para os menores de idade, presunção absoluta, ou seja, não admite prova em contrário.

Faz o Direito Penal brasileiro presunção absoluta de que o agente menor de dezoito anos tem desenvolvimento mental incompleto e de que este é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O

²⁹ Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 280.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 280.

critério biopsicológico é afastado, utilizando o critério puramente biológico com presunção absoluta de inimputabilidade, assim determina o art. 27 do Código Penal “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” A legislação especial mencionada é atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.1.2 Culpabilidade reduzida

A análise recai agora para o tratamento que deve ser dado ao agente que tem doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas que não era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Trata-se de uma situação intermediária, não poderia o Código simplesmente afastar a culpabilidade do agente, uma vez que tinha, ainda que reduzida, capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, mas também seria injusto tratá-lo como se fosse completamente capaz disso.

A solução apresentada pelo Código foi reduzir a pena em de um a dois terços da pena³² em razão da reduzida culpabilidade desse agente, na precisa lição de Cezar Roberto Bitencourt “Em realidade, a pessoa, nessas circunstâncias, tem diminuída sua *capacidade de censura*, de valoração, conseqüentemente a *censurabilidade* de sua conduta antijurídica deve sofrer redução.”³³

Ainda na lição do mesmo doutrinador: “A *culpabilidade* fica *diminuída* em razão da menor *censura* que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar

³² Art. 26. [...]

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 419. (Grifos do autor)

adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade.”³⁴ A culpabilidade reduzida, ou seja, a menor censurabilidade do agente, como será visto, também é o fundamento da redução de pena no caso de coculpabilidade.

3.1.3 Embriaguez

Primeiramente, é necessário conceituar embriaguez, o que magistralmente é feito por Cezar Roberto Bitencourt: “A embriaguez pode ser definida como a intoxicação aguda e transitória provocada pela ingestão do álcool ou de substância de efeitos análogos”³⁵.

Igualmente é necessário diferenciar os tipos de embriaguez. Há a embriaguez acidental proveniente de caso fortuito e força maior, no qual não há dolo nem culpa no ato de embriagar-se; há também a embriaguez patológica, essas duas formas de embriaguez serão estudadas juntamente com suas conseqüências penais em tópico próprio; há a embriaguez culposa que advém da imprudência do agente, que mesmo não desejando ficar embriagado, não tem o dever de cuidado ao ingerir bebidas alcoólicas; há a embriaguez dolosa, na qual o agente quis ficar embriagado; há ainda a embriaguez preordenada, nesta também está presente o dolo, nela o agente deseja ficar embriagado para cometer um delito.

O problema da maior ou menor culpabilidade do agente em estado de embriaguez tem sido presente na seara penal há muito tempo, desde o tempo dos romanos que estabeleciam uma pena mais benigna para o agente que cometeu o crime no estado de embriaguez, posteriormente os práticos italianos desenvolveram a teoria da *actio libera in causa*.³⁶

Em estado de embriaguez completa, o agente não tem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, nem de determinar-se de acordo com esse entendimento, portanto faltava-lhe a imputabilidade para que esse pudesse sofrer a sanção penal. A conclusão a que

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 419. (Grifos do autor)

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 428.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 517.

se pode chegar seria a impossibilidade de punição do agente que cometesse delitos nesse estado, o que causaria um grave problema de política criminal, podendo alguns indivíduos utilizar esse artifício para não serem apenados.

A teoria da *actio libera in causa*, ou ação livre na causa, diz que o agente que não deve dolo ou culpa no cometimento do delito, mas na ação anterior que determinou o cometimento do fato, ou seja, a embriaguez. Portanto, para esse teoria, a aferição dos elementos subjetivos é feita no momento de se embriagar projetando-os para o momento da conduta criminosa.³⁷

Assim na concepção pura dessa teoria, o agente que tenha cometido um crime em estado de embriaguez não proveniente de caso fortuito ou força maior, responderá por ele conforme tenha sido o modo que atingiu a embriaguez: doloso, culposo ou preordenado. Ressalte-se que a previsibilidade no estado anterior à embriaguez seria condição para punibilidade, visto que integram dolo e culpa, uma vez ausente a previsibilidade, não há fato típico, portanto não haveria crime.

No entanto essa teoria não é utilizada em sua concepção pura no sistema penal brasileiro. Para nosso ordenamento a teoria somente é aplicada em seu estado puro no caso de embriaguez acidental ou no caso da embriaguez preordenada. Nos outros casos, na embriaguez dolosa e na culposa, nosso sistema, por razões de política criminal, desconsidera a teoria e trata o agente embriagado como um se tivesse vontade e consciência não viciadas, assim “o legislador brasileiro equiparou a vontade do ébrio à vontade livre e consciente de qualquer agente imputável”³⁸ é o que é expresso no art. 28, II, do Código Penal³⁹ que diz que não excluem a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Quando presente a vontade de embriagar-se com a finalidade de cometer delito se tem a embriaguez preordenada, que merece um maior juízo de reprovabilidade. O legislador para tanto considerou tal conduta como uma situação agravante de pena e no art. 61, II, I

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 289.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 429.

³⁹ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

determinou que “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada.”

3.1.4 Embriaguez acidental

A embriaguez acidental é proveniente de caso fortuito ou força maior. A embriaguez proveniente de caso fortuito é quando o agente “não tinha a menor idéia de que estava ingerindo substância entorpecente (porque foi ludibriado por terceiro, por exemplo) ou quanto mistura álcool com remédios”⁴⁰ provocando a embriaguez. Já a embriaguez proveniente de força maior é a decorrente de um evento no qual é obrigada a ingerir a bebida contra a sua vontade, tendo como exemplo o agente que é obrigado a embriagar-se por um sujeito armado.

O Código Penal tratou de dois modos os casos de embriaguez acidental, uma no art. 28 §1º⁴¹ e a outra no art. 28 §2º⁴². Quando a embriaguez é completa e teve origem acidental e era o agente, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o agente é isento de pena. No outro caso, há embriaguez incompleta, não possuindo o agente plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, nesse caso, o agente deve ter sua pena diminuída de um a dois terços. Conforme visto, mais uma vez o Código adotou o sistema biopsicológico, não bastando a embriaguez acidental, mas também o entendimento da ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁴³ Conclui Dâmasio E. de Jesus a cerca da embriaguez acidental “Se a embriaguez, embora proveniente de caso fortuito ou força maior, não exclui nem reduz a

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 331.

⁴¹ Art. 28, I, § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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.

⁴² Art. 28, I, § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 558.

capacidade intelectual ou volitiva do agente ao tempo da prática do fato, este responde pelo crime: não há exclusão da imputabilidade nem atenuação de pena.”⁴⁴

3.1.5 Embriaguez patológica

Sabe-se que a o alcoolismo é reconhecidamente uma doença crônica, que age no sistema nervoso do indivíduo reduzindo sua capacidade de entendimento, portanto a embriaguez patológica deve ser considerada como uma doença mental. Logo, ao agente com essa doença mental que comete um fato típico e antijurídico, deve ser aplicado art. 26, *caput* ou seu parágrafo único do Código Penal⁴⁵, devendo aferir igualmente este se, ao tempo da ação ou omissão, era inteiramente incapaz e se possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Se inteiramente incapaz deve ser absolvido, aplicado-lhe medida de segurança e, se não possuía plena capacidade, deve ser sua pena reduzida de um a dois terços.

3.1.6 Emoção e paixão

Antes de analisar o tratamento dado pelo legislador e as consequências da emoção e da paixão para a culpabilidade, é necessário defini-las e diferenciá-las. Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt:

Emoção é uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica. A paixão é a emoção em estado crônico, perdurando como um sentimento profundo e monopolizante (amor, ódio, vingança,

⁴⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 559.

⁴⁵ Art. 26 - 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. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

fanatismo, desrespeito, avareza, ambição, ciúme etc)⁴⁶ [...] É extremamente difícil distinguir, com segurança, emoção e paixão, um vez que não apresentam diversidades de natureza ou de grau, pois esta nasce daquela, e, assim como há paixões violentas e emoções calmas, o inverso também é verdadeiro, embora se diga que a *emoção é aguda* e a *paixão é crônica*⁴⁷. A única diferença que se pode afirmar com certeza é que a emoção é passageira e paixão é duradoura.⁴⁸

O legislador definiu no art. 28, I do Código Penal⁴⁹ que a emoção e a paixão não são capazes de excluir a imputabilidade penal, portanto o agente que nesses estados comete um ilícito é considerado imputável, no entanto o Código Penal previu que o agente tomado pela emoção ou paixão, desde que presentes determinados requisitos, poderia ter reduzida sua culpabilidade, conseqüentemente sua pena. É o caso da atenuante genérica do art. 65 III, c⁵⁰ do Código Penal, que determina que sempre haja atenuação de pena para o agente que comete o crime sob influência de violenta emoção após injusta provocação da vítima bem como do caso da minorante de pena nos caso dos crimes de homicídio e lesão corporal cometidos sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provação da vítima. Sobre o tema complementa Julio Fabbrini Mirabete:

Também é circunstância atenuante genérica ou causa de diminuição da pena o motivo de relevante valor social ou moral que pode estar relacionado como uma paixão social (piedade, patriotismo etc), nos termos dos arts. 65 III, a, 121, § 1º, e 129, §4º. Uma paixão anti-social, por sua vez pode ser uma circunstância agravante genérica (como a culpidez, no art.62, IV) ou até uma qualificadora (art. 121, §2, I)[motivo torpe].⁵¹

3.2 Potencial consciência da ilicitude

Na potencial consciência da ilicitude, que é um dos elementos da culpabilidade, se analisará a possibilidade de o agente conhecer a ilicitude da conduta através da diligência normal no empenho de se informar.

⁴⁶ HUNGRIA apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 450.

⁴⁷ MIRABETE apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 450.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 450.

⁴⁹ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão.

⁵⁰ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**; 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 220.

Na mudança da parte geral do Código Penal, foram abandonados os conceitos de erro de direito e erro de fato, para adotar os conceitos de erro de proibição e erro de tipo. Para a análise da potencial consciência da ilicitude é imprescindível os conceitos de erro de tipo e erro de proibição. Segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, erro de tipo “É o erro que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes”⁵² já o erro de proibição “É o erro incidente sobre a ilicitude do fato”⁵³.

Para uma melhor visualização da aplicabilidade desses institutos se faz necessário exemplificá-los. Em exemplo clássico da doutrina: um caçador que atira em uma moita pensando existir ali um animal feroz, quando na verdade existia um outro caçador que estava a espreita de uma caça, houve da parte do agente um erro de tipo, visto que ele errou sobre elementos do tipo penal, no caso o art. 121 do Código Penal: matar alguém, o erro do agente foi sobre o elemento “alguém” uma vez que pensava trata-se de um animal. Como exemplo de erro de proibição, tem-se o de um holandês que decidiu passar férias no Brasil e assiste a um documentário no qual vê pessoas fumando um cigarro de palha, pensa então que estavam fumando cigarro de maconha e que a droga também seria permitida no Brasil como é em algumas regiões de sua nação; ao chegar ao Brasil é detido no aeroporto por porte da droga, nesse caso não tinha consciência nem real nem potencial da ilicitude dessa conduta.⁵⁴

No entanto a consciência potencial da ilicitude difere do conhecimento da lei. Sobre conhecimento da lei o art. 3º do Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro⁵⁵ faz presunção absoluta de conhecimento do conteúdo legal, já a consciência da ilicitude diz respeito a conhecimento da ilicitude de determinadas condutas, o que pelo fato de se viver em sociedade já se adquire, veja-se no magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

Como a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a *potencial consciência*. Não mais se admitem presunções irracionais iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada *consciência profana do injusto*, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 331.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 333.

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 411.

⁵⁵ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vêm naturalmente com o ar que a gente respira.⁵⁶

Conforme visto; na Teoria Finalista da Ação, o dolo passou para o tipo, localizando-se a potencial consciência da ilicitude na culpabilidade. O erro de tipo agirá sobre o dolo sempre o excluído, podendo ou não excluir a culpa, já o erro de proibição agirá sobre a potencial consciência da ilicitude, excluindo ou atenuando a culpabilidade do agente.

Essa exclusão ou não da culpa no erro de tipo dependerá se o erro foi escusável (inevitável) ou inescusável (evitável). Se o erro de tipo é escusável, ou seja, se agente não teve imprudência, imperícia ou negligência em sua conduta, portanto o fato por ele praticado será considerado atípico, uma vez que não teve dolo nem culpa, devendo ser absolvido em sentença. Já se agiu com imprudência, imperícia ou negligência deve responder por crime culposo, se tal figura é prevista, pois sua conduta foi típica, antijurídica e culpável. É o que diz o art. 20 do Código Penal “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”

No caso de erro de proibição a exclusão ou diminuição da culpabilidade irá depender se o agente, quando praticou o fato, tinha possibilidade de elidir seu erro sobre a ilicitude, através da diligência normal no empenho de se informar. Se não havia essa possibilidade o erro será considerado escusável (inevitável), devendo o agente ser absolvido em sentença, visto que praticou um fato típico, ilícito, porém não culpável, uma vez que está presente essa excludente de culpabilidade. Se existia a possibilidade de elidir o erro, este será considerado inescusável (evitável), devendo o agente ser condenado, uma vez que praticou um fato típico, antijurídico e culpável, ainda que essa culpabilidade seja reduzida. É o que determina o Código Penal em seu art. 21 “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”. E em seu 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”.

3.2.1 Discriminantes putativas

⁵⁶ BITENCOURT apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 415.

Há três espécies de discriminantes putativas. A primeira é quando há erro quanto à existência de uma causa de exclusão da ilicitude, um exemplo o caso do agente vê uma notícia em um jornal no qual se afirma erroneamente que está em vigor um novo Código Penal que passou a autorizar a eutanásia, então rapidamente acelera a morte de um parente próximo em estado terminal. Agiu pensando existir essa realidade, que era inexistente, visto que não existia a excludente da eutanásia no ordenamento jurídico. A segunda é ocorre quando o erro é referente aos limites de uma excludente de ilicitude, o agente age com excesso, como exemplo tem-se o agente que sabe da existência de uma excludente, por exemplo, a legítima defesa, vendo um desafeto vindo em sua direção para lhe dar um soco, saca a arma e deferisse vários tiros na cabeça do desafeto. E a terceira é quanto ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude. Como exemplo tem-se o caso de agente que, vê inesperada e rapidamente um mendigo na janela de seu carro e pensa que é um assaltante e o mata.⁵⁷

Nos dois primeiros casos é pacífica a doutrina para conceituá-los como erro de proibição, já no caso do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude, há divergência na doutrina. Os que adotam a teoria limitada da culpabilidade⁵⁸, consideram um erro de tipo permissivo, tendo as mesmas consequências de um erro de tipo, já os adeptos da teoria extrema da culpabilidade⁵⁹ consideram-no erro de proibição. O Código Penal em seu art. 20, § 1º, traz para o caso as mesmas consequências do erro de tipo: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Entretanto, apesar da disposição legal, se entende que o caso deveria ser tratado como erro de proibição, visto que o dolo continua presente. No caso do mendigo, visto acima, houve dolo na morte deste, no entanto afetada estava a consciência da ilicitude. Em outra conduta que não admita a forma culposa, o agente,

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 335-336.

⁵⁸ Para a teoria limitada da culpabilidade, os erros sobre os limites ou existência de causa de justificação devem ser erros de proibição. Se o erro for sobre pressupostos fáticos dessa causa de justificação esse será considerado um erro de tipo permissivo, tendo as mesmas consequências do erro de tipo.

⁵⁹ Para a teoria extrema da culpabilidade, qualquer erro sobre as causas de justificação, não importando se sobre os limites, existências ou pressupostos fáticos destes, desde que acreditando o agente que está coberto por uma causa de justificação, será considerado erro de proibição.

em virtude da definição legal, sequer seria punido, Cezar Roberto Bitencourt traz outros prejuízos que essa definição legal pode trazer:

- a) Um fato praticado, com erro invencível, afasta o injusto típico, não podendo ser considerado como um fato antijurídico. Nessas circunstâncias, a vítima do erro terá que suportá-lo como se tratasse de um fato lícito, sendo inadmissível a legítima defesa;
- b) Não seria punível a participação de alguém que, mesmo sabendo que o autor principal incorre em erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, contribui de alguma forma na sua execução. A punibilidade do partícipe é afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação, que exige que a ação principal seja típica (afasta pela eliminação do dolo) e antijurídica;
- c) A tentativa não seria punível, nesses casos, pois sua configuração exige a presença do dolo. Mesmo que o erro fosse vencível, o fato ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa.⁶⁰

3.3 Exigibilidade de conduta diversa

Para que o agente seja considerado culpável não é necessário somente que fosse, no momento da ação ou omissão, imputável e que tivesse a consciência da ilicitude de sua conduta, mas também que lhe fosse possível ter outra conduta em conformidade com o Direito. Restando excluída a culpabilidade, conseqüente a pena, se não fosse exigível do agente ter outra atitude.

A inexigibilidade de conduta diversa abrange as excludentes de culpabilidade anteriores, uma vez que não é possível exigir outra conduta de um inimputável, agente com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que era inteiramente incapaz de se entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, bem como não é exigível outra conduta de alguém a quem não era possível ter a potencial consciência sobre a ilicitude do fato⁶¹. Assevera Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “Todas as causas de ausência de culpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta conforme o direito”⁶². Portanto é a possibilidade de agir conforme o Direito que determinará se o agente é culpável ou não.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93.

⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 415.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**; 9.ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 562.

No entanto a culpabilidade é diversa em cada agente, não podendo ter padrão em virtude da diferença de cada ser humano⁶³, conceito que tem estreita relação como o princípio da coculpabilidade, sobre o tema, expõe Rogério Greco:

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras como capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise de exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.⁶⁴

3.3.1 Coação moral irresistível

A coação moral irresistível é uma das hipóteses legais de inexigibilidade de conduta diversa. Está prevista na primeira parte do art. 22, do Código Penal⁶⁵ o qual diz que somente será punido o autor da coação moral irresistível, portanto é isenta de pena o coato, uma vez o ato por este praticado não é culpável.

A coação deve ser irresistível para que coato não seja punido, uma vez que, sendo resistível, o agente poderia ter outra conduta. Nesse caso, está excluída a inexigibilidade de conduta diversa, conseqüentemente o ato é culpável e deve ser punido. No entanto este ato sofre menor censurabilidade, em virtude da menor culpabilidade, pois foi o agente, de algum modo, coagido, merecendo uma pena menor, o que a legislação penal concede através da atenuante do art. 65, III, c do Código Penal.⁶⁶

A coação que exclui a culpabilidade é a moral (*vis compulsiva*), pois a coação física (*vis absoluta*) empregada pelo coator no coato retira a vontade deste, logo não tendo vontade não há fato típico, visto que não há conduta por ausência de dolo e culpa. Havendo

⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 416.

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 416.

⁶⁵ Art. 22 – 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.

⁶⁶ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

coação moral, subsiste a vontade ainda que viciada, essa coação é realizada através da grave ameaça. Tem-se como exemplo de coação física, o agente que utilizando o dedo coagido para disparar a arma de fogo contra a vítima e, como exemplo da coação moral, tem-se o caso do coator que ameaça matar o coato caso não atire contra a vítima.

Guilherme de Souza Nucci enumera os elementos da configuração da coação moral irresistível:

- a) *existência de uma ameaça* de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato;
- b) *inevitabilidade do perigo* na situação concreta do coato;
- c) *ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou outras pessoas a ele ligadas*. Se não tratar de pessoas intimamente ligadas ao coato, mas estranhos que sofram a grave ameaça, caso a pessoa atue para proteger quem não conhece, pode-se falar em inexigibilidade de conduta diversa, conforme os valores que estiverem em disputa;
- d) *existência de, pelo menos, três partes* envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima;
- e) *irresistibilidade da ameaça* avaliada segundo o critério do homem médio e próprio coato, concretamente. Portanto, é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil de suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator.⁶⁷

Diante da coação moral irresistível, não é possível esperar do agente outra conduta, portanto este não é culpável, visto que está presente a excludente de culpabilidade, devendo ser absolvido em sentença, pois praticou fato, típico, antijurídico, mas não culpável.

3.3.2 Obediência hierárquica

Esta excludente de culpabilidade está expressa no Código Penal, art. 22⁶⁸, segunda parte e diz que, se o fato é cometido em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ordem. No entanto é necessária a análise dos elementos para um melhor entendimento da excludente.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 285. (Grifo do autor)

⁶⁸ Art. 22 – 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.

Para que configure essa excludente é imprescindível que haja uma subordinação hierárquica e que esta seja de direito público, ou seja, não pode a relação entre superior e subordinado ser de direito privado, como de pai e filho ou de direito eclesiástico, como de um bispo e presbítero.

É necessário para que exista essa excludente que a ordem não seja manifestamente ilegal, ou seja, deve ser de duvidosa legalidade, uma vez que, se for manifestamente ilegal, o subordinado tem o dever de não realizá-la. Por ter o agente dúvida sobre a legalidade, assevera Guilherme de Souza Nucci “essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição”⁶⁹ Devem existir três partes envolvidas o superior, o subordinado e a vítima. A ordem deve ser emanada da autoridade competente.

Entende Cezar Roberto Bitencourt que ao funcionário civil não cabe discutir a oportunidade e a conveniência da ordem de seu superior, mas pode discutir a legalidade. Quanto ao militar, nem mesmo a legalidade da ordem pode ser discutida. Esse, sob pena de insubordinação, deve obedecer a uma ordem ilegal, não importando o motivo da ilegalidade, seja por não vir da autoridade competente ou por descumprimento de qualquer formalidade, porém, quando a ordem for manifestamente criminosa⁷⁰, não deve o militar obedecê-la.⁷¹

O subordinado deve atuar em estrita obediência a ordem emanada, pois se vai além dessa, praticando excesso, o agente deve ser punido, visto que descaracterizada está a excludente de culpabilidade. Portanto tendo agido dentro dos requisitos dessa excludente deve o agente ser absolvido, em virtude de estar ausente a culpabilidade.

3.3.3 Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 287.

⁷⁰ O art. 38, §2º do Código Penal Militar diz: “Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.”

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 449.

As excludentes de culpabilidade da coação moral irresistível e da obediência hierárquica são casos de inexigibilidade de conduta diversa. Para a existência de culpabilidade, é necessário que, nas circunstâncias do crime, pudesse ser exigível do agente outra conduta. Essas duas excludentes são casos expressamente previstos pelo legislador, mas não são os únicos casos de inexigibilidade de conduta diversa, existindo uma infinidade de outras condutas nas quais é inexigível outro comportamento, o que torna impossível ao legislador prevê-las todas.

A legislação penal não previu uma excludente de culpabilidade genérica por inexigibilidade de conduta diversa, prevendo, conforme visto, somente as específicas de coação moral irresistível e de obediência hierárquica. Cabe analisar se seria possível ao agente ser absolvido pelo cometimento de um ilícito no qual não era exigível outra conduta fora dos casos legais. Entende Damásio E. de Jesus⁷² que sim, tendo por base o seguinte pensamento: se existem outros casos de inexigibilidade de conduta diversa além dos previstos na legislação e a exigibilidade de conduta diversa é imprescindível para existência da culpabilidade, sem esquecer do princípio de que não há pena sem culpa, não deve o agente sofrer a sanção penal, por ausência de culpabilidade, ocorrendo, portanto, uma causa de exclusão supralegal.⁷³

Aníbal Bruno aduz que a inexigibilidade de conduta diversa funciona como um princípio geral de exclusão da culpabilidade⁷⁴ e Guilherme de Souza Nucci ensina que, em situações extremadas e na qual não é possível a aplicação de outra excludente de culpabilidade, a fim de evitar a punição injustificada do agente, deve ser utilizada a inexigibilidade de conduta diversa.⁷⁵ Importante é a narração de Odin Americano do primeiro caso que deu origem a essa tese, ocorrido na Alemanha:

O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e saísse a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomou-lhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair como o animal

⁷² No mesmo sentido, entendem existente a referida causa supralegal de exclusão da culpabilidade, entre outros: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 422. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 293. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 329.

⁷³ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 527-528.

⁷⁴ BRUNO apud JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 528..

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 293.

importaria a perda do emprego, logo a prática da ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento⁷⁶

A lição de Francisco de Assis Toledo ressalta a importância da inexigibilidade conduta diversa como causa de exclusão de culpabilidade e sua extrema relevância para o Direito Penal:

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causas legal de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito⁷⁷

Essa excludente de culpabilidade guarda relação com o princípio da coculpabilidade, uma vez que o agente abrangido por esse princípio sofreu fortes influências externas na escolha de realização de uma conduta criminosa. Essa é diversa de uma conduta plenamente livre de um agente não abrangido pela coculpabilidade, visto que esse mais facilmente pode optar por outra conduta. Embora as influências não possam excluir a culpabilidade porque, ainda que reduzida, havia possibilidade de outra conduta por parte do agente, no entanto tratar igualmente as duas figuras proporcionaria injustiças, uma vez que a culpabilidade do agente abrangido pela coculpabilidade é menor que a do outro agente. Sendo menor a reprovabilidade, conseqüentemente menor deve ser a pena. A coculpabilidade também se assemelha a essa excludente devido ao seu caráter de princípio do Direito Penal que justificaria sua aplicação supralegal, embora, para coculpabilidade, já exista amparo em dispositivos legais que sustente sua aplicação, como será analisado no próximo capítulo.

⁷⁶ AMERICANO apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 292.

⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 328.

4 COCULPABILIDADE

A Cocolpabilidade é o reconhecimento de que redução de oportunidades sociais, econômicas e culturais diminui o grau de autodeterminação do agente, reduzindo conseqüentemente a reprovabilidade da conduta delituosa deste. A redução da pena será maior quanto menos o agente tiver concorrido para essa diminuição de oportunidades, visto que a cocolpabilidade pressupõe divisão da culpabilidade com agente(s) diverso(s), não havendo culpabilidade deste(s) não haverá cocolpabilidade.

O princípio da culpabilidade permeia todo o Direito Penal desde a análise da existência do crime até a fase de aplicação da pena. Analisa-se, na culpabilidade, a reprovabilidade da conduta do autor. O princípio da cocolpabilidade deriva do da culpabilidade, uma vez que também se analisará a reprovabilidade da conduta do agente, no entanto tendo em conta não estar este em uma situação regular, mas de exceção.

O Direito Penal brasileiro escolheu a culpabilidade como princípio norteador da necessidade e medida da pena, visto que sem reprovabilidade da conduta do agente esse não merece punição bem como na aplicação da pena deve-se analisar a menor ou maior reprovabilidade da conduta do agente. Sem a culpabilidade impossível é punição do agente, assim, não sendo censurável a conduta do agente, não há como puni-lo. Se de algum modo diminuída foi a reprovabilidade, mas a culpabilidade não foi excluída, menor será a pena, é o caso de algumas circunstâncias analisadas no capítulo anterior, o mesmo raciocínio pode ser aplicado a cocolpabilidade em razão da menor reprovabilidade da conduta do agente cocolpável.

Entre os casos que não chegam a excluir a culpabilidade, mas reduzem a censurabilidade da conduta do agente se pode citar, entre outros, a coação moral que se podia resistir, o erro de proibição inescusável, a violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima bem como a cocolpabilidade⁷⁸. Isso ocorre porque, nesses casos, há menor reprovabilidade da conduta do agente visto que, nas circunstâncias em que se encontrava, menor era a exigibilidade de conduta conforme o Direito.

⁷⁸ Em casos excepcionais que serão analisados posteriormente, a cocolpabilidade pode excluir a culpabilidade, no entanto esses também podem ser considerados casos supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

É a redução de oportunidades sociais que dá ensejo a coculpabilidade. Conforme se analisará, a ausência de direitos sociais coloca o agente em situação de exclusão social e diminui suas oportunidades sociais. Para a configuração da coculpabilidade, a diminuição de oportunidades deve ter relação com crime.

4.1 Responsabilidade pela coculpabilidade

Sobre responsabilidade da coculpabilidade há duas correntes. Tendo como causa da diminuição das oportunidades sociais a ausência de direitos sociais, esses considerados básicos, entende a primeira corrente que a coculpabilidade seria do Estado, pois, seguindo parte da doutrina, os direitos sociais são direitos fundamentais⁷⁹ e que por serem decorrentes do princípio da dignidade humana⁸⁰ são de aplicação imediata⁸¹, conseqüentemente diante da ausência de garantia desses direitos pode o Estado ser responsabilizado. Logo, se ausentes tais direitos para o condenado, o Estado é coculpável.

A segunda corrente entende que os direitos sociais são normas programáticas, mesmo assim a coculpabilidade continua a ser aplicada, pois o agente continua estando em situação de redução de oportunidades sociais e, se este não se colocou em tal situação, continuará reduzida a reprovabilidade da sua conduta. Ordinariamente, essa coculpabilidade será atribuída à sociedade, visto que dificilmente se pode atribuir a uma pessoa física ou jurídica a diminuição das oportunidades sociais, econômicas e sociais do agente, portanto a sociedade irá arcar com essa responsabilidade, que se traduz somente na redução do *jus puniendi*. Entende Zaffaroni, que seria a sociedade quem arcaria com a parcela de responsabilidade pelo cometimento do delito de infrator abrangido pelo princípio da

⁷⁹ Sobre os Direitos sociais nos diz José Afonso da Silva: “Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciada em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.)

⁸⁰ Para José Afonso da Silva, esses direitos se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286-287.) Já preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais diz que tais direitos decorrem da dignidade da pessoa humana.

⁸¹ Art. 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

coculpabilidade, visto que essa, ao não brindar a todos iguais oportunidades, deve ser sofrer reprovabilidade na medida da injustiça cometida.⁸² Igualmente é possível visualizar, na proposição do referido penalista, a redução da reprovabilidade do agente como resultante do seu menor grau de autodeterminação.

A primeira corrente entende que tem o Estado, dentro de suas funções, o dever de corrigir essas injustiças, ou seja, deveria proporcionar essas oportunidades que a sociedade não proporcionou e faria isso através do efetivação dos direitos sociais. Portanto, entende-se, que asseguarção desses direitos fundamentais geraria as oportunidades referidas por Zaffaroni.

Tanto os que atribuem a coculpabilidade ao Estado quanto os que a atribuem à sociedade entendem que as reduzidas oportunidades sociais, que geram a coculpabilidade, são fruto da ausência de direitos sociais.

Entretanto, independentemente que se entenda que a coculpabilidade é da sociedade ou do Estado, que se entenda que os direitos sociais são normas programáticas ou normas de aplicação imediata, o agente que estando em situação de exclusão social e sendo reduzidas suas oportunidades sociais, e não tenha se colocado em tal situação, tem menor grau de reprovabilidade em virtude do seu reduzido grau de autodeterminação, merecendo o condenado menor pena.

Logo, essas divergências de entendimentos não têm reflexo na responsabilização penal do agente, porém serão expostas as duas correntes separadamente. Todavia, o que será exposto nos dois tópicos seguintes se complementa, exceto quanto à responsabilidade pela coculpabilidade.

4.1.1 Coculpabilidade do Estado

⁸² ZAFFARONI apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 36.

Neste tópico, será estudada a primeira corrente, ou seja, a coculpabilidade como sendo do Estado, portanto o que será aqui exposto considerará os direitos fundamentais como de eficácia imediata, como a consequente responsabilidade do Estado se não garanti-los. As considerações feitas neste tópico seguirão essa ótica.

As sociedades modernas vivem sob o comando de uma Constituição, de uma Lei maior, que asseguram direitos a seus cidadãos e também lhe impõe deveres. A primeira geração dos direitos fundamentais foi efetivada pelos movimentos de transição do Estado absolutista para o Estado moderno. São parte dessa primeira geração de direitos os de liberdade e igualdade formal perante a lei, esses protegem os cidadãos das arbitrariedades do Estado, são direitos negativos que supõe somente ausência de intervenção do Estado nesses âmbitos. Têm-se como exemplos desses direitos a liberdade de locomoção, a de consciência, a de expressão, o direito à propriedade privada etc. Posteriormente são efetivados, no século XIX e início do século XX, os direitos de segunda geração que são direitos relacionados com os direitos políticos, como o direito de voto, o de candidatura, o de participação em partidos políticos, enfim direitos de participação no Estado.

Os direitos de terceira geração são aqueles que trouxeram ao Estado obrigações positivas a fim de atingir seus objetivos. São propostos inicialmente nas Constituições do início do século XX como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weymar de 1919. Procurando uma igualdade material, não mais meramente formal, e buscando atingir o bem-estar social esses direitos tornaram-se obrigações do Estado para com seus cidadãos. São exemplo desses direitos de terceira geração os direitos sociais, os quais o Estado deve procurar efetivá-los a todos, através de prestações positivas.

Esses direitos fundamentais, que têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, são direitos dos seus cidadãos que o Estado reconhece e que deve proteger, se abster de violar e procurar fornecer. No entanto, em uma sociedade democrática, o Estado facilmente consegue assegurar os direitos de duas primeiras gerações de direito fundamentais, já os de terceira por se tratarem de prestações positivas que demandam recursos do Estado, muitas vezes, ao arrepiou de sua obrigação, não procura assegurar a todos.

Importante é o estudo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que dispõe sobre a efetivação desses direitos. O Brasil aderiu ao pacto em 24 de

janeiro de 1994, entrando em vigor no País três meses depois. Em seu preâmbulo⁸³, diz que os direitos sociais nele reconhecidos são decorrentes da dignidade da pessoa humana. Portanto, se decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, são de aplicabilidade imediata em virtude do que expressa o § 1º do Art. 5º da Constituição: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ao aderir ao Pacto, Brasil se comprometeu a garantir os direitos enunciados no documento, devendo dedicar até o máximo de seus recursos disponíveis para assegurar o pleno exercício dos direitos reconhecidos no pacto. Portanto, não seriam esses direitos normas programáticas de futura concretização, mas seriam normas de aplicação imediata, devendo o Estado utilizar até o máximo de seus recursos disponíveis para efetivá-los. Importante é a análise de alguns dispositivos do mesmo diploma:

Art. 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Art. 6º

1. Os Estados Partes do Presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguarda esse direito.

2. As medidas que cada Estado parte do presente pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Art. 11.

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse

⁸³ Os Estados Partes do presente Pacto, Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o relacionamento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem[...]

direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.⁸⁴

A Constituição brasileira previu como direitos sociais, comprometendo-se o Estado a procurar assegurar a todos, o direito a educação, a saúde, alimentação, a habitação, ao emprego, a segurança, a seguridade social, dentre outros⁸⁵, esses direitos não são assegurados por mera benevolência do Estado, mas em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana que é fundamento da República brasileira, o que está expresso no art. 1º, III da Constituição.

Quando não são assegurados esses direitos sociais a um indivíduo, não se está somente diante de uma ineficiência estatal, mas também de um desrespeito a sua dignidade, visto que não são garantidos a ele direitos básicos de todo ser humano. A ausência de direitos básicos como alimentação, educação, saúde, habitação, sustento próprio somado a outros fatores como a desestruturação familiar⁸⁶ impulsionam alguns indivíduos a situações degradantes da sua dignidade como a mendicância, a prostituição e a atividade criminosa.⁸⁷

O Estado deveria oferecer oportunidades de desenvolvimento a todos, assegurando seus direitos sociais fundamentais, todavia não é isso que ocorre em nosso País. A ausência de direitos básicos gera situações de exclusão e grandes desigualdades sociais.

A uma parcela da população não são assegurados direitos mais básicos como de educação, que embora fornecida pelo Estado, é fornecida de modo precário, sem política eficiente de estímulo a frequência escolar. Isso somado a fatores como falta de recursos para o sustento familiar obriga esses indivíduos a procurar fontes de renda, o que aumenta a evasão escolar. Essa baixa escolaridade prejudica substancialmente a empregabilidade desses

⁸⁴ Os artigos 12 e 13 garantem, respectivamente, o direito a educação e a saúde.

⁸⁵ Art. 6º da Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁸⁶ A Constituição dispôs que o Estado deve proteger a família e a considerou a base da sociedade. Art. 226 da Constituição: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

⁸⁷ Segundo pesquisa do InfoPen, desconsiderado os detentos que não tiveram os dados informados (em torno 4%), em 2009 no sistema penitenciário brasileiro mais de 91% dos presos não terminaram o ensino médio, destes mais de 63% não terminaram o ensino fundamental e menos de 0,5% dos presos terminaram o ensino superior. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 27 de outubro de 2011.

indivíduos. Não há também estímulo suficiente na qualificação da mão de obra por parte do Estado. O desemprego e o subemprego têm alta incidência em grande parcela da população.

A questão habitacional, direito social previsto pela Constituição, é negligenciada pelo Estado, o que gera déficit habitacional, que somado a carência de recursos econômicos empurram parte da população para áreas de favela ou de periferia, onde serviços básicos não são sequer fornecidos como saneamento básico e outros o são precariamente como água, energia elétrica, lazer, saúde. A segurança pública nessas áreas, quase sempre, é precária, gerando nelas altos índices de violência e possibilitando a formação de grupos criminosos como facções e gangs, facilitando a iniciação de jovens em atividades criminosas, principalmente no tráfico de drogas.

A ausência de direitos básicos, conforme visto, impulsiona certos indivíduos a situações degradantes como mendicância, prostituição ou atividade criminosa. Esse impulso ocorre devido à redução de outras oportunidades de conduta, visto que a ausência de empregos e dificuldade de conseguir atividades que proporcionem o sustento próprio ou de sua família além de seu baixo nível de escolaridade reduzem consideravelmente suas escolhas de outra conduta. Na maioria dos casos, não ocorre uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, visto que ainda que reduzida ou muito reduzida ainda existia a possibilidade outra conduta, mas não há como negar o menor grau de reprovabilidade da conduta desses indivíduos, diante de tanto fatores impulsionadores de condutas contrárias ao Direito.

O conceito de coculpabilidade do Estado é a menor reprovabilidade da conduta do agente em virtude de o Estado não lhe ter assegurado direitos básicos, diminuindo suas oportunidades sociais consequentemente reduzindo sua capacidade de escolha, tendo em vista que a ausência desses direitos gera fortes fatores impulsionadores de condutas contrárias ao Direito devido à diminuição de oportunidades, transferindo, portanto, uma parcela da reprovabilidade dessa conduta para o Estado, responsável constitucionalmente por procurar assegurar esses direitos fundamentais.

A sociedade não oferta a todos iguais oportunidades, no entanto o Estado, a fim de corrigir essas injustiças, recebe atribuição constitucional de procurar assegurar pelos menos os direitos mais básicos aos seus cidadãos, porém, quando o Estado é ineficiente e não cumpre

seu dever constitucional, reduz, conforme visto, o grau de determinação do sujeito, o que gera uma reprovabilidade menor para o agente. Em lição magistral, Grégore Moreira de Moura assevera:

A co-culpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de determinação em virtude de suas condições sociais. Essa diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem da sua exclusão social e da desigualdade que ela gera.⁸⁸

Diante da parcela de responsabilidade do Estado, deve-se analisar se é possível alguma punição a ele e em que medida isso será possível. O Estado será punido com a redução do seu *jus puniendi*, visto que é coculpável pelo feito. No entanto, por ausência de previsão legal, outras medidas não são possíveis.

A responsabilização do Estado deve ter como limite o cuidado para que não se inverta as posições do criminoso e do Estado, logo não se deve tratar o infrator como vítima e o Estado como criminoso, mas tão somente reconhecer as omissões do Estado em procurar garantir os direitos básicos do condenado, o que fez reduzir seu grau de autodeterminação, conseqüentemente a reprovabilidade de sua conduta.⁸⁹

O Estado coculpável deve se preocupar em procurar efetivar esses direitos que foram omitidos ao condenado. Deve o Estado utilizar-se principalmente do caráter ressocializador da pena, fornecendo, por exemplo, cursos de ensino supletivo, cursos profissionalizantes entre outras ações.

4.1.2 Coculpabilidade da sociedade

Neste tópico, serão apresentados argumentos que dos defensores da coculpabilidade da sociedade, incluindo neles os que acreditam que os direitos sociais são normas programáticas. Os defensores da coculpabilidade da sociedade entendem que a

⁸⁸ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 37.

⁸⁹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 38.

sociedade não oferece iguais oportunidades de desenvolvimentos a todos, gerando situações de exclusão social. Diante da menor gama de possibilidades de outra conduta, reduzido ficará o grau de autodeterminação do agente, visto que a redução de oportunidades sociais, econômicas e culturais, impulsiona condutas contrárias ao Direito. Com o menor grau de autodeterminação menor será a reprovabilidade do agente e conseqüentemente menor será a pena.

Eugenio Raul Zaffaroni sobre o tema que diz que não se pode sobrecarregar o agente no momento da aplicação da pena com a parcela de culpabilidade da sociedade coculpável, defende ainda que a redução da culpabilidade do agente deve ser aferida na medida em que concorreu para essa situação de exclusão⁹⁰. Deve-se analisar importante lição sobre o tema:

Es unánime el reconocimiento de que en el presente momento histórico nuestras sociedades no brindan iguales posibilidades. Esta realidad social tiene un inmediato efecto jurídico en el campo de la culpabilidad: si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un margen de posibilidades que se le ofrecen a unos y se niega a otros y, por ende, cuando la infracción es cometida por aquél a quien se le han negado algunas oportunidades que la sociedad le dió a otros, lo equitativo será que la parte de responsabilidad por el hecho que corresponda a esas negaciones ser cargada por la misma sociedad que en esa medida fue injusta. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpable por su hecho, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea que hay una parte de la culpabilidad – del reproche por el hecho- con la que debe cargar la sociedad en razón de las posibilidades que no ha dado.⁹¹

Entretanto a divergência de quem seria coculpável se a sociedade ou o Estado se mostra irrelevante do âmbito da responsabilidade penal. Independentemente de quem seria coculpável, o Estado ou a sociedade, sabe-se que tem o condenado coculpável menor é grau de autodeterminação, portanto menor é sua reprovabilidade conseqüentemente sua pena deve sofrer redução. Conjunto é o entendimento de que a ausência de direitos básicos reduz as possibilidades sociais, econômicas dos indivíduos, o que gera a coculpabilidade. A

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro. Revan. 1996.

⁹¹ É unânime o reconhecimento de que no presente momento histórico nossas sociedades não brindam iguais possibilidades. Esta realidade social tem um imediato efeito jurídico no campo da culpabilidade: se a sociedade não brinda a todos iguais possibilidades, resulta que há uma margem de possibilidades que se oferecem a uns e se nega a outros e, portanto, quando a infração é cometida por aquele a quem se lhe não negado algumas oportunidades que a sociedade lhe deu a outros, o equitativo será que a parte de responsabilidade pelo feito corresponda a essas negações ser suportada pela mesma sociedade que nessa medida foi injusta. Esta é a coculpabilidade: ao lado do homem culpável por seu feito, há uma coculpabilidade da sociedade, ou seja, que há uma parte da culpabilidade - da censurabilidade pelo feito- com a que deve suportar a sociedade em razão das possibilidades que não dado. (Tradução livre) (ZAFFARONI apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 36.)

divergência somente se faz sobre quem é o responsável por isso, se a sociedade ou se o Estado.

Essa discrepância de oportunidades ofertadas pela sociedade gera uma maior possibilidade de adequação as normas aos as que tiveram do que aos que as tiveram reduzidas. Importante é lição de Manuel Espinoza⁹² sobre o princípio da coculpabilidade quanto à desigualdade de oportunidades, o princípio é adotado no Código Penal peruano e denominado na sua exposição de motivos de coculpabilidade da sociedade, embora o autor não tenha a preocupação de determinar quem seja o responsável:

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley el intereses generales colectivas de la comunidad regulados por el Derecho positivo; por tanto, se está aceptando una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo que les respecta, en la conducta delictiva de los infractores penales como 'MEA CULPA' conceptúa el art. 45° del C. P. en el reconocimiento oficial del Estado, que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera en la sociedad. En atención a lo estatuido, disminuye o desaparece la co-culpabilidad en la misma medida que el delincuente ha tenido las oportunidades materiales, sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportarse según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivencia social que requieren al hombre socialmente útil, además conducta a Derecho y a normas éticas. Por 'MEA CULPA' que tiene el efecto de enervar o atenuar⁹³ el derecho de castigar (Jus Puniendi) que el Estado ejerce en nombre de la sociedad.⁹⁴

Por fim, conclui-se que não podem os aplicadores do Direito se eximir de aplicar o princípio da coculpabilidade sobre a alegação de que este estimularia condutas delituosas. A

⁹² ESPINOZA apud MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 37.

⁹³ A leitura, em uma simples interpretação gramatical, de algumas legislações penais, como a argentina e a portuguesa que serão estudadas no próximo tópico, dão a entender que coculpabilidade poderia ser utilizada para majorar a pena do condenado, no entanto em uma interpretação teleológica entende-se não ser possível a majoração da pena do condenado com base nesse princípio em virtude de que a coculpabilidade se configurar um estado de exceção, já a garantia dos direitos fundamentais e de boas condições materiais, sociais e culturais se configura um estado regular, no qual todos deveriam estar.

⁹⁴ Nesta forma, a sociedade e o Estado, que toleram que impere as desigualdades econômicas, as injustiças sociais, políticas e culturais, estariam reconhecendo que não oferecem iguais possibilidade de superação a todos os homens, para exigir-lhes um comportamento com adequação à lei o interesses gerais coletivos da comunidade regulados pelo Direito Positivo; portanto, se está aceitando uma responsabilidade da sociedade e do Estado, no que lhe diz respeito, na conduta delitiva dos infratores penais como 'MEA CULPA' conceitua o art. 45° do C. P. no reconhecimento oficial do Estado, que a delinquência gesta nas condições sociais de injustiça que impera na sociedade. Em atenção ao estatuído, diminui ou desaparece a coculpabilidade na mesma medida que o delinqüente há tido as oportunidades materiais, sociais e culturais para realizar-se como ser humano honrado e comportar-se segundo os mandamentos ou proibições normativos e as normas culturais de convivência social que requerem ao homem socialmente útil, além disso a conduta a Direito e a normas éticas. Por 'MEA CULPA' que tem efeito de debilitar ou atenuar o direito de punir (Jus Puniendi) que o Estado exerce em nome da sociedade. (Tradução livre)

aplicação da coculpabilidade é direito subjetivo do condenado que faça jus a ela, visto que sua aplicação é decorrente da menor reprovabilidade da conduta do condenado, o que enseja uma pena menor em respeito ao princípio da culpabilidade e da individualização da pena.

Uma vez que foi apresentada a conceituação de coculpabilidade e de como essa reduz a pena, será analisado o direito comparado sobre a matéria e posteriormente a demonstração a aplicabilidade desse princípio do ordenamento penal brasileiro.

4.2 Coculpabilidade no Direito Comparado

Nas legislações penais de muitos países, principalmente nos latino-americanos, foi adotado o princípio da coculpabilidade como fator de redução de pena dos condenados que esteja abrangido por ele. Nesses ordenamentos, há clara adoção do referido princípio expresso através da positivação de critérios de mensuração da pena e de previsão de atenuantes.

O Código Penal argentino adota a coculpabilidade em seus artigos 40 e 41, prevendo como critérios que deveriam ser levados em conta na fixação da pena do condenado: a educação, os motivos que levaram a delinquir e principalmente a miséria ou dificuldade de ganhar o seu próprio sustento ou dos seus.

CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Artículo 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.

Artículo 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.*⁹⁵

Outras legislações latino-americanas também adotam a coculpabilidade em seus ordenamentos penais. Os códigos penais boliviano, mexicano e peruano⁹⁶, ao tratarem da fixação da pena, utilizam a coculpabilidade como medida de individualização da pena do condenado.

CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

ARTÍCULO 38º.- (CIRCUNSTANCIAS)

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

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social;

ARTÍCULO 40º.- (ATENUANTES GENERALES)

Podrá también atenuarse la pena.

*1. Cuando el autor ha obrado por un motivo honorable, o impulsado por la miseria, o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos, o bajo la impresión de una amenaza grave, o por el ascendiente de una persona a la deva obediencia o de la cual dependa*⁹⁷

CÓDIGO PENAL MEXICANO

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la

⁹⁵Grifo nosso. Código Penal Argentino. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

Artigo 40. Nas penas divisíveis por razão de tempo ou quantidade, os tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de conformidade às regras do artigo seguinte.

Artigo 41. Aos efeitos do artigo anterior, se terá em conta:

A natureza da ação e dos meios empregados para execução e extensão do dano e do perigo causados.

A idade, a educação, os costumes e a conduta pregressa do sujeito, a qualidade dos motivos que o determinaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o sustento próprio necessário e dos seus, a participação que haja tomado no feito, as reincidências em que tenha incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstrem sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto e por meio do sujeito, da vítima e das circunstâncias do feito na medida requerida para cada caso. (Tradução livre)

⁹⁶ Segundo Grégoire Moreira de Moura, o princípio da coculpabilidade é aplicado nos seguintes países: Argentina, México, Peru, Costa Rica, Bolívia, Colômbia, Equador, El Salvador, Paraguai e Portugal. (MOURA, Grégoire Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 69-84).

⁹⁷ Grifo nosso. Código Penal boliviano. Disponível em <<http://bolivia.infoleyes.com/pshownorm.hp?id=1401>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

Artigo 38º – (CIRCUNSTÂNCIAS)

1. Para apreciar a personalidade do autor, se terá principalmente em conta:

a idade, a educação, os costumes e a conduta pregressa e posterior do sujeito, as motivações que o impulsionaram a delinquir e sua situação econômica e social.

Artigo 40º.- (ATENUANTES GERAIS)

Poderá também atenuar a pena

1. Quando o autor tenha agido por um motivo honrável, ou impulsionado pela miséria, ou sob a influência de condições morais graves e injustas, ou sob pressão de uma ameaça grave, ou por superior de uma pessoa a que deva obediência ou da qual dependa. (Tradução livre)

gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:
[...]

*V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*⁹⁸

CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- 2. Su cultura y sus costumbres; y*
- 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.*⁹⁹

Na exposição de motivos do Código Penal peruano, se diz que foi adotado o princípio da coculpabilidade no cometimento de delitos quando presente os fatores que a determinem, portanto, dessa maneira, a sociedade estaria reconhecendo que não oferece a todos iguais possibilidades de comportar-se de acordo com os interesses gerais, aceitando uma responsabilidade parcial na conduta criminosa, tendo isso o efeito de debilitar o *jus puniendi* do Estado.¹⁰⁰

⁹⁸ Grifo nosso. Código Penal mexicano. Disponível em <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

Artigo 52. – O juiz fixará as penas e medidas de segurança que estime justas e procedentes dentro dos limites assinalados para cada delito, com base na gravidade do ilícito, a qualidade e condição específica da vítima ou ofendida e o grau de culpabilidade do agente, tendo em conta:

[...]

A idade, a educação, a instrução, os costumes, as condições sociais e econômica do sujeito, assim como os motivos que o impulsionaram ou determinaram a delinquir. Quando o processado pertencer a algum etnia ou comunidade indígena, se terá em conta, também, seus usos e costumes. (Tradução livre)

⁹⁹ Grifo nosso. Código Penal mexicano. Disponível em <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

Artigo 45. Pressupostos para fundamentar e determinar a pena:

O juiz, ao momento de fundamentar e determinar a pena, deverá ter em conta:

1. As carências sociais que tiver sofrido o agente
2. Sua cultura e seus costumes; e
3. Os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependam.

¹⁰⁰Exposição de motivos do Código Penal peruano. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf> Acesso em 31 de outubro de 2011.

El proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 48°). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social.

O Projeto consagra o importante princípio da coculpabilidade da sociedade no cometimento do delito quando prescreve que o julgador deverá ter em conta, ao momento de fundamentar a sentença e determinar a pena, as carências sociais que tiverem afetado o agente (artigo 48°). Desta forma, nossa coletividade estaria reconhecendo que não brinda com iguais possibilidades a todos os indivíduos para se comportar com adequação aos interesses gerais, aceitando uma responsabilidade parcial na conduta delictiva, *mea culpa*, que tem o efeito de debilitar o

Não é somente nos países latino-americanos que há a adoção da coculpabilidade. O Código Penal português em seu art. 71º expressa que, na determinação da pena, deve o julgador analisar as condições pessoais do agente e sua situação econômica.

Artigo 71º

Determinação da medida da pena

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

- a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.¹⁰¹

O número de países que adotam, em suas legislações penais, a coculpabilidade vem crescendo em atenção aos princípios da individualização da pena e da culpabilidade.¹⁰² Quando aplicados a indivíduos em situações econômicas, sociais e culturais deploráveis em que foram colocados ou impulsionados a estar, o que a reduz a capacidade da autodeterminação desses indivíduos, os dois princípios mencionados resultam no princípio da coculpabilidade.

A análise do direito comparado demonstrou a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade em muitos países; no próximo tópico, se analisará a aplicabilidade no ordenamento penal brasileiro.

direito de punir que o Estado exerce em nome da sociedade. A Comissão Revisora conceitua que a culpabilidade a que se alude, diminui ou desaparece na mesma medida em que o delinquente haja tido as oportunidades de se comportar segundo as normas de convivência social. (Tradução livre)

¹⁰¹ Grifo nosso. Código Penal português. Disponível em <<http://www.portolegal.com/CPENAL.htm>> Acesso em 1º de novembro de 2011.

¹⁰² A culpabilidade é um princípio fundamental do Direito Penal, desse princípio provém o princípio da individualização da pena, pois através da culpabilidade se limita e fixa a pena. O princípio da coculpabilidade também provém do da culpabilidade conforme já exposto neste trabalho e guarda estreita relação com o a da individualização da pena.

4.3 A aplicabilidade da coculpabilidade no ordenamento penal brasileiro

A coculpabilidade, por ser um princípio de Direito Penal¹⁰³, não necessitaria de previsão legal para que pudesse ser aplicado¹⁰⁴. No entanto, apesar da não obrigatoriedade da previsão legal, há dispositivos no ordenamento penal brasileiro que dão amparo a aplicação da coculpabilidade.

Ao contrário do que ocorre em muitas legislações penais estrangeiras, na legislação brasileira não há expressa previsão de aplicação da coculpabilidade. No entanto, ainda que não exista a previsão expressa, existem dispositivos, em nosso ordenamento, que corretamente aplicados possibilitam a aplicação do princípio em estudo. As reformas ocorridas tanto no Código Penal como no Código de Processo Penal demonstram que o sistema nacional pátrio adotou a coculpabilidade como critério de fixação de pena.

Na reforma da parte geral do Código Penal a culpabilidade foi colocada como primeiro critério para a fixação da pena-base do pena do condenado, portanto “menciona-se no art. 59, em primeiro lugar, a culpabilidade do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal.”¹⁰⁵ A coculpabilidade, que, conforme foi demonstrado, deriva da culpabilidade, também entraria na fase de fixação da pena.

Em reforma promovida pela lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, o Código de Processo Penal deu nova forma ao interrogatório e previu fase de obtenção de dados sobre a vida do acusado, prevendo, entre as perguntas, muitas que possibilitam, caso se configure, a visualização da coculpabilidade.

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

¹⁰³ Conforme já demonstrado neste trabalho, o princípio da coculpabilidade deriva de um princípio mais abrangente que seria o da culpabilidade.

¹⁰⁴ A semelhança do princípio da inexigibilidade de conduta diversa que não necessita de previsão legal para sua aplicação conforme exposto no capítulo 2 desse trabalho,

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**; 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1. p. 293.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, **meios de vida ou profissão, oportunidades sociais**, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e **outros dados familiares e sociais**.

Não teria sentido o legislador prevê perguntas sobre meios de vida ou profissão, dados familiares e sociais e especialmente sobre oportunidades sociais se não fosse para a aferição de como essas circunstâncias poderiam reduzir o grau de autodeterminação do agente. Quis o legislador por meio da reforma tornar obrigatória para o julgador uma fase de avaliação das oportunidades sociais, econômicas e culturais oferecidas ao agente, o que não teria sentido se não fosse para a mensuração de como tais circunstâncias reduziram seu grau de autodeterminação, portanto tal dispositivo consagra o princípio da coculpabilidade. No próximo tópico, vai ser analisado como a coculpabilidade é aplicada no sistema penal e processual penal brasileiro.

4.4 Aplicação do princípio da coculpabilidade

Neste tópico, serão analisados os modos de aferição e aplicação da coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico. Conforme visto, o modo de análise da existência do referido princípio seria através do interrogatório no qual serão perguntados ao réu sobre os meios de vida ou profissão, os dados familiares e os sociais e sobre as oportunidades sociais, desse modo o magistrado deve procurar saber e analisar, no interrogatório e em outras oportunidades, o grau de escolaridade e instrução, as oportunidades de emprego e trabalho que teve o acusado, como ganha seu próprio sustento, se teve oportunidades de acesso a cursos supletivos ou de profissionalização, condições de moradia e outros fatores que poderiam reduzir o grau de autodeterminação do réu. Desse modo, o julgador aferirá o grau de coculpabilidade do Estado na conduta praticado pelo agente.

Existem situações em que a coculpabilidade é tamanha que não apenas diminui, mas retira do agente sua liberdade de escolha, sendo dele inexigível outra conduta, portanto pode a coculpabilidade resultar em uma causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Este caso será de aplicação supralegal dessa excludente, tendo em vista que não se trata de coação moral irresistível nem obediência hierárquica.

Rogério Greco, ao defender aplicabilidade do princípio da coculpabilidade, exemplifica uma situação na qual a coculpabilidade irá excluir o crime:

Na prática, como podemos levar a efeito essa divisão de responsabilidade entre a sociedade e aquele que, em virtude de sua situação de exclusão social, praticou determinada infração penal?[...] Teremos, na verdade duas opções: a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre a pessoa que, em tese, praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal.

Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja “morada” é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não[...] Não poderíamos, portanto, no exemplo, fornecido concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso.¹⁰⁶

Se as circunstâncias sociais, econômicas e culturais do agente que ensejaram a coculpabilidade do Estado apenas diminuem sua capacidade de autodeterminação, deve o magistrado, ao analisar os elementos do art. 59 do Código Penal¹⁰⁷, ter em conta a reduzida culpabilidade do condenado, em virtude da coculpabilidade, sem olvidar que a conduta social, a personalidade e o motivo do crime podem sofrer influência de circunstâncias sociais, econômica e culturais adversas bem como as infrações penais geradoras de maus antecedentes também podem ter sido influenciadas por esses mesmos fatores geradores de coculpabilidade, podendo essa condenação anterior até mesmo agravar a situação de exclusão do indivíduo.¹⁰⁸ O julgador, tendo em vista essas considerações, deve fixar a pena-base no mínimo legal e o regime mais brando de cumprimento da pena em virtude o reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente gerado pela coculpabilidade.

No entanto, mesmo estabelecendo a pena-base no mínimo legal, essa pena é injusta para o agente coculpável, pois o mínimo legal foi idealizado para os agente que cometem a infração penal sem algo que agrave a culpabilidade, ou seja, sem uma majoração

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 426.

¹⁰⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

¹⁰⁸ Todos os elementos do art. 59 do Código Penal podem aumentar ou reduzir o grau da reprovabilidade da conduta do agente, portanto o artigo serve para aferir o grau de culpabilidade do agente no ato.

da reprovabilidade de sua conduta, porém esse mínimo não é medida justa para um agente que divide essa responsabilidade mínima com o Estado ou com a sociedade, pois este detém parcela de responsabilidade, devendo esse *quantum* ser retirado da pena do agente, o que seria possível através da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal que diz que “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” Entre os autores que sustentam a possibilidade da redução da pena pela coculpabilidade através do art. 66 do Código Penal tem-se Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁰⁹, Rogério Greco¹¹⁰ e Grégore Moreira de Moura.¹¹¹

Cabe destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidado na Súmula 231 que determina que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”¹¹² Tal entendimento é atacado, com razão, por parte da doutrina e jurisprudência pátria, em virtude da ausência de fundamento legal do entendimento, pois não se encontra na lei nenhum óbice à redução aquém do mínimo legal.

Importante lição de Cezar Roberto Bitencourt demonstra a obrigatoriedade da redução da pena, mesmo que a deixe abaixo do mínimo legal, em caso de atenuantes genéricas do art. 65, a mesma lição pode ser aplicada à atenuante do art. 66:

Já há algum tempo revisamos nosso entendimento, acompanhado a melhor orientação doutrinária (e parte da jurisprudência), voltada para os postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito, que não transige como responsabilidade objetiva e tampouco como interpretações analógicas *in malam partem*; assim, acompanhamos o entendimento que sustenta a possibilidade de as *circunstâncias atenuantes* poderem trazer a pena aplicada para *aquém do mínimo legal* [...] A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*. [...] Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento a nenhum limite¹¹³

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**; 9.ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 529.

¹¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 426.

¹¹¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 94.

¹¹² No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal em repercussão geral julgou ser impossível a redução aquém do mínimo na segunda fase de aplicação da pena. (RE 597270 RG-QO / RS - RIO GRANDE DO SUL - REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 26/03/2009.)

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 675-678. (Grifos do autor)

Portanto, apesar de contrariar a Súmula do STJ, deve o julgador em respeito a princípio da legalidade e da individualização da pena conceder ao condenado de quem o Estado é coculpável e que teve a pena-base fixada no mínimo legal a redução da pena aquém do mínimo legal.

4.5 Coculpabilidade nos tribunais brasileiros

Neste capítulo, será analisado o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o princípio em estudo. Coculpabilidade somente ganhou um maior destaque nos tribunais pátrios há pouco tempo, principalmente por meio das teses defensivas das Defensorias Públicas, uma vez que estas assistem aos réus hipossuficientes, sofrendo muitos destes uma redução na capacidade de autodeterminação em virtude da coculpabilidade.

Há divergência na jurisprudência pátria quanto ao reconhecimento da coculpabilidade. Algumas decisões não a reconhecem alegando que não há de amparo legal. Por exemplo, tem-se um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que fundamenta que a tese é criação doutrinária, não encontrando amparo legal nem jurisprudencial.

Processo penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do réu, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova. Penal. Condenação criminal imposta em primeira instância. Defesa que sustenta em grau de recurso tese de coculpabilidade, visando à redução da pena. Impossibilidade. **Tal tese, construída pela doutrina, não encontra agasalho na legislação pátria nem eco na jurisprudência de nossos tribunais.** Tóxicos. Crime de tráfico ilícito de drogas. Lei nº 11.343/06, art. 33. Condenação imposta em primeira instância. Alegação defensiva de que a pena de multa cominada pelo legislador (de 500 a 1.500 dias-multa) viola princípios da Constituição da República. Improcedência. Tese afastada. Tóxicos. Crime de tráfico ilícito de drogas. Crime equiparado aos hediondos. Imposição de regime fechado. Necessidade. 11.34333 Constituição (703848620108260050 SP 0070384-86.2010.8.26.0050, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 30/06/2011, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/06/2011)¹¹⁴

¹¹⁴ Grifo nosso. No mesmo sentido do reconhecimento da tese por falta de amparo legal: (4281556 PR 0428155-6, Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 03/07/2008, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7669); (7854620078070001 DF 0000785-46.2007.807.0001, Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 13/08/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 20/10/2009, DJ-e Pág. 249)

Conforme demonstrado anteriormente, a aplicação do princípio da coculpabilidade tem amparo legal, e conforme será demonstrado também tem amparo jurisprudencial, no entanto para que seja acolhida a referida tese defensiva deve ficar provado nos autos que eram reduzidas as oportunidades sociais do condenado, em decorrência da ausência direitos básicos. A prova sobre a coculpabilidade, ou seja, de estar nessa situação e de que não foi o agente quem se colocou nela deve necessariamente ser colhida conforme já exposto. A primeira fase do interrogatório deve ser utilizada para obtenção dos dados pessoais do acusado segundo preceitua o art. 187 do Código de Processo Penal. Analisando os dados pode o julgador visualizar a coculpabilidade, entretanto a obtenção de dados que possam servir à configuração do princípio não está restrita a esse momento. Porém, não restando demonstrada que eram reduzidas as de oportunidades sociais, em decorrência da ausência direitos básicos, não há como o réu se beneficiar da mencionada tese. Para o reconhecimento do benefício em estudo tem de restar provada a coculpabilidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO. ARTIGO 14 DA LEI N. 10.826/03. DOIS RÉUS. PRELIMINARES. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 10.826/03. NÃO CABIMENTO. PROVAS ILÍCITAS. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO DENTRO DE LOTE P ARTICULAR SEM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. DESNECESSIDADE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. PROVAS INSUFICIENTES. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALOR PROBANTE. TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO. ATENUANTE GENÉRICA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL. RECURSOS DESPROVIDOS.[...]

6. NÃO HÁ FALAR EM TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO SOB O PRETEXTO DE MARGINALIZAÇÃO DOS RÉUS, PORQUANTO A **OMISSÃO DO ESTADO NÃO FOI EFETIVAMENTE COMPROVADA, NÃO SE PODENDO APLICAR A ATENUANTE GENÉRICA DESCRITA NO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL.**

7. LIMINARES REJEITADAS, E, NO MÉRITO, RECURSO DESPROVIDO. (105659020108070005 DF 0010565-90.2010.807.0005, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 12/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 25/05/2011, DJ-e Pág. 262)¹¹⁵

Existe ainda julgado que acolhe a coculpabilidade, mas não reduz a pena em razão de já está esta no mínimo legal, seguindo o entendimento da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, entendimento que deveria ser abandonado por contrariar o princípio da legalidade

¹¹⁵ No mesmo sentido de não acolher a tese de coculpabilidade em virtude ter provas nos autos de sua configuração: (4091 RJ 2003.51.01.532518-0, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de Julgamento: 25/06/2009, PRIMEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::16/07/2009 - Página::128) e (43100420108070010 DF 0004310-04.2010.807.0010, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 17/02/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 23/02/2011, DJ-e Pág. 313)

e a individualização da pena. Essa súmula, em alguns julgados¹¹⁶, é empecilho a apreciação da existência da coculpabilidade.

Em julgamento de apelação do Tribunal de Alçada de Minas Gerais¹¹⁷, o relator se manifestou pela redução de pena aquém do mínimo através do reconhecimento da redução referente às atenuantes da confissão espontânea e da coculpabilidade, mesmo tendo sido fixada a pena-base no mínimo legal:

Reconheço a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea e a inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, tendo em vista o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni - Manual de Direito Penal, ed. RT, p. - espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito. Assim, diminuo em seis meses a pena para cada uma das atenuantes, passando a sanção a ser fixada em três anos de reclusão e oito dias-multa.

Em seu voto, no entanto, a revisora, mesma reconhecendo que o réu fazia jus aos benefícios, se manifestou pela impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase de aplicação da pena, sendo acompanhada pelo vogal:

Todavia, discordo do voto condutor quanto à possibilidade de reconhecimento das atenuantes retromencionadas. Embora observando que o acusado, de fato, faz jus a esse benefício, vejo que a incidência das mesmas não tem, na hipótese posta a exame, o condão de beneficiá-lo, uma vez que sua aplicação restou inviabilizada pela fixação da pena-base em seu limite mínimo legal.¹¹⁸

Quanto ao reconhecimento da coculpabilidade para menor infrator, destaque-se o seguinte julgado que rechaça a aplicação do princípio da coculpabilidade sobre o fundamento de que não se está diante de aplicação de pena, mas de medida sócio-educativa que não visa à punição, mas a recuperação do menor.

¹¹⁶ Nesse sentido: (31190820028070008 DF 0003119-08.2002.807.0008, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 29/04/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 18/05/2010, DJ-e Pág. 218) Nesse julgado, o relator não examinou a existência da coculpabilidade em razão da impossibilidade da redução, seguindo o entendimento expresso na súmula 231 do STJ. O revisor se manifestou pela impossibilidade da redução em virtude da súmula, além de aduzir que “não restou comprovado nos autos que a marginalização do réu tenha sido em consequência à omissão do Estado.” E o vogal acompanhou o relator.

¹¹⁷ (200000036437760001 MG 2.0000.00.364377-6/000(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/09/2002, Data de Publicação: 28/09/2002)

¹¹⁸ (200000036437760001 MG 2.0000.00.364377-6/000(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/09/2002, Data de Publicação: 28/09/2002)

APELAÇÃO ESPECIAL. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DESCRITO NO ART. 155, CAPUT, E ART. 129, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SEMILIBERDADE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DE GRADAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO - INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DE MEDIDA MAIS BRANDA - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. SE O DOUTO JUÍZO A QUO, FUNDAMENTADAMENTE, DEMONSTRAR SER A SEMILIBERDADE A MEDIDA MAIS ADEQUADA PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR, NADA IMPEDE A SUA IMPOSIÇÃO, MÁXIME QUANDO JÁ FORAM APLICADAS MEDIDAS MAIS BRANDAS SEM QUE FOSSEM ALCANÇADOS OS EFEITOS ALMEJADOS PELA LEI MENORISTA. **A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO É INCOMPATÍVEL COM OS OBJETIVOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, VISTO QUE NÃO SE ESTÁ DIANTE DE APLICAÇÃO DE PENA, MAS DE MEDIDA MAIS ADEQUADA À REEDUCAÇÃO DO JOVEM.** A MEDIDA DE SEMILIBERDADE É ADEQUADA A MENOR CUJO COMPORTAMENTO DEMONSTRA REITERAÇÃO NA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS, MÁXIME QUANDO É URGENTE QUE RETORNE AOS ESTUDOS E SE PROFISSIONALIZE.155129CÓDIGO PENALESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (495687420098070009 DF 0049568-74.2009.807.0009, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 13/01/2011, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 21/01/2011, DJ-e Pág. 203)

Ao fundamentar a decisão, o relator asseverou também que a aplicação do princípio da coculpabilidade seria impossível aos menores, visto que a coculpabilidade “diz respeito à culpabilidade a ser aferida na aplicação da pena, o que demonstra a imprescindibilidade do agente ser imputável”, afastando sua aplicação ao menor, visto que esse é inimputável por presunção absoluta da lei.

Ressalte-se que, ao aplicar a medida, o magistrado o fará no interesse do menor, ou seja, em sua reeducação, portanto não é possível a aplicação da coculpabilidade por não se trata de imposição de pena, mas de medida sócio-educativa e que, mesmo sendo o Estado ou a sociedade o responsável pela omissão dos seus direitos básicos e redução de oportunidades, não irá com a medida aplicada puni-lo, mas tentar reeducá-lo, sendo desnecessário analisar a coculpabilidade.

Serão analisados agora alguns julgados de diferentes tribunais que reconhecem a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade. Primeiramente será analisado um julgado que, apesar de não entender cabível a aplicação da coculpabilidade ao caso em análise, reconheceu expressamente a possibilidade de aplicação do mencionado princípio, apresentando ainda importante lição sobre sua visualização:

APELAÇÃO - FURTO - PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICAÇÃO - TENTATIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CO-CULPABILIDADE - RECONHECIMENTO PARA FINS DE PROPORCIONALIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - PENA-BASE EXACERBADA - DIMINUIÇÃO - REINCIDÊNCIA - AUMENTO EXACERBADO DA PENA-BASE - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - AUMENTO MÁXIMO DE 1/6 SOBRE A PENA-BASE. [...]Sendo a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a pena-base da privativa de liberdade deve ser fixada no mínimo legal. **É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito.** Apesar de nosso Código Penal não determinar qual a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes, doutrina e jurisprudência majoritárias tem aceitado que a variação dessas circunstâncias, atendido o princípio da razoabilidade, não deve modificar a pena-base, em mais de 1/6 (um sexto). V.V.P: APELAÇÃO - FURTO - CIRCUNSTÂNCIAS66Código PenalCódigo Penal (107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007)

Também merece destaque o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo a sentença de primeiro grau que reconheceu no caso concreto a aplicação do princípio da coculpabilidade¹¹⁹, expressando que sociedade deve responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão:

ROUBO. CONCURSO. CORRUPCAO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE . SE A GRAVE AMEACA EMERGE UNICAMENTE EM RAZAO DA SUPERIORIDADE NUMERICA DE AGENTES, NAO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE BIS IN IDEM - INEPTA E A INICIAL DO DELITO DE CORRUPCAO DE MENORES(LEI 2.252/54) QUE NAO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NAO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPCAO PELA PRATICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. - **O PRINCIPIO DA CO-CULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBEM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADAO REU.** - RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUIZA SENTENCIANTE. (16FLS.) (Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001)

Por fim, analisar-se-á um acórdão que reconheceu a aplicação da coculpabilidade a um réu semi-alfabetizado, tendo o julgador reduzido a pena do condenado através da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal:

¹¹⁹ No mesmo sentido, reconhecendo a coculpabilidade ao caso concreto e mantendo a sentença de primeira instância: (120234 RN 2008.012023-4, Relator: Des^a. Judite Nunes, Data de Julgamento: 06/02/2009, Câmara Criminal) e (3758 TO , Relator: Des. José de Moura Filho)

Ementa: FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. **INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES.** Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006)

Destaque deve ser dado à importante lição extraída do voto do relator acerca responsabilidade pela omissão a direito básico do réu com a conseqüente redução de oportunidades, que ensejou a aplicação da configurada atenuante genérica da coculpabilidade:

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 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 de 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.

Portanto parte da jurisprudência tem reconhecido a aplicabilidade da coculpabilidade através dos critérios de fixação da pena-base do art. 59 bem como através da atenuante genérica inominada do art. 66 ambos do Código Penal.

4.6 Posituação da coculpabilidade

Neste capítulo, serão analisadas as possibilidades de positivação do instituto da coculpabilidade no ordenamento jurídico. Como ficou demonstrado, não seria necessária sua positivação, porém a fim de se evitar qualquer discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da sua aplicabilidade convém que tenha previsão expressa na legislação penal brasileira, à semelhança das de muitos países já estudados no tópico de direito comparado.

Já existe proposta de sua positivação na primeira fase de aplicação da pena. O Ministério da Justiça instalou uma comissão formada por juristas e presidida por Miguel Reale Junior a fim de apresentar proposta de Nova Parte Geral do Código Penal, o projeto foi enviado ao Congresso Nacional em 18 de agosto de 2000 e também em seu art. 59 previa como deveria ser realizada a fixação da pena base, desta vez prevendo expressamente a coculpabilidade:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, **bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34.¹²⁰

Convém destacar que essa positivação não retira a possibilidade de aplicação do instituto também como atenuante genérica inominada do art. 66 do Código Penal, visto que, a despeito da súmula 231 do STJ, não seria justo punir com igual severidade dois agentes, um coculpável e outro não que receberam a pena mínima na primeira fase de aplicação da pena em razão de sua reduzida reprovabilidade, pois um deles divide essa censurabilidade com o Estado ou com a sociedade responsável pelas reduzidas oportunidades sociais dadas ao condenando, que reduziu seu campo de autodeterminação, portanto deve o coculpável receber uma pena menor que o outro. Do mesmo modo como não é justo punir com a mesma pena dois agentes que tiveram na primeira fase a pena mínima e, na segunda, um deles é

¹²⁰ Disponível em

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ0EADEB70ITEMID2E0FB3D624BC4235AA701838E52FB1CAPTBRIE.htm>> Acesso em 3 de novembro de 2011. Seria importante que a nova comissão instituída pelo presidente do Senado no dia 18 de outubro de 2011 para elaborar a reforma do Código Penal também apresente proposta de positivação da coculpabilidade.

beneficiado, por exemplo, pela atenuante do desconhecimento da lei ou cometeu o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

Seria igualmente possível sua positivação no art. 65 do Código Penal que prevê as causas de atenuantes genéricas, deixando a coculpabilidade de ser analisada como atenuante inominada do art. 66 para prevista expressamente no artigo anterior, garantindo assim uma melhor visualização do instituto, assegurando sua aplicação.

Entretanto, a fim de se evitar decisões que em cumprimento da referida súmula do Superior Tribunal de Justiça não reduzam a pena do agente coculpável aquém do mínimo, melhor seria sua positivação na art. 29 do Código Penal, que é se analisado na terceira fase de aplicação da pena. A mencionada súmula não impossibilita nessa fase a redução aquém do mínimo cominado. Grégore Moreira de Moura sugere um parágrafo ao art. 29 com a seguinte redação:

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 como o crime cometido¹²¹

Essas condições são resultado de ausência dos direitos sociais, que reduz a oportunidades sociais, econômicas e culturais do agente. Para saber o quanto da redução deve se ter o critério de que maior seria a redução quando piores fossem as condições elencadas no parágrafo¹²² ou sua influência sobre a conduta do agente. Ficando a critério do juiz analisá-las e determinar o *quantum* de redução na pena do condenado.

Apesar de seu caráter de princípio de Direito Penal, que dá aplicação obrigatória à coculpabilidade independentemente de expressa previsão legal, entende-se ser vantajosa sua positivação, visto que muitos aplicadores do Direito ainda são apegados à letra da lei, o que cria embaraço efetivação da coculpabilidade. A positivação do referido princípio extingiria qualquer dúvida sobre sua aplicabilidade, dando ao réu abrangido por ele certeza jurídica de que seu menor grau de reprovabilidade em razão da coculpabilidade seria considerado na aplicação da pena.

¹²¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 94-95.

¹²² MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. p. 95.

5 CONCLUSÃO

O conceito de crime foi evoluindo durante a História, em um primeiro momento do Direito Penal consagrava a responsabilidade objetiva, ou seja, batava o nexos de causalidade da conduta com o resultado, ainda que não tivesse o autor dos fatos dolo ou culpa pelo fato. Com a evolução cultural, a responsabilidade objetiva foi abandonada, entendeu que deveria haver entre o agente e o fato uma relação psicológica, consagrando-se assim o princípio do *nullum crimen sine culpa*.

Para as diferentes teorias do crime estudadas neste trabalho, crime é o fato típico, ilícito e culpável, exceto para a teoria bipartite, que considera a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena. O elemento que sofreu as mais significativas mudanças nas teorias do crime foi a culpabilidade. Conforme visto no segundo capítulo, sem a culpabilidade impossível é punição do agente; assim, não sendo reprovável a conduta do agente, não há como puni-lo. Se de algum modo diminuída foi a reprovabilidade, como no caso do erro de proibição inescusável, da coação moral que se podia resistir e de outros casos analisados no segundo capítulo, menor será pena.

O Sistema Penal brasileiro elegeu a culpabilidade como princípio norteador da necessidade e medida da pena e não poderia ser diferente, visto que sem reprovabilidade da conduta do agente esse não merece punição bem como a mensuração da pena deve analisar a menor ou maior censurabilidade da conduta do agente.

A ausência de direitos sociais como educação, emprego, moradia, alimentação, segurança, saúde e seguridade social gera exclusão social e diminui as oportunidades sociais, econômicas e culturais do indivíduo. Essa redução de oportunidades diminui o grau de autodeterminação do indivíduo, pois reduzidas também estão as possibilidades de escolha de condutas conforme o Direito, portanto menor será a censurabilidade, conseqüentemente menor deve ser sua pena.

Não tendo o agente concorrido para se colocar em tal situação de redução de oportunidades sociais, não pode ele ser sobrecarregado com a censurabilidade que teria se não

fossem reduzidas as oportunidades sociais, essa responsabilidade deve ser imputada a quem deu causa a redução. Dificilmente a diminuição das oportunidades sociais de um indivíduo pode ser atribuída a uma ou algumas pessoas, portanto a responsabilidade é atribuída à sociedade por não ter brindado a todos os indivíduos com iguais oportunidades ou ao Estado por não tê-las garantidos através da efetivação dos direitos sociais. Portanto a parcela de censurabilidade pelo cometimento da infração que não pode ser atribuída ao agente será imputada à sociedade ou ao Estado, logo por partilhar a essa censurabilidade com o autor da infração será a sociedade ou o Estado coculpável.

A redução da pena será maior quanto menos o agente tiver concorrido para essa redução, visto que a coculpabilidade pressupõe divisão da culpabilidade com agente(s) diverso(s), não havendo culpabilidade deste(s) não haverá coculpabilidade.

Entretanto indiferente é para a responsabilização penal saber se a responsabilidade pela redução das oportunidades sociais cabe a sociedade ou para o Estado, uma vez que, tanto em uma como no outra, a conduta do agente tem menor reprovabilidade, portanto merece menor pena.

Embora exista amparo legal para sua aplicação, parcela da jurisprudência sobre o assunto afasta a aplicação da coculpabilidade, alegando ausência de amparo legal. Já outra parte da jurisprudência acolhe o princípio da coculpabilidade visualizando esse amparo e, quando presentes seus requisitos, aplicando o mencionado princípio ao condenado reduzindo sua pena.

A coculpabilidade tem previsão expressa em muitas legislações penais, principalmente nos países latino-americanos. No Brasil, ela não tem essa previsão expressa, porém existe amparo legal para sua aplicação. Todavia, ainda que não tivesse amparo legal, a coculpabilidade poderia ser aplicada por ser um princípio de Direito Penal, podendo ser aplicado através de uma causa suprallegal à semelhança do que ocorre com a inexigibilidade de conduta diversa.

Na fase de aplicação da pena, a coculpabilidade pode ser aplicada através do art. 59 do Código Penal bem como através da atenuante genérica inominada do art. 66 do mesmo

diploma legal. Portanto, conclui-se que o princípio da coculpabilidade tem aplicabilidade no ordenamento penal brasileiro.

Por fim, devido à mentalidade de muitos de nossos aplicadores do Direito ainda bastante apegados à letra da lei, seria muito útil a positivação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Penal.** Disponível em
 <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>>
 Acesso em 31 de outubro de 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal;** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

BOLÍVIA. **Código Penal.** Disponível em
 <<http://bolivia.infoleyes.com/pshownorm.hp?id=1401>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

BRASIL. **Código Penal.** Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código de Processo Penal.** Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Decreto 591 de 6 de julho de 1902.** Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em 14 de novembro de 2011.

_____. **Ministério da Justiça.** Projeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal. Disponível em
 <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ0EAD70ITEMID2E0FB3D624BC4235AA701838E52FB1CAPTBRIE.htm>> Acesso em 3 de novembro de 2011.

_____. **Ministério da Justiça.** Sistema Integrado de Informações Penitenciário. Dados consolidados 2008/2009. Disponível em
 <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 27 de outubro de 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 231.** A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo. Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal. RE 597270 RG-QO / RS - RIO GRANDE DO SUL - REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO -** Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 26/03/2009.DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.105659020108070005 DF 0010565-90.2010.807.0005,** Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 12/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 25/05/2011, DJ-e Pág. 262

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 31190820028070008 DF 0003119-08.2002.807.0008,** Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 29/04/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 18/05/2010, DJ-e Pág. 218.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 43100420108070010 DF 0004310-04.2010.807.0010,** Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 17/02/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 23/02/2011, DJ-e Pág. 313.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 495687420098070009 DF 00049568-74.2009.807.0009,** Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 13/01/2011, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 21/01/2011, DJ-e Pág. 203.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 7854620078070001 DF 0000785-46.2007.807.0001,** Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 13/08/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 20/10/2009, DJ-e Pág. 249.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1),** Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5910647/107020629660810011-mg-1070206296608-1-001-1-tjmg>> Acesso em 15 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 200000036437760001 MG 2.0000.00.364377-6/000(1),** Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 10/09/2002, Data de Publicação: 28/09/2002. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5790741/200000036437760001-mg-2000000364377-6-000-1-tjmg>> Acesso em 15 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná.** 4281556 PR 0428155-6, Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 03/07/2008, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7669.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** 4091 RJ 2003.51.01.532518-0, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de Julgamento: 25/06/2009, PRIMEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::16/07/2009 - Página::128.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.** 120234 RN 2008.012023-4, Relator: Des^a. Judite Nunes, Data de Julgamento: 06/02/2009, Câmara Criminal. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4755206/apelacao-criminal-apr-120234-rn-2008012023-4-tjrn>> Acesso em 15 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70002250371&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em 15 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013886742&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em 15 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** 703848620108260050 SP 0070384-86.2010.8.26.0050, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 30/06/2011, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/06/2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19970147/apelacao-apl-703848620108260050-sp-0070384-8620108260050-tjsp>> Acesso em 14 de novembro de 2011.

_____. **Tribunal de Justiça do Tocantins.** 3758 TO , Relator: Des. José de Moura Filho. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4122592/apelacao-criminal-acr-3758-to-tjto>> Acesso em 14 de novembro de 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**; Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** ; 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal;** 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

MÉXICO. **Código Penal.** Disponível em <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal;** 15.ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

PERU. **Código Penal.** Disponível em <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> Acesso em 31 de outubro de 2011.

_____. **Exposição de motivos do Código Penal.** Disponível em <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf> Acesso em 31 de outubro de 2011.

PORTUGAL. **Código Penal.** Disponível em <<http://www.portolegal.com/CPENAL.htm>> Acesso em 1º de novembro de 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro. Revan.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro;** 9.ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

