

Prospectiva (Frutal-MG).

A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro.

Carolina Cavasana de Paula e Silva.

Cita: Carolina Cavasana de Paula e Silva (2016). *A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro*. Frutal-MG: Prospectiva.

Dirección estable:

<https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/42>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.

Para ver una copia de esta licencia, visite

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <http://www.aacademica.org>.

Carolina Cavasana de Paula e Silva



**Aplicação da Culpabilidade
no Direito Penal Brasileiro**



Carolina Cavasana de Paula e Silva

A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal
Brasileiro

Frutal-MG
Editora Prospectiva
2016

Copyright 2016 by Carolina Cavasana de Paula e Silva

Capa: Jéssica Caetano

Foto de capa: internet

Revisão: A autora

Edição: Editora Prospectiva

Editor: Otávio Luiz Machado

Assistente de edição: Jéssica Caetano

Conselho Editorial: Antenor Rodrigues Barbosa Jr, Flávio Ribeiro da Costa, Leandro de Souza Pinheiro, Otávio Luiz Machado e Rodrigo Portari.

Contato da editora: editorapropectiva@gmail.com

Página: <https://www.facebook.com/editorapropectiva/>

Telefone: (34) 99777-3102

Correspondência: Caixa Postal 25 – 38200-000 Frutal-MG

PAULA E SILVA, Carolina Cavasana.

A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro.
Frutal: Prospectiva, 2016.

ISBN: 978-85-5864-038-1

1. Culpabilidade. 2. Coculpabilidade. 3. A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal comparado. 4. A aplicação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro. I. Paula e Silva, Carolina Cavasana. II. Universidade do Estado de Minas Gerais. III. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à meus pais, Silvia e Ernani, por todo amor, dedicação e amparo fornecidos durante toda a minha vida, que influenciaram diretamente na minha formação acadêmica e pessoal.

À minha irmã Marina, minha amiga mais leal e amorosa, me apoiando e me incentivando durante os momentos mais felizes e difíceis de todos esses anos.

Agradeço ao meu querido professor e orientador Fausy Vieira Salomão, pelo auxílio e atenção dispensados durante a elaboração desta monografia, além dos grandes ensinamentos jurídicos essenciais para a minha formação acadêmica.

Aos meus amigos que fiz durante estes anos na cidade de Frutal, em especial à Anna Letícia, Isis, Laura, Michelle, Augusto, Vitor, Valter, Hugo e José Augusto, por terem compartilhado comigo os melhores momentos desta jornada, se tornando mais que meus amigos, mas irmãos de coração que serão levados para sempre comigo.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para concretização deste trabalho e que me apoiaram em cada conquista durante a Universidade.

SUMÁRIO

NOTA DO EDITOR	9
INTRODUÇÃO	10
1 CULPABILIDADE	14
1.1 Conceito	14
1.2 Evolução Histórica.....	16
1.2.1 Teoria psicológica.....	17
1.2.2 Teoria normativa ou psicológico-normativa...20	
1.2.3 Teoria normativa pura.....	24
1.2.4 Teoria limitada	27
1.2.5 Teoria funcional.....	29
1.3 Culpabilidade de fato e culpabilidade de autor .31	
1.4 Elementos da Culpabilidade	32
1.4.1 Imputabilidade	33
1.4.2 Potencial consciência da ilicitude.....	37
1.4.3 Exigibilidade de conduta diversa.....	40
1.5 Causas Excludentes de Culpabilidade	42
1.5.1 Causas de Exclusão de Imputabilidade	42
1.5.1.1 Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado.....	44
1.5.1.2 Menoridade	48

1.5.1.3 Embriaguez Completa proveniente de Caso Fortuito ou Força Maior	49
1.5.2 Causas Excludentes de Potencial Consciência da Ilicitude	52
1.5.2.1 Erro de Proibição	52
1.5.3 Causas Excludentes de Exigibilidade de Conduta Diversa	58
1.5.3.1 Coação Irresistível	58
1.5.3.2 Obediência Hierárquica	62
2 COCULPABILIDADE.....	67
2.1 Conceito	68
2.2 Origem Histórica.....	74
2.3Coculpabilidade e a Constituição Federal de 1988	78
2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	78
2.3.2 Princípio da Individualização da Pena.....	82
2.3.3 Princípio da Igualdade	85
2.4 A coculpabilidade às avessas.....	88
3 A APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO	93
3.1 Coculpabilidade no Direito Penal Argentino	93
3.2 Coculpabilidade no Direito Penal Peruano.....	95

3.3	Coculpabilidade no Direito Penal Boliviano.....	97
3.4	Coculpabilidade no Direito Penal Equatoriano.....	99
3.5	Coculpabilidade no Direito Penal Paraguai...	100
3.6	Coculpabilidade no Direito Penal Costa-Riquenho.....	102
3.7	Coculpabilidade no Direito Penal Colombiano.....	106

4 A APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 107

4.1	Considerações Iniciais	107
4.2	Aplicação da Pena.....	108
4.2.1	O Sistema Trifásico	109
4.2.1.1	Primeira Fase: fixação da pena-base	112
4.2.1.2	Segunda Fase: circunstâncias atenuantes e agravantes	115
4.2.1.3	Terceira Fase: causas de aumento e de diminuição de pena	122
4.3	Coculpabilidade como Circunstância Atenuante Inominada	124
4.3.1	Entendimento dos Tribunais	131
4.4	Outras Hipóteses de Aplicação da Coculpabilidade.....	148

CONCLUSÃO.....155

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....160

NOTA DO EDITOR

Uma produção acadêmica de interesse da sociedade com enorme potencial de esclarecimento de questões do campo jurídico faz parte do trabalho de Carolina Cavasana de Paula e Silva.

Como trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal, também contou com a orientação do competente Professor Fausy Vieira Salomão.

A versão original impressa poderá ser consultada na Biblioteca da Unidade de Frutal. Nossa alegria é imensa por contar com a autora no trabalho de popularização da ciência e da divulgação científica. Quando nos permitiu publicar o trabalho para torná-lo acessível para consulta gratuitamente na *internet* contribuiu para a ampliação da cultura do acesso livre ao conhecimento e da transparência das atividades universitárias.

Professor Otávio Luiz Machado
Editora Prospectiva

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como foco o estudo da coculpabilidade, bem como as possibilidades de sua aplicação e inserção no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no Direito Penal.

Sabe-se que na conjuntura atual brasileira, nossa sociedade encontra-se exacerbada pelas desigualdades sociais, decorrentes principalmente da omissão estatal em proporcionar a todos os indivíduos acesso amplo a todos os direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição Federal.

É certo, ainda, que o meio social em que vivemos exerce grande influência em nosso desenvolvimento comportamental e psicológico, de forma que aqueles que encontram-se em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência socioeconômica, ocupando as camadas mais baixas de nossa sociedade, tendem a seguir o caminho do crime como forma de garantir os meios básicos de sobrevivência.

Neste contexto, o Direito Penal deve ser aplicado de maneira justa e racional, o que só seria possível por meio de garantias que consolidem a chamada “igualdade jurídica”, ou seja, tratar

desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Por essa premissa, os agentes que tiverem cometido delitos em decorrência da falta de oportunidades proporcionada pelo Estado e pela sociedade, não poderão ser responsabilizados individualmente por sua conduta, devendo o juízo de reprovação feito sobre eles ser atenuado.

Nesta tessitura, adentra no mundo jurídico a chamada coculpabilidade, que seria, em suma, uma mea-culpa da sociedade e do Estado na prática de delitos por aqueles indivíduos produtos de sua omissão e marginalização, de forma que sua responsabilização pelo crime deve ser repartida indiretamente com eles.

Dessa forma, busca-se através do presente trabalho estudar as possibilidades de aplicação deste instituto, em especial por meio do artigo 66 do Código Penal, que dispõe sobre a chamada circunstância atenuante inominada, bem como as hipóteses de sua inserção no referido código.

Para tal desiderato, o trabalho será composto por quatro capítulos distintos mas interligados entre si, para explanação completa sobre o tema.

O primeiro capítulo abordará a culpabilidade como elemento integrante do crime, sendo analisados

seu conceito e desenvolvimento histórico de suas teorias. Serão estudados, ainda, os elementos que compõem a culpabilidade, sendo eles, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Por fim, serão analisadas todas as causas excludentes da culpabilidade.

Em seguida, o segundo capítulo trará como tema central o conceito de coculpabilidade, sua origem histórica e sua relação com a Constituição Federal, mormente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e da igualdade. Além disso, o capítulo tratará a respeito da chamada coculpabilidade às avessas.

O terceiro capítulo, por sua vez, disporá sobre a aplicação da coculpabilidade no direito penal comparado, em específico nas legislações dos países latino-americanos, já que estes possuem uma realidade econômico-social muito similar com a brasileira.

Por derradeiro, no quarto e último capítulo será estudada a aplicação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro, mediante a análise do dispositivo 66 do Código Penal, o qual prevê a chamada circunstância atenuante inominada, além de se observar o entendimento jurisprudencial atual a

respeito do tema. Demais disso, se analisará as possibilidades de inserção da coculpabilidade em determinados dispositivos do mesmo *Codex*.

A pesquisa se encerrará com as considerações finais, onde serão elencados os pontos e reflexões principais acerca da coculpabilidade e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob este enfoque o presente trabalho se desenvolverá buscando fomentar as discussões a respeito da coculpabilidade, vez que ainda não existe entendimento doutrinário e jurisprudencial pacífico a respeito, visando efetiva-la para que o Direito cumpra com sua real função de garantidor da justiça.

No que tange à metodologia aplicada, utilizou-se o método dedutivo, através da pesquisa de legislações, doutrinas e jurisprudência atualizadas referentes ao tema.

1. CULPABILIDADE

1.1 Conceito

As discussões doutrinárias acerca do conceito e definição de culpabilidade estão constantemente em pauta no mundo jurídico, havendo grandes modificações e diversas teorias acerca do tema ao longo dos tempos, sendo que, ainda, não se atingiu um posicionamento pacífico e definitivo a respeito.

Entretanto, em um conceito geral, pode-se entender como culpabilidade a reprovabilidade de uma conduta típica e antijurídica cometida por um indivíduo que poderia ter agido de acordo com o ordenamento jurídico e assim não o fez. Representa, portanto, um juízo de censura, de reprovação, exercido sobre aquele que praticou uma infração penal.

Por ser uma reprovação pessoal de uma conduta contrária à norma, a culpabilidade considera a situação e condições pessoais do agente no momento dos fatos, sendo sua análise indispensável para a individualização da pena.

Neste sentido afirma Rogério Greco:

[...]A culpabilidade, ou seja, o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, é individual, pois o homem é um ser que possui sua própria identidade, razão pela qual não existe um ser igual ao outro. Temos nossas peculiaridades, que nos distinguem dos demais. Por isso, em tema de culpabilidade, todos os fatos, internos e externos, devem ser considerados a fim de se apurar se o agente, nas condições em que se encontrava, poderia agir de outro modo.¹

Noutro giro, pelos diferentes posicionamentos doutrinários, a culpabilidade poderá ser analisada como o terceiro elemento constitutivo do crime, como pressuposto de aplicação de pena, ou, ainda, como um instituto limitador da aplicação da pena.

Vislumbra-se, por fim, que uma das principais funções da culpabilidade é a de afastar totalmente de nossa legislação penal a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela oriunda exclusivamente de fatos praticados e seus resultados. Isto porque, a responsabilidade penal deverá ser incontestavelmente subjetiva, visto que

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 375

somente as condutas praticadas com dolo ou culpa poderão ser objetos de punição.

1.2 Evolução histórica

A Teoria do Delito evoluiu gradativamente a partir do século XIX, tendo como base a Doutrina Alemã e como influência o Direito Italiano. Aos poucos as características fundamentais do delito, quais sejam, ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, foram sendo descobertas e estudadas por diversos autores alemães, como Binding, von Ihering, von Liszt, Beling, Goldschmidt, Welzel, entre outros.

Dessa maneira, inúmeros foram os autores que contribuíram para a evolução da teoria do delito e, conseqüentemente, para a definição do conceito de culpabilidade.

Assim, considerando que o Código Penal não apresenta um conceito definido de culpabilidade, é necessário um estudo aprofundado das diversas teorias doutrinárias formuladas acerca de seu conceito e elementos, as quais serão estudadas a seguir.

1.2.1 Teoria Psicológica

Idealizada por Franz von Liszt e Ernest von Beling no final do século XIX e início do século XX, a Teoria Psicológica teve como fundamento a teoria causal ou naturalística da ação, surgindo como primeiro passo para a responsabilização penal subjetiva.

Os mencionados doutrinadores dividiam o delito em dois aspectos: um externo e outro interno. Pelo primeiro, o delito compreendia a ação típica e antijurídica, enquanto que o segundo dizia respeito da culpabilidade. Dessa forma, o delito constituía-se de uma ação típica, antijurídica e culpável.

Entendia-se por ação uma conduta humana voluntária que causava uma modificação no mundo exterior, ou seja, produziria um resultado, sem a qual não haveria crime. O tipo, por sua vez, descreveria objetivamente as condutas e preveria os seus resultados. A antijuridicidade caracterizava-se pela contrariedade à lei penal.

Assim, no sistema proposto por Beling e von Liszt, os elementos externos do delito seriam de

cunho objetivo, sendo que o elemento interno, culpabilidade, subjetivo.

Para esta teoria, ainda, entendia-se como culpabilidade o vínculo psicológico existente entre o autor e o fato típico e ilícito por ele praticado, sendo formada exclusivamente por dolo ou culpa.

Segundo Cristiano Rodrigues:

Nesta teoria, a existência de um fato típico e ilícito se limita a uma causalidade física, apurada por meio da constatação de um resultado concreto no mundo exterior, enquanto a culpabilidade, que era entendida como uma manifestação de natureza psicológica, anímica e volitiva do autor, constituía-se de dois elementos, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de cometer o fato injusto, e a culpa como prática de ato previsível, com falta de cuidado, sem, entretanto, a intenção de produzir o resultado, sendo ambos analisados diretamente de acordo com a forma que o agente se coloca em relação aos seus atos.²

² RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.51.

Enquanto considerava o dolo e a culpa como espécies de culpabilidade, a teoria psicológica tinha a imputabilidade como requisito necessário para sua configuração. Logo, conclui-se que o inimputável não poderia possuir dolo ou culpa, pois não possuiria culpabilidade.

A Teoria Psicológica da culpabilidade sofreu inúmeras críticas, sendo uma delas a de que seria totalmente incoerente considerar como espécies de uma mesma coisa elementos de natureza tão diferentes, como dolo e culpa, já que o primeiro é elemento de natureza subjetiva, enquanto que o segundo não passa de um conceito normativo de cunho objetivo.

Outra crítica contra tal teoria é a de que, considerando que a culpabilidade era mero liame psicológico entre o infrator e a ação ilícita e antijurídica por ele cometida, não conseguiria se explicar, por exemplo, a culpa inconsciente, já que não haveria tal vínculo entre o autor e o fato por ele praticado, ou ainda, as situações de inexigibilidade de conduta diversa, casos em que o agente age com dolo mas não pode ser punido.

Conforme Luiz Flávio Gomes preceitua:

Se é possível, segundo nosso Código Penal, a existência de conduta dolosa praticada por agente não culpado (isso é inconcebível na teoria psicológica), verifica-se que a teoria psicológica é conflitante com o nosso direito positivo³

Dessa forma, essa teoria não é aceita atualmente, pois não se pode limitar ao conceito de culpabilidade um frágil vínculo psicológico, tendo em vista que devem ser considerados diversos outros fatores para sua constatação.

1.2.2 Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa

Surgida em 1907 e idealizada por Reinhart Frank, a Teoria Normativa trouxe modificações ao sistema anterior, principalmente no que tange ao tipo penal e à culpabilidade.

³ GOMES, Luiz Flavio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

Considerando a insuficiência do liame psicológico para definir a culpabilidade e buscando explicar as condutas dolosas não culpáveis, a culpabilidade passou a constituir-se como um juízo de reprovação pessoal, com elementos naturalísticos (dolo ou culpa) e normativos (exigibilidade de conduta diversa).

A partir dessa teoria, não bastava apenas a presença de dolo ou culpa para que o agente delitivo fosse punido pelo fato ilícito, mas era necessário também que se pudesse exigir conduta diversa em conformidade com o direito.

Segundo Rogério Grecco:

O conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma passou a refletir-se sobre toda a culpabilidade. Com a introdução desse elemento de natureza normativa, os problemas que anteriormente não conseguiam ser solucionados pela teoria clássica, como, v.g., o da coação irresistível, a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e o estado de necessidade

exculpante, já poderiam ser tratados no campo da culpabilidade.⁴

Assim, com a remodelação do conceito de culpabilidade, esta passou a desempenhar uma nova função dentro do mundo jurídico, pois se na teoria psicológica a culpabilidade se restringia a delimitar a existência do nexó psicológico (dolo e culpa) entre o autor e o fato, na concepção normativa ela passa a possuir graduações com base na reprovabilidade da conduta praticada, contribuindo diretamente para a fixação da pena, que será de acordo com a maior ou menor exigibilidade de conduta conforme a norma penal.⁵

A estrutura da culpabilidade, então, passou a ser composta por três elementos: imputabilidade, dolo ou culpa, e exigibilidade de conduta diversa. Aqui, a imputabilidade deixa de ser pressuposto e passa a funcionar como elemento.

⁴ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 379.

⁵ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.57.

De acordo com Cleber Masson:

Em resumo, somente é culpável o agente maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio (imputabilidade) que age com dolo ou com culpa e que, no caso concreto, podia comportar-se em conformidade com o Direito, é dizer, praticou o crime quando tinha a faculdade de agir licitamente. Afasta-se a culpabilidade quando não se podia exigir do sujeito um comportamento conforme o ordenamento jurídico.⁶

A Teoria Normativa é também conhecida como Teoria Psicológica-Normativa, pois manteve como elementos subjetivos da culpabilidade o dolo e a culpa, os quais na realidade devem integrar o conceito de ação e não podem, portanto, serem analisados na culpabilidade, razão pela qual tal teoria é amplamente criticada. Entretanto, há de se considerar que esta teoria representou, à época, um grande avanço frente à teoria psicológica.

⁶ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 439.

1.2.3 Teoria Normativa Pura

Também conhecida como Teoria da Ação Final, a Teoria Normativa Pura surgiu em meados de 1930 com o finalismo penal de Hans Welzel, trazendo grandes alterações na Teoria do Delito e, conseqüentemente, na estrutura da culpabilidade.

O finalismo penal, na realidade, apenas reorganizou os elementos constituintes do delito, não promovendo alterações em seus conceitos, modificando principalmente o posicionamento do dolo, que agora deixa de integrar a culpabilidade e passa a ser elemento da própria ação.

Em seus estudos Welzel concluiu que o dolo não poderia ser analisado dentro de culpabilidade, pois era intimamente ligado à conduta humana. Por tal motivo, esta teoria é considerada como normativa pura.⁷

O dolo e a culpa, que antes integravam a culpabilidade, foram transferidos para o fato típico, porque, conforme Welzel, a ação humana é exercício de atividade final, é um acontecer final. Assim, considerando que toda conduta humana possui uma

⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 39.

finalidade, seja lícita ou ilícita, o dolo não mais poderia ser elemento de culpabilidade.

A culpabilidade, por sua vez, passou a se constituir da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa. Neste ponto, Cleber Masson faz uma ressalva:

Esses elementos constitutivos da culpabilidade estão ordenados hierarquicamente, de tal modo que o segundo pressupõe o primeiro, e o terceiro os dois anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não se tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa.⁸

A culpabilidade, portanto, se transformou em apenas um juízo de reprovação que incide sobre o autor de um fato típico e ilícito.

Segundo Cristiano Rodrigues:

O conceito de culpabilidade puramente normativo passa a contar somente com os

⁸ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 441.

elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma sendo que a culpabilidade passa a ser então um simples juízo de valor, delimitado e apurado normativamente, ou seja censura imposta ao autor de um fato típico e ilícito, não tendo mais espaço em seu interior para elementos de caráter puramente psicológico como o dolo, que passou, como já foi dito, a integrar a conduta típica⁹.

A imputabilidade, a partir deste entendimento, passa ser considerada pressuposto para que possa valorar um juízo de censura sobre o agente e, conseqüentemente, reprová-lo por sua conduta, ou seja, se caracteriza pela capacidade psíquica de culpabilidade.

Por outro lado, a consciência da ilicitude deixa de ser atual, isto é, não deve mais estar efetivamente presente no caso concreto, e passa a ser potencial, bastando que a agente delitivo tenha a possibilidade

⁹ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.65.

de conhecimento do caráter ilícito do fato praticado, tendo como base o juízo comum¹⁰.

A partir da Teoria Normativa Pura se tornou possível considerar uma conduta inimputável dolosa, pois sendo o dolo parte integrante do tipo e, portanto, natural, não mais dependia para sua caracterização a consciência de ilicitude do agente sobre sua conduta.

Apesar de também ter sofrido algumas críticas por ter reduzido a culpabilidade como simples juízo de reprovabilidade sem elementos psicológicos, a Teoria Normativa Pura traz o conceito de culpabilidade mais aceito e dominante na doutrina atual.

1.2.4 Teoria Limitada

A Teoria Limitada é uma espécie da Teoria Normativa Pura, possuindo os mesmos elementos caracterizadores da culpabilidade, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Entretanto, ambas teorias divergem no tratamento dispensado às discriminantes putativas.

¹⁰ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 441.

Pelas discriminantes putativas, o agente supõe situação fática ou jurídica, motivado por um erro plenamente justificado, que tornaria sua ação legítima caso existisse de fato.

Para a Teoria Normativa Pura, as discriminantes putativas sempre caracterizam erro de proibição, aquele em que o sujeito supõe como lícito o fato por ele praticado, fazendo um juízo equivocado sobre o que lhe é permitido fazer no convívio social, incidindo, portanto, sobre a ilicitude do fato. Neste caso, mantém-se o dolo e o agente só não será punido em caso de inevitável desconhecimento de ilicitude.

Em contrapartida, para a Teoria Limitada as discriminantes putativas além de caracterizarem o erro de proibição, poderão caracterizar o erro de tipo, o qual recai sobre a situação de fato, quando o agente tem uma falsa percepção de realidade e comete um crime sem querer, sem saber que o está cometendo. Aqui exclui-se o dolo, podendo o agente ser penalizado culposamente.

Pela análise da Exposição de Motivos da Nova Parte do Código Penal, pode-se afirmar que este acolheu a Teoria Limitada:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva.¹¹

Além disso, o código traz o erro de tipo em seu artigo 20, §1º e o erro de proibição em seu artigo 21.

1.2.5 Teoria Funcional

Aproximadamente em 1970, começou a se desenvolver um sistema funcional do Direito Penal, encabeçado por Gunther Jakobs, pelo qual a culpabilidade deixa de ser um juízo de censura sobre

¹¹ BRASIL. Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em 20 de junho de 2015.

o autor delitivo e passa a se consubstanciar em necessidades reais ou supostas de prevenção.

Aqui, ao invés de se analisar se ao agente poderia ser exigido conduta diversa daquela praticada, deve-se questionar a necessidade em responsabilizá-lo por seus atos ou não, em face das finalidades da pena.¹²

A Teoria Funcional se estabelece a partir da aplicação de dois conceitos: a teoria da imputação objetiva e a ampliação do conceito de culpabilidade para responsabilidade. Pelo primeiro, para se verificar se o resultado produzido pelo autor do delito pode ser a ele imputado juridicamente, além da relação material de causalidade, exige-se um nexo normativo de causalidade. Pelo segundo, há uma ampliação da culpabilidade para a categoria de responsabilidade, já que esta, no direito penal, corresponde à culpabilidade somada à necessidade da pena do ponto de vista preventivo geral e especial.

¹² MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 443.

1.3 Culpabilidade de fato e culpabilidade do autor

Dentro da concepção de culpabilidade, fala-se em culpabilidade de fato e culpabilidade do autor. A primeira baseia-se na conduta concretamente praticada pelo ser humano, ou seja, é reprovado o ato ilícito e antijurídico cometido pelo agente considerando a sua capacidade de autodeterminação, enquanto que na segunda será analisada a própria personalidade do agente.

Assim, para a culpabilidade do autor a reprovação recairá sobre seu caráter e personalidade, bem como sobre a forma que conduz sua vida. Será levado em consideração a sua forma de ser, o que o agente é e não aquilo que ele praticou.

No entanto, a doutrina moderna não aceita tal forma de culpabilidade por considerá-la contrária aos princípios básicos do Direito Penal e por acreditar que caso fosse aceita, incitaria injustiças e até mesmo perseguições, pois conforme aduz Cristiano Rodrigues “o que se reprovava seria uma

determinada personalidade indesejada ou tida como perigosa, e não simplesmente seus atos”.¹³

Ademais, a personalidade do autor, mormente antecedentes, reincidência, conduta social, entre outras características, já será considerada para fixação da pena, consoante artigo 59 do Código Penal.

Ressalta-se, porém, que, embora exista um posicionamento doutrinário predominante por culpabilidade de fato, deve-se analisar a culpabilidade com base no autor e no fato, pois não é possível um Direito Penal de fato puro, sem considerar o autor e sua personalidade, da mesma forma que não é possível um Direito Penal unicamente baseado no autor, sem considerar a sua conduta e seus atos praticados.

Destarte, quando da análise da culpabilidade, devem ser analisados simultaneamente fato e autor.

1.4 Elementos da Culpabilidade

Considerando a Teoria Normativa Pura idealizada pelo doutrinador Welzel, a culpabilidade é constituída dos elementos: imputabilidade, potencial

¹³ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.35.

consciência sobre a ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Tais elementos serão estudados individualmente a seguir.

1.4.1. Imputabilidade

O nosso Código Penal traz em seu Título III da Parte Geral a imputabilidade penal. Entretanto, da atenta análise dos artigos 26 a 28 do referido título, é possível aferir que não foi definido o conceito de imputabilidade, sendo que tais dispositivos limitaram-se a apresentar quais as causas excludentes de imputabilidade, ou seja, de inimputabilidade.

Apesar disso, o conceito de imputabilidade pode ser extraído indiretamente, sendo este a capacidade mental do ser humano de compreender o caráter ilícito do fato que cometeu e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pode-se dizer, portanto, que a imputabilidade é a possibilidade de se imputar o fato típico e ilícito ao agente delitivo, considerando sua capacidade de compreensão e autodeterminação frente ao crime praticado por ele. Assim sendo, somente ao imputável pode ser atribuída uma reprimenda penal, sendo a imputabilidade a regra, enquanto a inimputabilidade a exceção.

Na precisa lição de Cleber Masson, a imputabilidade compõe-se de um elemento intelectual e outro volitivo:

[...] A imputabilidade depende de dois elementos: (1) intelectual: é a integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) volitivo: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento.¹⁴

Conclui-se, então, que o elemento intelectual relaciona-se a sanidade mental do agente que o habilita em entender o fato criminoso, ao passo que o elemento volitivo se trata do controle psíquico de direcionar seus atos voluntários diante da compreensão da ilicitude do fato.

Ressalta-se que a imputabilidade deverá ser analisada no momento da ação ou omissão do agente, ou seja, no momento da prática do fato típico e

¹⁴ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 450.

ilícito, conforme determina o artigo 26, *caput*, do Código Penal. Logo, se no tempo da prática da conduta o agente era imputável, esta condição não será alterada caso ocorra doença mental superveniente, podendo haver, apenas, a suspensão do processo até o seu restabelecimento, nos termos do artigo 152, *caput*, do Código de Processo Penal.

Ademais, para a constatação de inimputabilidade existem os critérios biológico, psicológico e biopsicológico.

Nos ensinamentos de Cleber Masson, o critério biológico, para a configuração de inimputabilidade, considera apenas se no momento da ação ou omissão o agente possuía desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou seja, se havia alguma problema ou doença mental¹⁵. Aqui, não é relevante se no momento da prática do ilícito penal o agente apresentava sinais de lucidez e compreensão para entender e autodeterminar-se diante disso. Este critério é falho, pois atrelaria a decisão do magistrado unicamente ao laudo pericial, que se constatasse uma doença mental, se presumiria a inimputabilidade de forma irrefutável.

¹⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 451.

O segundo critério, por sua vez, baseia-se exclusivamente na capacidade de entendimento do agente sobre o caráter ilícito do fato ou de determinar-se com esse entendimento, sendo dispensável a constatação de alguma deficiência mental, utilizando somente características psicológicas do agente. Diferentemente do critério biológico, este critério deixaria margem discricionária exacerbada ao magistrado para decidir se o agente era ou não inimputável à época do fato.

Por último, o critério biopsicológico trata-se da junção dos dois critérios anteriores, sendo considerado inimputável aquele agente que, em razão de diminuído desenvolvimento mental, não compreende o caráter ilícito do fato ou não tem capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pela leitura do artigo 26, caput, do Código Penal, extrai-se que este acolheu como regra o critério biopsicológico para determinar a inimputabilidade do agente, sendo excepcionalmente utilizado o critério biológico no que tange os menores de 18 anos. *In verbis*:

Artigo 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.¹⁶

Salienta-se, por fim, que há uma distinção entre imputabilidade e responsabilidade penal, sendo esta última uma consequência da culpabilidade, já que um agente delitivo imputável e, conseqüentemente, culpável, deve ser punido.

1.4.2 Potencial Consciência sobre a Ilicitude

Além da imputabilidade, para que um indivíduo possa ser responsabilizado penalmente é necessário que ele possua potencial consciência sobre a ilicitude do fato praticado. Isto quer dizer que, no momento da prática da infração penal, o agente deve ter capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta.

Com o finalismo penal, passou a não ser mais necessária a atual consciência sobre a ilicitude, mas

¹⁶ BRASIL. **Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

apenas a potencial. Isto é, a exigência desse elemento está atrelada à condição, à possibilidade de o agente, no tempo da prática do injusto penal, entender que estava cometendo uma ação ilícita.

Na precisa lição de Cezar Roberto Bitencourt:

[...] Com 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 antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta.¹⁷

Essa distinção se faz necessária para que não se alegue o desconhecimento da ilicitude de um fato como forma de não ser responsabilizado penalmente, o que se fosse permitido, ensejaria em uma exacerbada impunidade.

Importante, neste ponto, traçar uma diferença entre desconhecimento de lei e falta da consciência

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 326-327.

de ilicitude, pois se tratam de coisas distintas. A primeira se refere ao próprio tipo penal, ao não conhecer o que o nosso próprio ordenamento jurídico prevê. A segunda se refere ao campo da culpabilidade, sendo a ilicitude a contrariedade da conduta humana à legislação penal.

Cristiano Rodrigues aduz que:

Quando se analisam suas diferenças, deve-se atentar para o fato de que uma refere-se à contrariedade em relação ao ordenamento jurídico e a outra é delimitação na lei de uma conduta humana inicialmente proibida. Logo, possuem naturezas completamente diferentes, sendo que consciência da ilicitude é matéria pertinente à culpabilidade e à ignorância da lei, refere-se ao próprio tipo penal, que se pressupõe dever ser conhecido por todos.¹⁸

Neste diapasão, nosso Código Penal faz uma previsão sobre essa diferença, quando em seu artigo 21 estabelece ser o desconhecimento da lei inescusável e, logo em seguida, afirma ser o erro

¹⁸ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.77.

sobre a ilicitude do fato, se inevitável, causa de isenção de pena.

Ressalta-se que, não obstante a previsão legal de que não se pode alegar desconhecimento da lei, essa circunstância poderá ser utilizada como atenuante genérica, prevista pelo artigo 65, inciso II, do Código Penal, no momento de fixação da pena.

1.4.3. Exigibilidade de conduta diversa

Surgida com Reinhart Frank em 1907 com sua teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes, a exigibilidade de conduta diversa aparece como o terceiro elemento da culpabilidade.

Entende-se por exigibilidade de conduta diversa a condição do autor delitivo de agir, no momento de sua conduta, em conformidade com o Direito e assim não o fazer. Isto significa dizer que, se no tempo da prática do injusto penal o agente poderia agir de acordo com o que prevê o ordenamento jurídico e assim não o faz, ele será culpável e responsabilizado por suas atitudes.

Consoante os ensinamentos de Damásio de Jesus, a conduta só será reprovável se o sujeito,

podendo realizar comportamento de acordo com a ordem jurídica, realiza outro proibido.¹⁹

Assim, para fins de atribuição de culpabilidade a um indivíduo, deverá ser analisado se a infração penal ocorreu em circunstâncias de normalidade, pois, caso ao contrário, não haveria como exigir que o autor delitivo agisse de forma diferente e em conformidade com a norma jurídica.

Trata-se, portanto, da possibilidade de o agente atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que ele se submeteu. Rogério Greco faz uma ressalva sobre essa possibilidade de atuação em conformidade com o Direito:

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com 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 da exigibilidade de

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 523.

outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.
20

Dessa forma, no momento de se averiguar a exigibilidade de conduta diversa, devem ser analisadas as características e peculiaridades específicas de cada indivíduo, a fim de aferir a culpabilidade do agente.

1.5. Causas Excludentes de Culpabilidade

1.5.1 Causas de Exclusão de Imputabilidade

O Código Penal previu como causas de exclusão de imputabilidade, ou melhor dizendo, causas de inimputabilidade, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (artigos 26, caput, 27 e

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 405.

28, §1º), as quais serão estudadas individualmente neste tópico.

O referido código previu em seu artigo 28, inciso I, que a emoção e a paixão, não excluem a imputabilidade penal.

Como bem assevera Mirabete:

[...] Emoção é um estado afetivo que, sob uma impressão atual, produz repentina e violenta perturbação do equilíbrio psíquico. [...] A paixão é uma profunda e duradoura crise psicológica que ofende a integridade do espírito e do corpo, o que pode arrastar muitas vezes o sujeito ao crime.²¹

Vemos assim que a principal diferença entre emoção e paixão é que a primeira se trata de uma perturbação transitória do equilíbrio psicológico do agente, enquanto que a segunda é uma perturbação duradoura e estável do equilíbrio psíquico.

Ao fazer esta vedação, o legislador intentou coibir os chamados crimes passionais, ou seja, aqueles motivados por uma intensa paixão ou emoção. Entretanto, embora não exclua a

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 205.

imputabilidade, tais sentimentos são mencionados em outras passagens do código, como por exemplo, no artigo 65, inciso III, c, que considera como circunstância atenuante o fato de o autor ter praticado um delito sob violenta emoção.

O inciso II do artigo 28 do Código Penal estabelece, ainda, que a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeito análogo, não exclui a imputabilidade penal. Entende-se por embriaguez voluntária aquele em que o agente, volitivamente, faz uso de bebidas alcóolicas com o intuito de se embriagar. Culposa, é a embriaguez que, embora o agente não queira se embriagar, ingere bebidas alcóolicas ou substâncias análogas sem observar o seu dever de cuidado, em quantidade suficiente para colocá-lo em estado de embriaguez.

Neste ponto, adotou-se a teoria *actio libera in causa*, segundo a qual não poderá deixar de ser punido quem se colocou em situação de inconsciência ou incapacidade de autocontrole, dolosa ou culposamente.

1.5.1.1 Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado

A doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado são causas excludentes de

imputabilidade previstas pelo artigo 26 do Código Penal que dispõe, *in verbis*:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, 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.²²

A expressão “doença mental” abrange todos os tipos de doenças patológicas e toxicológicas. Trata-se, portanto, de todas as doenças que ocasionem alterações mentais no agente, fazendo com que ele esteja impossibilitado, no momento de sua conduta delitiva, de compreender o caráter ilícito do fato praticado e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Guilherme Nucci cita alguns exemplos de doença mental em sua obra:

São exemplos de doenças mentais, que podem gerar inimputabilidade penal: epilepsia

²² BRASIL. **Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

(acessos convulsivos ou fenômenos puramente cerebrais com diminuição da consciência, quando o enfermo realiza ações criminosas automáticas; a diminuição da consciência chama-se ‘estado crepuscular’); histeria (desagregação da consciência, com impedimento ao desenvolvimento de concepções próprias, terminando por falsear a verdade, mentindo, caluniando e agindo por impulso); neurastenia (fadiga de caráter psíquico, com manifesta irritabilidade e alteração de humor); psicose maníaco-depressiva (vida desregrada, mudando de humor e caráter alternativamente, tornando-se capaz de ações cruéis, com detrimento patente das emoções) [...].²³

O artigo 26 do Código Penal faz menção, ainda, ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu, abrangendo os menores de 18 anos e os silvícolas. O desenvolvimento mental retardado, por sua vez, é aquele em que o agente não atingiu maturidade

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 284.

intelectual suficiente para entender o caráter ilícito do fato ou para autodeterminar-se em conformidade com esse entendimento, incluídos os oligofrênicos, ou seja, aqueles acometidos por imbecilidade, idiotice e debilidade mental propriamente dita²⁴.

A mensura da inimputabilidade dos silvícolas se dará de acordo com a sua integração em sociedade, já que não se trata de uma patologia mas sim uma incompatibilidade com a vida civilizada. Assim, quanto maior o seu distanciamento com o mundo civilizado, mais o agente silvícola será considerado inimputável. Por tal razão, a inimputabilidade dos indígenas dependerá da análise do caso concreto.

Aos surdos-mudos também deverá ser feita análise do caso concreto para consideração de inimputabilidade, já que, apesar de possuírem uma falha biológica, deverá ser constatado pericialmente quanto esta falha é prejudicial a sua capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato praticado.

Ressalta-se que a inimputabilidade não se baseia em meras presunções, havendo de ser provada em condições de absoluta certeza por meio de exame pericial. Ademais, não basta a existência de doença

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 197-198.

mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado para que o agente seja considerado inimputável. É necessário que, ao tempo de sua conduta, o agente, além de se encontrar em alguma dessas circunstâncias, não tenha capacidade de entender a ilicitude do fato e de se autodeterminar.

1.5.1.2 Menoridade

São considerados inimputáveis, por expressa disposição legal dos artigos 27 do Código Penal e 228 da Constituição Federal, os menores de 18 anos. Adotou-se aqui, o critério biológico para aferição da inimputabilidade, desconsiderando o desenvolvimento mental do menor, ou seja, não importa se ele possui ou não capacidade de compreensão da ilicitude do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Trata-se, desta forma, de presunção de inimputabilidade absoluta, não se admitindo prova em sentido contrário, que faz com que se considere que o menor não possui desenvolvimento mental completo.

Para considera-lo imputável, basta que o agente tenha praticado o injusto penal nos primeiros momentos do dia em que completa 18 anos, não

importando o horário de seu nascimento. É imputável quem comete o crime no dia em que completa a maioridade penal.

De acordo com a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da maioridade penal se faz por prova de documento hábil, podendo ser certidão de nascimento, documento de identidade, carteira escolar, etc.²⁵

1.5.1.3 Embriaguez Completa proveniente de Caso Fortuito ou Força Maior

Nos termos do artigo 28, §1º, do Código Penal, “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 caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.²⁶

Estamos diante de uma causa de exclusão de imputabilidade, consistente na impossibilidade da consciência e vontade do sujeito que pratica o crime

²⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 452.

²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

em estado de embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior.

Mirabete conceitua a embriaguez como sendo “a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento”²⁷.

Será considerada proveniente de caso fortuito quando o agente desconhece ou ignora o efeito embriagador da substância ingerida. Será decorrente de força maior a embriaguez ocasionada por uma força externa ao agente, que independe de seu controle ou vontade.

Luiz Flávio Gomes sintetiza os dois tipos de embriaguez como embriaguez fortuita:

A embriaguez é fortuita quando o agente desconhece o efeito inebriante da substância ou quando desconhece sua peculiar condição pessoal de suscetibilidade a tal substância. A locução embriaguez fortuita ainda compreende a acidental (exemplo: sujeito que trabalha num alambique e cai em tanque cheio de aguardente) assim como a derivada de força maior. Por exemplo: alguém, mediante ameaça

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 206.

de arma de fogo, obriga outra pessoa a beber. O conceito de embriaguez fortuita, em síntese, envolve tanto a embriaguez fortuita propriamente dita como a acidental assim como a decorrente de força maior.²⁸

Dessa forma, se o agente, ao tempo da prática do injusto penal, não possuía capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato típico ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior, ele não será culpável e, portanto, estará isento de pena.

De mesmo modo, dispõe o artigo 45 da Lei 11.343/2006:

É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 430.

ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.²⁹

Assim, será isento de pena o agente que, em razão de caso fortuito ou força maior, encontra-se sob o efeito de substâncias entorpecentes, tendo reduzida sua capacidade de entendimento de ilicitude de autodeterminação.

1.5.2 Causas Excludentes de Potencial Consciência da Ilicitude

O Código Penal traz em seu artigo 21, *caput*, o erro de proibição escusável, o qual possui o condão de afastar a potencial consciência da ilicitude.

1.5.2.1 Erro de proibição

Com a reforma do Código Penal ocorrida em 1984, deu-se um novo tratamento ao erro. As denominações erro de fato e erro de direito foram abolidas e, em seu lugar, entraram o erro de tipo e o

²⁹ BRASIL. **Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

erro de proibição. As modificações não foram somente nominais, mas também estruturais.

Conforme aduz Cezar Roberto Bittencourt:

O erro de tipo e o erro de proibição não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangências. O erro de tipo abrangem situações que, outrora, eram classificadas ora como erro de fato, ora como erro de direito. Por outro lado, o erro de proibição, além de incluir situações novas (como, por exemplo, a existência ou os limites da legítima defesa), antes não consideradas, abrange uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.³⁰

O erro de tipo incide sobre os elementos e circunstâncias referentes ao próprio tipo penal, sendo previsto pelo artigo 20 do Código Penal. É aquele em que o agente tem uma percepção falsa de uma situação fática e incide em um tipo penal, sem saber que está cometendo um delito. Ou seja, o agente,

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 329-330.

tendo uma falsa percepção da realidade, comete uma infração penal sem saber que assim o está fazendo.

Guilherme Nucci exemplifica este tipo de erro:

Exemplo tradicional da doutrina: o caçador imagina que atrás de uma moita existe um animal feroz contra o qual tira, atingindo, no entanto, um outro caçado que ali estava à espreita da caça, matando-o. Pretendia o atirador matar um animal e não um ser humano. Ocorreu o erro sobre o elemento “alguém” do tipo penal homicídio (“matar alguém”-art. 121, CP).³¹

Assim, o erro de tipo incide sobre um elemento do próprio tipo penal, podendo afastar o dolo ou, nos casos previstos em lei, punir culposamente o agente.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 220.

O erro de proibição, por sua vez, vem previsto no artigo 21 do Código Penal:

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.

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.³²

Ao contrário do erro de tipo, o erro de proibição surge como causa excludente da potencial consciência da ilicitude, incidindo não na tipicidade do fato, mas sim na sua antijuridicidade. Por ele, busca-se verificar se nas condições em que se encontrava, podia ter condições de compreender a ilicitude do fato praticado.

Como visto anteriormente, para existir culpabilidade é necessário que o sujeito delitivo tenha ao menos a possibilidade de conhecimento da

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

antijuridicidade do fato. Não havendo esse conhecimento, haverá erro de proibição. Isso significa dizer que haverá erro de proibição quando o agente supõe, erroneamente, que sua conduta é lícita.

Mirabete ensina com maestria:

O agente, no erro de proibição, faz um juízo equivocado sobre aquilo que lhe é permitido fazer na vida em sociedade. Evidentemente, não se exige de todas as pessoas que conheçam exatamente todos os dispositivos legais, mas o erro só é justificável quando o sujeito não tem condições de conhecer a ilicitude de seu comportamento. Não se trata, aliás, de um juízo técnico-jurídico, que somente se poderia exigir dos mais renomados juristas, mas de um juízo “leigo”, “profano”, que é emitido de acordo com a opinião dominante no meio social. Se esta consciência não for alcançada, não se poderá punir o agente, porque ausente estará a reprovação pessoal, que é a essência da culpabilidade.³³

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 187.

Cita-se como exemplo do erro de proibição, o caso do turista holandês que chega ao Brasil e, acreditando o uso de maconha ser permitido no país assim como é no seu país de origem, ascende um cigarro da referida substância e por este motivo é preso. Neste caso, não poderá o agente ser culpável por sua conduta, pois desconhecia o seu caráter ilícito, incorrendo em erro de proibição.

Se o erro de proibição for evitável, em que o agente poderia ter conhecimento da ilicitude do fato, a pena poderá ser reduzida, conforme determina o artigo 21 do Código Penal, de um sexto a um terço. Nos casos em que o erro era inevitável, ou seja, em que agente não poderia conhecer a ilicitude do fato, este estará isento de pena.

Rogério Greco cita em sua obra três espécies de erro de proibição, quais sejam, direto, indireto e mandamental³⁴.

O erro de proibição direto é aquele em que o agente atua sem ter conhecimento da ilicitude de sua conduta, recaindo sobre o conteúdo proibitivo de sua ação. No erro de proibição indireto, o agente age acreditando estar amparado por uma excludente de ilicitude que se existisse, tornaria sua ação legítima,

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 401-402.

recaindo, portanto, sobre a existência ou limites de uma proposição permissiva. Por fim, o erro de proibição mandamental é aquele que recai sobre uma norma mandamental, impositiva, relacionando-se diretamente aos crimes omissivos. Aqui, o agente deixa de agir de uma maneira quando deveria, acreditando que não era seu dever.

1.5.3 Causas Excludentes de Exigibilidade de Conduta Diversa

Poderão excluir a culpabilidade, afastando a exigibilidade de conduta diversa, algumas causas legais previstas pelo Código Penal, quais sejam: coação irresistível e a obediência hierárquica.

1.5.3.1 Coação Irresistível

A coação irresistível vem prevista pelo Código Penal em seu artigo 22, como causa de exclusão de exigibilidade de conduta diversa.

A coação ocorre quando há emprego de força física ou de grave ameaça para obrigar um indivíduo a praticar uma infração penal. Poder ser, portanto, física ou moral.

Na coação física não há uma conduta pelo indivíduo coagido, não havendo que se falar em fato típico. O coator emprega meios que impedem que o agente resista, já que seus movimentos estão submetidos fisicamente a ele. A coação física afasta a própria conduta do agente, por ausência de dolo ou culpa, visto que este é utilizado apenas como um instrumento pelo coator para prática da infração penal.

Já na coação moral, existe a prática de um fato típico e antijurídico pelo coagido, todavia, este não poderá ser-lhe imputado, já que diante da coação a que foi submetido, não havia como lhe exigir uma conduta em conformidade com o Direito e diversa daquela que fora praticada.

Conforme Cleber Masson:

Na coação moral, o coator, para alcançar o resultado ilícito desejado ameaça o coagido, e este, por medo, realiza a conduta criminosa. Essa intimidação recai sobre sua vontade, viciando-a, de modo a retirar a exigência legal de agir de maneira diferente. Exclui-se a

culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa.³⁵

Fica claro, então, que a coação irresistível a que se refere o dispositivo supramencionado é a moral, já que incide sobre a culpabilidade do autor, isentando-o de responsabilização, a qual será unicamente atribuída ao coator.

Rogério Greco muito bem exemplifica a coação moral:

Podemos citar o exemplo daquele que é obrigado a causar a morte de alguém, pois, caso contrário, seu filho é que seria morto, uma vez que se encontrava nas mãos dos sequestradores, que exigiam tal comportamento do coagido sob pena de cumprirem a ameaça de morte da criança que com eles se encontrava sequestrada. Nesta última hipótese, quando o coagido vai a procura da vítima e contra ela efetua os disparos exigidos pelos sequestradores, o fato por ele praticado é típico e ilícito. Entretanto, o resultado morte não lhe poderá ser imputado,

³⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 488.

haja vista que o Código Penal determina somente a punição do autor da coação irresistível que, no caso em exame, seriam os sequestradores. O coagido atua, na verdade, como mero instrumento nas mãos do coator, sendo este último considerado autor mediato.³⁶

O diploma penal exige, ainda, que a coação moral seja irresistível, ou seja, inevitável, irrefutável, que não pode ser vencida ou superada pelo coato a não ser ceder as ameaças do agente coator.

São elementos da coação moral irresistível, portanto: i) ameaça do coator, ou seja, promessa de mal grave e iminente, o qual o coagido não é obrigado a suportar; ii) inevitabilidade do perigo na posição em que se encontra o coagido; iii) caráter irresistível da ameaça; e iv) presença de ao menos três pessoas envolvidas, sendo elas, o coator, o coagido e a vítima do crime por este praticado.³⁷

Apesar de afastar a culpabilidade do coagido, a coação moral irresistível não acarreta a impunidade,

³⁶ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 406.

³⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 488-489.

já que responderá pelo crime o coator, tratando-se, pois, de caso de autoria mediata, já que o coator vale-se de um indivíduo sem culpabilidade para praticar uma ação delitiva.

Não há que se falar em concurso de agentes entre o coator e o coagido, pois inexistentes o liame subjetivo entre eles e a intenção do último em contribuir para prática do injusto penal.

Nos casos em que a coação moral for resistível, isto é, poderia ser evitada pelo coagido, não obstante o fato seja considerado típico, antijurídico e culpável, poderá ao agente ser aplicada a circunstância atenuante prevista pelo artigo 65, inciso III, c, primeira parte do Código Penal, enquanto que ao agente coator será aplicada a circunstância agravante prevista pelo artigo 62, inciso II, do mesmo diploma.

1.5.3.2 Obediência Hierárquica

A segunda causa excludente de exigibilidade de conduta diversa, prevista pelo artigo 22 do Código Penal, se refere à prática de um crime quando em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

A obediência hierárquica, então, ocorre quando o agente acreditando estar obedecendo uma ordem legítima de um superior, acaba praticando o fato incriminador. Ela tem o condão de afastar a culpabilidade, pois, no momento do fato, não poderia se exigir que o agente agisse em conformidade com a norma jurídica, falando-se, assim, em inexigibilidade de conduta diversa.

Da atenta análise do dispositivo supramencionado, infere-se que para configuração da obediência hierárquica, deverão estar presentes os seguintes requisitos: i) que a ordem seja proferida por um superior hierárquico; ii) que essa ordem não seja manifestamente ilegal; e iii) que o agente, cumpridor da ordem, se atenha aos limites dessa ordem.³⁸

O primeiro requisito exige que haja uma relação de Direito Público entre o prolator da ordem (superior hierárquico) e o obediente (agente delitivo). Deve haver uma relação de dependência funcional do executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática da infração penal. Isto quer dizer que não há relação hierárquica entre particulares.

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 406.

Segundo Mirabete:

Refere-se a lei apenas à subordinação hierárquica, que é de Direito Administrativo, sendo subordinados os funcionários de menor graduação em relação aos chefes, o soldado ao cabo ou sargento, etc. Estão excluídas do dispositivo, evidentemente, as relações familiares (pai-filho), de emprego (patrão-empregado), religiosas (sacerdotes-fiéis) etc. que não implicam subordinação hierárquica.³⁹

O segundo requisito relaciona-se à legalidade da ordem emanada pelo superior. Esta ordem não poderá ser manifestamente ilegal, ou seja, se sua ilegalidade foi evidente, clara, não há que se falar em exclusão de culpabilidade. Isto porque, o subordinado, atento aos princípios que regem a Administração Pública, deverá obedecer as ordens que não forem de origem duvidosa. Ele deverá conferir a proporcionalidade entre o comando dado e o resultado a ser exigido.

Rogério Greco exemplifica:

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 195.

Imaginemos o exemplo do detetive que, a mando da autoridade policial, espanca o preso, a pretexto de se conseguir uma confissão. Como se percebe, a ordem emanada da autoridade é manifestamente ilegal e, sendo cumprida, não permitirá a aplicação do art. 22 do Código Penal em benefício daquele que a cumpriu.⁴⁰

O último requisito diz respeito aos limites da ordem emanada pelo superior hierárquico. Assim, o subordinado, em cumprimento a ordem hierárquica, não poderá extrapolar os limites dessa ordem por sua própria conta e dela se beneficiar, sob pena de afastamento da excludente.

Conclui-se, então, que aquele que, em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal emanada de superior hierárquico, não poderá por ela ser responsabilizado, já que não era exigível conduta diversa da praticada. Afasta-se a culpabilidade do subordinado, isentando-o de pena, e atribui a responsabilização da infração ao autor da ordem.

Ressalta-se que, no caso de ordem manifestamente ilegal, mandante e executor serão

⁴⁰ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 407.

responsabilizados pelo delito em concurso de agentes, visto que ambos tinham conhecimento da ilicitude da conduta e contribuíram para o resultado. Ao autor da ordem, incidirá a circunstância agravante prevista pelo artigo 62, III, primeira parte, do Código Penal, ao passo que ao subordinado, embora não esteja excluída sua culpabilidade, caberá a aplicação da circunstância atenuante disciplinada pelo artigo 65, III, c, do mesmo diploma legal.

2. COCULPABILIDADE

Vivemos em uma sociedade abarcada por desigualdades sociais, sendo certo que o meio social em que estamos inseridos exerce direta influência nos aspectos psicológicos e comportamentais de cada indivíduo. Sabe-se, ainda, que o Estado é o maior responsável pela existência de tais desigualdades ao não proporcionar de forma igualitária a todos os direitos garantidos por nossa Carta Magna.

Dessa forma, considerando que nem todos possuem acesso às mesmas oportunidades, é injusto esperar que todos ajam da mesma maneira frente às adversidades da vida em sociedade.

Por isso, diante da omissão estatal e das diferenças econômico-sociais exacerbadas de nossa sociedade, alguns indivíduos seguem pelo caminho da criminalidade com maior facilidade, pela falta de oportunidades e pelo meio social em que vivem.

Destarte, torna-se imprescindível a existência de instrumentos capazes de dosar a reprovação social das condutas delituosas destes indivíduos, considerando as desigualdades econômico-sociais existentes, fazendo com que o Direito Penal seja aplicado de maneira mais justa e racional.

Neste contexto, surge a chamada coculpabilidade, como forma de evitar que o nosso ordenamento jurídico penal seja usado como instrumento controlador de classes e de garantir a eficácia de princípios basilares da Constituição Federal.

2.1 Conceito

Como estudado no capítulo anterior, a culpabilidade é um juízo de reprovação social feito sobre uma conduta típica e antijurídica cometida por um agente que poderia ter agido de acordo com a norma, mas escolheu infringi-la.

Ocorre que, considerando que não são garantidos a todos cidadãos direitos e oportunidades iguais, existindo gritantes desigualdades sociais em nossa sociedade, é inegável que tal juízo de reprovação não possa ser realizado de mesma maneira a todos indivíduos delinquentes, devendo ser consideradas as peculiaridades sociais de cada um.

Tais indivíduos, em condições de vulnerabilidade e hipossuficiência econômica, não poderão ser responsabilizados individualmente por suas condutas, já que são produtos da omissão

Estatal e da exclusão de uma sociedade individualista e capitalista.

Assim, surge o conceito de coculpabilidade, o qual pressupõe uma divisão da responsabilização de um agente por determinado delito com o Estado e a sociedade, considerando a influência destes para a prática do crime.

A coculpabilidade, portanto, aponta a parcela de responsabilidade indireta que deverá ser atribuída à sociedade e ao Estado, quando da prática de determinadas infrações penais por seus cidadãos em condição socioeconômicas desfavoráveis, diminuindo a sanção cominada a eles.

Na precisa lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de

autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.⁴¹

Grégore Moura, por sua vez, em obra específica sobre o tema, conceitua a coculpabilidade:

[..] é uma *mea-culpa* da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.⁴²

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 610-611.

⁴² MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.07.

Em síntese, a coculpabilidade admite que os indivíduos marginalizados pela sociedade e esquecidos pelo Estado não poderão ser exclusivamente responsabilizados pelos delitos que vierem a cometer, já que não são os únicos responsáveis por eles.

Pela coculpabilidade admite-se que o crime não se limita à sua acepção jurídica, pois é um fato social, devendo, assim, ser analisado à luz do direito simultaneamente aos estudos da sociologia.

Como exemplo, consideremos um indivíduo, que não possui acesso à saúde, educação, cultura, já que o Estado não o garante acesso a tais direitos fundamentais, e ainda, que é marginalizado pela sociedade, não possuindo espaço e oportunidades para ingressar no mercado de trabalho, é de se esperar que se enverede para o mundo do crime. Dessa forma, diante das condições de autodeterminação em que este sujeito se encontrava, no momento de se valorar a reprovabilidade de sua conduta devem ser consideradas as causas sociais que o levaram a prática delitiva, repartindo-as indiretamente com o Estado e a sociedade.

Rogério Greco traz em seu livro um excelente exemplo de quando a coculpabilidade deve ser constatada:

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 de 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, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um *mundo próprio*, uma *sociedade paralela*, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. 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.⁴³

Conclui-se, portanto, que ao ser realizado o juízo de reprovação de determinado delito, deverão ser consideradas as condições sociais em que o agente se encontrava, delimitando a parcela de culpa da sociedade e do Estado para prática deste delito e, por consequência, diminuindo a sua reprovabilidade.

Os doutrinadores defensores da coculpabilidade entendem que reprovar com a mesma intensidade indivíduos que ocupam situações de privilégio e outros que se encontram em condições de miserabilidade vão em contrariedade aos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia. Assim, o julgador não poderá penalizar de mesma maneira pessoas que ocupam posições diferentes na estrutura social, em decorrência das desigualdades sociais e econômicas.

Em contrapasso a essas ideias, os doutrinadores contrários à coculpabilidade alegam que a sua admissibilidade em nosso ordenamento jurídico incentivaria essas classes sociais a delinquirem diante da certeza de uma pena branda.

⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 415.

No entanto, a adoção da coculpabilidade permitiria que o Direito cumprisse com sua real função de garantidor da justiça e que deixasse de ser um instrumento opressor e seletivo daqueles que detém o poder econômico na sociedade.

Ressalta-se, porém, que, ao analisar a coculpabilidade, deve-se ter cuidado para não tratar o criminoso como vítima e o Estado e a sociedade como criminosos, invertendo equivocadamente a posição jurídica de ambos, conforme assevera Grégore Moura⁴⁴.

2.2 Origem Histórica

A doutrina diverge quanto à origem histórica da coculpabilidade e ao momento em que essa se consagrou no Direito.

Grégore Moura afirma que a coculpabilidade surgiu com a criação dos Estados Liberais e com o advento das ideias iluministas do século XVIII, já que nos Estados Absolutistas era impossível falar-se em coculpabilidade, pois as garantias básicas aos cidadãos sequer eram consideradas e a vontade absoluta dos governantes prevalecia. Porém, das

⁴⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.57.

ideias iluministas decorreu um liberalismo e individualismo exacerbado, ocasionando um aprofundamento nas desigualdades sociais e o Direito passou a ser um instrumento controlador das classes sociais menos favorecidas⁴⁵.

O autor, ainda, conclui que a coculpabilidade surgiu com o contratualismo dos Estados Liberais, sendo que, da mesma forma que um cidadão ao cometer um crime quebra com o contrato social estabelecido entre o Estado e a sociedade, o Estado, quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento, também estaria quebrando este contrato⁴⁶.

Em seguida às ideias iluministas, surgiram as ideias marxistas, que buscavam acabar com as desigualdades econômico-sociais e criticavam o direito como superestrutura com função ideológica para manter e fomentar o Estado Capitalista.⁴⁷

A partir disso, alguns doutrinadores passaram a acreditar que a coculpabilidade tenha surgido do

⁴⁵ Ibid., p.61.

⁴⁶ Ibid., p.63.

⁴⁷ Ibid., p.63.

Direito Socialista, em especial com os ideais propostos por Jean-Paul Marat.

Jean-Paul Marat publicou em 1790 o chamado “Plano de Legislação Criminal”, pelo qual defende que os indivíduos marginalizados pela sociedade e que não possuem seus direitos fundamentais garantidos, não são obrigados em razão disto a respeitar as leis, tampouco serem sancionados por ela. Nessa passo, ele afirma que, somente após cumprir com todas as obrigações com seus membros, a sociedade adquiriria o direito de punir aqueles que violarem suas leis⁴⁸.

Marat ainda afirma que analisando a vida daqueles que cometiam crimes, constatava-se que estes não receberam educação e que, caso o tivessem, poderiam ter se distinguido por suas virtudes.

Em sua obra, na seção “A Justiça deve ser imparcial”, Marat afirma:

Tenho dito que ao mesmo delito deve infligir-se igual castigo a todo delinquente. Contudo esta lei não seria justa a não ser num Estado

⁴⁸ MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Ed. Quartier Latin, 2008. p. 75.

fundado sobre a igualdade e cujos membros gozassem mais ou menos de suas vantagens⁴⁹.

Neste sentido, Cristiano Rodrigues explica que Marat acreditava ser “a pena talional a mais justa e apropriada das formas de pena, desde que tivéssemos uma sociedade igualmente justa e igualitária, algo que, já naquela época, era reconhecido como utópico”⁵⁰.

Marat já defendia que no momento da aplicação da pena era necessária a análise das condições pessoais de cada um, considerando as diferenças sociais entre os indivíduos.

Nessa passo, analisando sua obra, doutrinadores como Cristiano Rodrigues, Zaffaroni e Pierangeli, acreditam que Marat foi o grande precursor das ideias que levaram à criação da coculpabilidade.

De fato, considerando que os direitos socialistas buscavam tanto a igualdade formal quanto a material, é correto afirmar que a coculpabilidade tenha surgido do Direito Penal Socialista, visto que

⁴⁹ MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Ed. Quartier Latin, 2008. p. 88.

⁵⁰ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.44.

essa nada mais é do que o próprio reconhecimento da igualdade material, por meio da corresponsabilização indireta do Estado em não criar condições igualitárias de inclusão social a seus cidadãos.

2.3 Cocolpabilidade e a Constituição Federal de 1988

No tema cocolpabilidade, é de extrema necessidade a sua análise conjuntamente à Constituição Federal de 1988, relacionando-a aos princípios constitucionais que norteiam todo nosso ordenamento jurídico, facilitando sua aplicação no Direito Penal.

Se bem analisarmos, a cocolpabilidade é fator essencial para a efetivação dos princípios abaixo abrangidos, considerando a realidade brasileira política, econômica e social atual.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 concretizou no país o modelo de Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deixa de ter uma postura abstencionista, passando a intervir diretamente em

sua sociedade, provendo saúde, educação, moradia, segurança pública e fomentando a economia.

Entretanto, o Estado não tem cumprido com os deveres garantidores do Estado Democrático de Direito que lhe foram impostos pela Carta Magna, por diversos motivos, como ineficiência dos representantes do Poder Executivo, corrupção, interesses políticos, má administração pública, dentre outros.

Com isso, o Estado desrespeita seu princípio constitucional basilar, o da dignidade da pessoa humana, ao não prover a todos cidadãos as condições mínimas para que ele se concretize.

O princípio da dignidade da pessoa humana vem previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição. Por ser um princípio de suma importância e norteador de todo o sistema jurídico, é de difícil conceituação, mas pode-se dizer que, falar em dignidade da pessoa humana, significa considerar o homem como “ser em si mesmo”. Isto é dizer que, conseqüentemente, um homem digno é aquele livre para exercer seus atos, que tem igualdade de condições materiais de vida e moradia, que possui oportunidades iguais, como educação, alimentação, meio ambiente saudável, cultura, etc. Em suma, falar

em dignidade da pessoa humana é falar no ser humano incluído socialmente⁵¹.

Desta sorte, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado torna-se o principal instrumento garantidor da inclusão social de todos, possuindo a capacidade de diminuir as desigualdades sociais existentes. Ao não cumprir com essa premissa, o Estado deve ser responsabilizado indiretamente, cabendo, então, a aplicação da coculpabilidade.

Grégore Moura relaciona com maestria o princípio da dignidade da pessoa humana à coculpabilidade:

Um dos mecanismos utilizados pelo Direito para atingir tal desiderato é justamente a proteção dos hipossuficientes, ou seja, a legislação tenta igualar as partes envolvidas na lide, a fim de minimizar as desigualdades fáticas. É o que ocorre com o direito do trabalho, o direito do consumidor, o direito previdenciário, dentre outros. No Direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada ao

⁵¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.97.

hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade do acusado ao *jus puniendi* do Estado, o que seria improvável e ineficaz. A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. Portanto, o marginalizado deixa de ser objeto de meras pesquisas e estatísticas criminais, para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado⁵².

Assim, a coculpabilidade demonstra-se como instrumento hábil em reconhecer a responsabilidade do Estado, que não proporciona a seus cidadãos a dignidade da pessoa humana.

⁵² MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.98.

2.3.2 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é previsto pelo artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e estabelece que a lei deverá determinar a cada indivíduo aquilo que lhe couber, baseando-se em circunstâncias decorrentes de seu comportamento e do delito cometido. Seu objetivo principal é limitar o *jus puniendi* estatal, relacionando-se diretamente ao princípio da culpabilidade que consagra a responsabilidade subjetiva.

O supramencionado dispositivo prevê que:

Artigo 5º, inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.⁵³

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em

Desta feita, vislumbra-se que individualizar a pena pressupõe considerar o apenado em todas suas dimensões, especialmente em suas condições econômico-sociais, levando em conta as peculiaridades de cada indivíduo no momento de aplicar-lhe a sanção devida.

Este princípio se materializa em três fases distintas: legislativa, judicial e administrativa. Na primeira o legislador determina a sanção para cada tipo penal, indicando os limites máximo e mínimo da pena, além das circunstâncias que poderão diminuí-la ou aumentá-la, levando em consideração as características específicas daquele crime. A segunda, por sua vez, é efetivada pelo juiz ao auferir a pena cominada ao agente, mediante o sistema trifásico determinado pelo artigo 68 do Código Penal. Já a fase da individualização administrativa ocorre durante a execução da pena, quando Estado deve prover a cada condenado tratamento penitenciário adequado para que seja possível a efetivação das

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em 31 de agosto de 2015.

finalidades da pena, quais sejam, punição, prevenção e ressocialização⁵⁴.

Por oportuno, cabe transcrever o entendimento de Grégore Moura ao relacionar o princípio da individualização da pena e a coculpabilidade:

A co-culpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. Isso que resultará na maior efetividade no que tange às funções por ela – sanção penal – propostas⁵⁵.

Com efeito, a aplicação da coculpabilidade proporcionaria ao magistrado considerar, no momento da aplicação e execução da pena, outras circunstâncias que permeiam o delito, em especial as condições econômico-sociais do agente que tenham

⁵⁴ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 36-37.

⁵⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.100.

influenciado para o cometimento do crime. Com isso, a pena seria ainda mais individualizada, já que se consideraria as diversas nuances que circundam o delito, e o Direito Penal seria aplicado de forma mais justa.

2.3.3 Princípio da Igualdade

É de suma importância relacionar a coculpabilidade ao princípio da igualdade, visto que aquela surge como instrumento garantidor deste princípio.

O princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, pressupõe que a igualdade só é efetiva quando se trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Trata-se de elemento intrínseco ao próprio conceito de justiça.

Nos ensinamentos de Cléber Masson, para o Direito Penal, falar em princípio da igualdade “importa na afirmação de que as pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes

merecem um enquadramento diverso, tanto por parte do legislador como também do juiz”⁵⁶.

Em decorrência desse pensamento, para que se realize um juízo de reprovação social individual igualitário, é imprescindível considerar a estrutura social que limita a capacidade de autodeterminação de cada indivíduo.

Neste sentido, Grégore Moura leciona:

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 autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem de sua exclusão social e da desigualdade que ela gera. Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade -, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de sua desigualdade, uma vez que trataremos, de

⁵⁶ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 49.

maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado.⁵⁷

Contudo, essa igualdade dificilmente será alcançada, sendo considerada por muitos doutrinadores utópica. Isto porque, os interessados em manter as desigualdades sempre obterão êxito em mantê-las, já que são os principais detentores do poder econômico e social. Assim, a igualdade material tão almejada por um Direito justo e isonômico, está longe de ser atingida.

Em contrapartida, com a efetivação da coculpabilidade no sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional, quanto penal, a concretização do princípio da igualdade se tornaria mais possível, o que amenizaria, porventura, as desigualdades socioeconômicas existentes em nossa sociedade.

O reconhecimento da coculpabilidade possui, sem sobra de dúvidas, maior relevância em países com alto índices de desigualdades sociais, como o Brasil, já que determinadas classes sociais são submetidas à condições ínfimas de sobrevivência, fazendo com que alguns indivíduos ajam ilicitamente

⁵⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.95-96.

em decorrência das condições que o circundam. Dessa forma, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, conforme pressupõe o princípio da igualdade, importaria na não responsabilização individual de tais agentes⁵⁸.

2.4 A coculpabilidade às avessas

A coculpabilidade, apesar de defendida por muitos doutrinadores, não está ainda positivada por nossa legislação. Por outro lado, verifica-se em nosso ordenamento a existência de uma chamada “coculpabilidade às avessas”, vez que este prevê em alguns de seus dispositivos as condições sociais desfavoráveis do agente como elementos do tipo penal ou circunstâncias agravantes da pena, ao invés de diminuí-la como prevê a coculpabilidade.

A referida coculpabilidade às avessas se faz presente principalmente de duas maneiras, com a tipificação de condutas dirigidas aos indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica-social e a

⁵⁸ CRUZ, Camila Alves da Cruz. **A co-culpabilidade do Estado como atenuante genérica.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj034502.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2015.

aplicação de penas mais brandas àqueles detentores do poder econômico⁵⁹.

A primeira hipótese ocorre com a tipificação de condutas diretamente ligadas às classes socialmente desfavorecidas ou, ainda, com a punição de pessoas pelo simples fato de serem miseráveis. Isto se verifica a partir da leitura do artigo 59 da Lei de Contravenções Penais, que prevê a contravenção de vadiagem, *in verbis*:

Artigo 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita⁶⁰.

Outro exemplo, ainda na Lei de Contravenções Penais, era o artigo 60 que punia a conduta de “mendigar, por ociosidade ou cupidez”. Felizmente, a Lei nº 11.983 de 16 de julho de 2009 revogou o dispositivo.

⁵⁹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.143.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm. Acesso em 03 de setembro de 2015.

Neste compasso, é possível aferir que a nossa legislação em alguns momentos criminaliza a própria miséria, punindo o agente não pelo o que ele faz, mas pelo o que ele é.

A segunda hipótese se materializa em diversos dispositivos penais e processuais de nossa legislação. Isto porque o legislador, embora não o faça de maneira explícita, busca de maneira contínua privilegiar aqueles que possuem maiores recursos financeiros, abrandando a pena ou até mesmo extinguindo-a em alguns casos, bem como oferecendo vantagens processuais.

Cita-se como exemplo o artigo 295, inciso VII, do Código de Processo Penal, que prevê o cumprimento da prisão provisória em cela especial àqueles que possuam diploma de ensino superior. Embora não tenha sido expresso o legislador, é clara a sua intenção em privilegiar pessoas de classe social mais alta, já que pequena parte da população brasileira possui fácil acesso ao ensino superior.

Outro exemplo consiste na reparação do dano. Nos delitos que podem comumente ser cometidos por agentes em situação de miserabilidade, a reparação do dano configura apenas circunstância atenuante, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea *b*, do Código Penal. Em contrapartida, nos crimes

cometidos contra a ordem tributária, normalmente praticados por pessoas abastadas financeiramente, a punibilidade poderá ser extinta caso o dano seja reparado, conforme dispõe o artigo 168-A, §2º, do Código Penal:

Artigo 168-A, §2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.⁶¹

Constata-se, assim, a notória predileção do legislador pelas camadas sociais mais favorecidas, já que um delito de furto, que atinge unicamente a vítima, poderá ter sua pena reduzida caso a *res furtiva* lhe seja devolvida, enquanto que um delito de sonegação de impostos, que atinge toda a sociedade, o agente poderá ter extinta sua punibilidade se reparar o dano ocorrido⁶².

⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 03 de setembro de 2015

⁶² ALVES, Alessandro Mourão. **O princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica no direito penal brasileiro**. Disponível em

Em conclusão, a nossa legislação infraconstitucional adotou um posicionamento muito mais favorável à coculpabilidade às avessas do que à própria coculpabilidade, indo em direção contrária aos preceitos da nossa Carta Magna e à realidade da sociedade brasileira, propagando a discriminação social e econômica em afronta direta a igualdade material.

<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2262/1/Alessandro%20Mou%20Alves.pdf>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

3. A APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO

A coculpabilidade é prevista em diversas legislações alienígenas, em especial nas de países latino-americanos, como Argentina, Peru, Costa-Rica, Equador, Paraguai e Bolívia.

Considerando a similaridade das condições socioeconômicas desses países com as do Brasil, é de suma importância analisar de que maneira este instituto é previsto em suas legislações, possibilitando a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro de maneira mais aceitável.

3.1 Coculpabilidade no Direito Penal Argentino

Verifica-se a contemplação da coculpabilidade no Código Penal Argentino, quando em seus artigos 40 e 41, considera como circunstância atenuante ou agravante da pena, as condições sociais do agente. *In verbis*:

Articulo 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los

tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

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

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

2°. 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.⁶³

A natureza jurídica da coculpabilidade no Direito Penal Argentino corresponde ao que chamamos aqui de circunstância legal, utilizada na aplicação da pena em sua segunda fase de dosimetria, nos termos do artigo 68 do Código Penal Brasileiro.⁶⁴

3.2 Coculpabilidade no Direito Penal Peruano

O Código Penal Peruano consagra a coculpabilidade em seu artigo 45, *verbis*:

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

⁶³ ARGENTINA. **Lei 11.179 de 29 de outubro de 1921**. Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

⁶⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p.110.

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.⁶⁵

Através da leitura do dispositivo acima, é possível verificar que o juiz está obrigado a analisar todas as circunstâncias essenciais no momento da aplicação da pena. Do mesmo modo que no ordenamento jurídico argentino, no direito penal peruano o juiz, ao fixar a pena, deve considerar as condições sociais em que se encontrava o agente, podendo atenuar a pena caso entenda que aquele indivíduo tenha agido por falta de condições mínimas de sobrevivência e dignidade oferecidas pelo Estado.
66

⁶⁵ PERU. **Código Penal Del Peru de 13 de dezembro de 1991.** Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

⁶⁶ CRUZ, Camila Alves da Cruz. **A co-culpabilidade do Estado como atenuante genérica.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj034502.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2015.

3.3 Cocolpabilidade no Direito Penal Boliviano

Na legislação boliviana, verifica-se a presença da cocolpabilidade, quando se considera como circunstância judicial para qualificar a personalidade do agente, bem como circunstância atenuante genérica, o agente que pratica um crime impulsionado pela miséria, nos termos dos artigos 38 e 40 do Código Penal Boliviano:

Articulo 38. Circunstancias

Para apreciar la personalidad del autor, se tomara 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.

(...)

Articulo 40. (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 que deba obediencia o de la cual dependa.

2. Cuando se ha distinguido en la vida anterior por un comportamiento particularmente meritorio.

3. Cuando ha demostrado su arrepentimiento mediante actos y especialmente reparando los daños, en la medida en que le ha sido posible.

4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley.⁶⁷

Da leitura dos dispositivos acima, é possível verificar que as condições socioeconômicas do agente possuem grande valor no momento de se valorar a pena, de forma que quanto maior a condição de miséria em que o agente se encontrar, menor será a sua reprovação penal.

Gregório de Moura assevera que a existência destes dispositivos demonstram “um reconhecimento

⁶⁷ BOLIVIA. Decreto Ley nº 10.426 de 23 de agosto de 1972. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

estatal de suas próprias falhas ao não promover a inclusão social de seus cidadãos”⁶⁸.

3.4 Cocolpabilidade no Direito Penal Equatoriano

O Código Penal Equatoriano dispõe sobre a cocolpabilidade em seu artigo 29, 11º, que incidirá unicamente nos delitos cometidos contra a propriedade. Vejamos:

Artículo 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

11. En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una

⁶⁸ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D’Plácido, 2014. p.118.

situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción⁶⁹

Assim, quando um indivíduo praticar um crime contra a propriedade em decorrência de desemprego, indigência ou de dificuldades de manter uma família numerosa, sua pena poderá ser atenuada.

3.5 Cocolpabilidade no Direito Penal Paraguaio

O artigo 65 do Código Penal Paraguaio dispõe:

Artículo 65.- Bases de la medición:

1° La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.

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

⁶⁹ EQUADOR. **Código Penal Ecuador de 22 de janeiro de 1971.** Disponível em <http://www.cepal.org/oig/doc/ecuart5511codigopenal.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

1. los móviles y los fines del autor;
 2. la actitud frente al derecho;
 3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho;
 4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar;
 5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho;
 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y
 7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.
- 3° En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.⁷⁰

Dessa forma, a coculpabilidade é verificada quando o dispositivo determina que o juiz, ao aplicar a pena, deve considerar as condições pessoais e econômicas do agente, podendo atenuar sua sanção.

⁷⁰ PARAGUAI. **Lei nº 1.160 de 1987**. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

3.6 Coculpabilidade no Direito Penal Costa-Riquenho

No ordenamento jurídico costa-riquenho, a coculpabilidade poderá ser aplicada pelo artigo 71 de seu Código Penal, o qual se assemelha ao artigo 66 do Código Penal, que dispõe sobre circunstâncias atenuantes genéricas.

O referido dispositivo prevê:

Artículo 71.- El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y

f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.⁷¹

Além disso, diante das imensas desigualdades sociais enfrentadas pelo país, tornou-se necessária uma ampliação do que dispõe sobre a coculpabilidade em sua legislação penal, sendo incluída no *Projecto Del Código Penal de Costa Rica* de 14 de abril de 1998, pelos artigos 73 e 74, nos seguintes termos:

Artículo 73: Principio de culpabilidad

La pena no podrá exceder los límites de la culpabilidad. Tanto para cuantificar como para seleccionar la pena de los delitos y las contravenciones, el juez tendrá especialmente en cuenta: La extensión del daño y del peligro

⁷¹ COSTA RICA. **Lei nº 4573 de 04 de março de 1970**. Disponível em <http://www.cendeiss.sa.cr/etica/codpenal.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

provocados; la calidad de los motivos que lo impulsaron a la conducta; la mayor o menor comprensión del carácter ilícito de la conducta; las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta; las condiciones económicas, sociales, culturales y personales del autor; el comportamiento posterior a la conducta, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto o mitigar sus efectos; y las condiciones generales de la persona ofendida en la medida en que hayan influido en la comisión del delito o contravención. Las mismas reglas se aplicarán cuando se trate de las sustituciones tanto de la pena principal por una alternativa como de una alternativa por otra u otras.

Artículo 74: Reglas generales para la aplicación de las penas

En el momento de individualizar las penas, de determinar las condiciones de su cumplimiento o de realizar las sustituciones que correspondan, el juez debe tener en cuenta lo que en cada caso resulte adecuado para:

1. Tutelar los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan;

2. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por la conducta;
3. Resolver satisfactoriamente los conflictos en cuyo marco ha tenido lugar la conducta;
4. Suplir las carencias sociales que ha sufrido la persona condenada;
5. Conservar y mejorar la salud física y psíquica de la persona condenada;
6. Hacer el menor empleo posible de la pena de prisión; y
7. Motivar que la conducta futura de la persona condenada, sea conforme a derecho.⁷²

Analizando referido Projeto, Gregóre Moura aduz que inserir a coculpabilidade de forma mais ampla no ordenamento jurídico costa-riquenho “não só servirá para apurar o limite e a medida da pena do autor no momento de aplicação da pena, mas também vinculará o juiz, de modo que ele deverá aplicar a pena adequada para suprir as carências sociais da pessoa condenada”.⁷³

⁷² COSTA RICA. **Projecto Del Código Penal de Costa Rica de 14 de abril de 1998.** Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_21.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

⁷³ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal.** Editora D'Plácido, 2014. p.118.

3.7 Cocolpabilidade no Direito Penal Colombiano

O Código Penal da Colômbia, em seu artigo 56, traz a seguinte redação:

Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.⁷⁴

Analisando este dispositivo, pode-se afirmar que a legislação colombiana é a mais adequada à aplicação da cocolpabilidade na aplicação da pena, em que a sua diminuição é considerável.

⁷⁴ COLOMBIA. **Lei nº 599 de 24 de julho de 2000**. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf. Acesso em 02 de setembro de 2015.

4. A APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1 Considerações Iniciais

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a coculpabilidade como algumas legislações alienígenas o fazem, conforme estudado anteriormente. No entanto, alguns doutrinadores apresentam algumas possibilidades de sua aplicação e inserção no Código Penal Brasileiro.

Ressalta-se que, embora não expressa, verifica-se implicitamente as ideias do conceito de coculpabilidade no artigo 187, §1º, do Código de Processo Penal, quando este prevê que a primeira fase do interrogatório será sobre a pessoa do acusado, sendo perguntado sobre sua vida e oportunidades sociais. Este dispositivo permite ao juiz angariar elementos do contexto social em que o agente está inserindo, possibilitando uma futura aplicação da pena mais cuidadosa e justa em relação a reprovação do agente.

Dentre as possibilidades sobreditas, a mais aceita e defendida pela doutrina é a aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante

inominada, prevista pelo artigo 66 da legislação penal, a qual será analisada em tópico específico.

Todavia, para a análise de todas as hipóteses de aplicação da coculpabilidade na legislação pátria, se faz necessária explanação sobre o funcionamento da dosimetria e aplicação da pena.

De mesmo modo, é imprescindível a análise do atual entendimento jurisprudencial brasileiro a respeito da aplicação da coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico.

4.2 Aplicação da Pena

Como estudado em capítulo anterior, o princípio da individualização da pena se materializa pela aplicação da sanção penal baseada em características individuais e peculiares de cada indivíduo, determinando a cada um aquilo que lhe cabe. Este princípio ocorre nas fases legislativa, judicial e administrativa.

Como dito, a aplicação da pena ocorre no segundo momento da individualização da pena, consistindo na fixação da reprimenda penal àquele indivíduo que praticou um fato típico, ilícito e culpável, observados os requisitos legais, em quantidade necessária e proporcional às

particularidades dos aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Trata-se, pois, de um ato discricionário vinculado, exclusivamente judicial, emanado mediante prolação de sentença, em que o juiz encontra-se limitado aos parâmetros que a lei estabelece, verificando as singularidades objetivas e as características do indivíduo a que a sanção é destinada.⁷⁵

4.2.1 O sistema trifásico

Elaborado por Nélson Hungria, o sistema trifásico estabelece que a dosimetria da pena (quantificação da sanção) ocorrerá em três etapas distintas e sucessivas. A primeira consiste na fixação da pena-base pelo juiz, considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, na segunda aplica-se as circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas, e na terceira as causas de diminuição e aumento de pena.

O Código Penal adotou o sistema trifásico, consoante se extrai da leitura do artigo 68:

⁷⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 619.

Artigo 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.⁷⁶

Entretanto, para a aplicação da pena de multa, o código adotou o sistema bifásico, vez que inicialmente é fixado o número de dias-multa e, depois, calcula-se o valor de cada dia-multa, conforme estabelece o artigo 49, *caput* e §1º.

Mirabete demonstra a essencialidade do sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado o mais adequado para a devida aplicação da sanção penal:

O processo adotado pela lei é o mais adequado, pois impede a apreciação simultânea de muitas circunstâncias de espécies diversas e, além disso, possibilita às partes melhor verificação a respeito da obediência aos princípios de aplicação da pena. Como lembra a exposição de motivos da

⁷⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2015.

Lei nº 7.209, permite-se o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria da pena.⁷⁷

Ressalta-se que cada etapa de fixação da pena deverá ser fundamentada pelo juiz, de forma a permitir a regular individualização da pena, bem como o exercício da ampla defesa ao réu, pois lhe garante o direito de visualizar cada etapa, impugnando-se aquela que lhe convir. A não fundamentação ocasiona a nulidade da sentença, exceto quando a pena for aplicada no mínimo legal, o que a tornaria prescindível de motivação já que não haveria prejuízo ao réu.

Após a realização da dosimetria da pena, o juiz deverá determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, podendo ser ele fechado, semiaberto ou aberto. Em seguida, deverá analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Não sendo possível a substituição, presentes

⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 303.

os requisitos legais, poderá oferecer a suspensão condicional da pena.

4.2.1.1 Primeira fase: fixação da pena-base

Na primeira fase de exasperação da pena, o magistrado utiliza-se das circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59, caput, do Código Penal, junto com os limites máximo e mínimo específico de cada crime, para determinar a pena-base, sobre a qual incidirão as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de diminuição e aumento de pena nas fases posteriores.

Também conhecidas por inominadas, as circunstâncias judiciais são aquelas relacionadas ao crime, de maneira objetiva e subjetiva, possuindo natureza residual ou subsidiária, já que somente incidem quando não configurarem elementos do tipo penal, qualificadoras ou privilégios, agravantes ou atenuantes genéricas, ou causas de aumento ou de diminuição de pena, ou seja, quando não forem circunstâncias expressamente definidas em lei.

Por essa razão, o juiz ao dosar a pena, deverá se atentar para não ocorrência de *bis in idem*. Isto é, o magistrado não pode utilizar por duas ou mais vezes

uma mesma circunstância para medição da reprimenda, dando sempre prioridade para as circunstâncias legais e, caso estas não estejam presentes, utilizará as judiciais. Cleber Masson exemplifica:

Exemplo: em crime de lesões corporais cometido contra uma senhora de 90 (noventa) anos de idade, o magistrado fundamenta a exasperação da pena-base em decorrência da covardia e da superioridade de forças do agente. Depois, impõe na segunda fase a agravante genérica contida no artigo 61, inciso II, “h”, do Código Penal (crime contra a pessoa maior de 60 anos). É patente a dupla punição pelo mesmo fato, pois tais circunstâncias são ínsitas ao crime praticado contra a pessoa idosa. Não podem funcionar simultaneamente como circunstâncias judicial e agravante genérica.⁷⁸

O artigo 59 do Código Penal elenca 08 (oito) circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do

⁷⁸ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 627.

crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima.

Estas circunstâncias deverão ser analisadas e valoradas individualmente pelo julgador, não podendo se fazer referências a elas de maneira genérica, sob pena de se laivar a decisão, já que tanto o réu quanto o Ministério Público e a vítima devem ter conhecimento das razões pelas quais o juiz determinou a pena-base naquela quantidade. Caso a pena-base seja majorada sem fundamentação, ocorrerá o excesso da pena, o qual poderá ser retificado em sede recursal pelo chamado redimensionamento da pena⁷⁹.

Como já dito, nesta fase o juiz determinará a pena-base mediante análise das circunstâncias judiciais, delimitado pelos parâmetros legais de cada crime. Sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a pena deverá ser fixada no mínimo legal; sendo uma delas desfavorável ao réu, o magistrado deverá elevar a pena acima do mínimo. Noutro norte, no caso de todas ou quase todas as circunstâncias serem desfavoráveis, a pena máxima poderá ser imposta.

⁷⁹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 628.

Após a fixação da pena-base, não havendo circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou ainda, causas de aumento ou de diminuição de pena, esta resultará como a sanção definitiva a ser imposta ao agente.

4.2.1.2 Segunda fase: circunstâncias agravantes e atenuantes

Na segunda fase da aplicação da pena serão aplicadas as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, previstas pelos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal. São circunstâncias legais que não integram o tipo penal, mas que são utilizadas com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena.

São de aplicação compulsória pelo magistrado, já que ele não poderá deixar de levá-las em conta no momento da dosimetria da pena quando se fizerem presentes.

As agravantes genéricas estão dispostas pelos artigos 61 e 62 do Código Penal, constituindo rol taxativo. É vedada a sua utilização quando integrarem o tipo penal ou ainda quando estiverem presentes como qualificadoras ou causa de aumento de pena, visando evitar a ocorrência de *bis in idem*.

Exemplifica Mirabete:

Assim, num delito de incêndio (art. 250) não se pode falar que ocorra a agravante decorrente de ter sido cometido o crime com emprego de fogo (art. 61, inc. II, d). Do mesmo modo, no homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, §2º, inc. II) não responderá o agente pela agravante prevista no art. 61, inciso II, a, nem a infanticida pela agravante de ter sido o delito praticado contra criança (art. 61, inciso II, h). Não incide a menoridade nos crimes sexuais quando a circunstância é elementar (arts. 27-A, 218).⁸⁰

Cumprе salientar que, ainda que em grande número, as agravantes não serão aplicadas quando a pena-base tiver sido fixada no máximo legal. Assim, essas circunstâncias não poderão elevar a pena-base acima da pena máxima em abstrato prevista pelo tipo penal, vez que não integram a estrutura típica.

São agravantes genéricas, nos termos do artigo 61:

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 288.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.⁸¹

O artigo 62 diz respeito às agravantes genéricas no concurso de pessoas:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.⁸²

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 22 de setembro de 2015.

As circunstâncias atenuantes, em contrapartida, se encontram disciplinadas em rol exemplificativo, vez que o artigo 65 apresenta relação detalhada de certas atenuantes, enquanto o artigo 66 estabelece que qualquer circunstância relevante e favorável ao réu, seja anterior ou posterior ao delito, poderá ser utilizada para abrandar a sanção. Dessa forma, o leque de circunstâncias que poderão ser consideradas *in bonam parte* é ampliado pela leitura do mencionado dispositivo⁸³.

Igualmente às circunstâncias agravantes, as atenuantes deverão ser aplicadas pelo juiz sempre que presentes, exceto quando já estiverem previstas como causa de diminuição da pena. Além disso, serão desconsideradas caso a pena-base seja fixada no mínimo legal. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consoante pela Súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

São circunstâncias atenuantes:

⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 22 de setembro de 2015.

⁸³ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 634.

Artigo 65. São circunstâncias atenuantes que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um anos), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II – o desconhecimento da lei;

III – ter o agente:

a) Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

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;

d) Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) Cometido o crime sob a influência de multidão ou tumulto, se não o provocou.⁸⁴

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 22 de setembro de 2015.

O artigo 66 consagra as chamadas atenuantes inominadas, não indicadas pela lei.

Artigo 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.⁸⁵

Por fim, merece ser frisado que o Código Penal não estabeleceu um quantum para atenuação ou agravação da pena, como fez com as causas de diminuição ou aumento de pena a serem aplicadas na terceira fase de aplicação. Dessa forma, nesta fase o julgador deve se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁸⁶.

Não obstante a ausência de previsão legal, consagrou-se o entendimento de que o aumento ou diminuição da pena deve ocorrer até um sexto sobre a pena-base, por ser o menor índice estipulado pelas

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

⁸⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 570.

legislações penais para as causas de aumento e diminuição da pena.

4.2.1.3 Terceira fase: causas de aumento e de diminuição

A terceira e última fase da dosimetria da pena se dá com a aplicação das causas de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) de pena que são circunstâncias previstas na Parte Geral (genéricas) ou Especial do Código Penal, bem como na legislação especial penal (específicas) e que incidem sobre o montante resultante da segunda fase, consideradas as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, e não somente a pena-base.

As causas de aumento e de diminuição poderão elevar a pena acima do máximo legal ou atenuá-la abaixo do mínimo legal abstratamente cominado ao tipo penal, vez que o legislador aponta quais são seus limites de aplicação.

Cleber Masson explica:

Exemplificativamente, o preceito secundário do crime de furto simples prevê, no tocante à pena privativa de liberdade, reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Se o magistrado aplicar a

pena-base no mínimo legal, mantendo-se essa reprimenda na segunda fase, e presente a figura da tentativa, causa geral e obrigatória de diminuição da pena, deverá reduzi-la ao menos no patamar mínimo (CP, art. 14, parágrafo único = 1/3), sendo que a pena final será de 8 (oito) meses, muito abaixo do piso legalmente previsto.⁸⁷

Nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, quando houver “concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia a causa que mais aumente ou diminua”⁸⁸.

Da leitura do supramencionado dispositivo conclui-se que: i) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição de pena previstas pela Parte Geral, ambas deverão ser aplicadas, de forma que o segundo aumento ou a segunda diminuição incidirão sobre a pena já aumentada ou diminuída e

⁸⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 663.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 22 de setembro de 2015.

não sobre a pena obtida na segunda fase de dosimetria; ii) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição previstas pela Parte Especial ou legislação especial, o juiz poderá aplicar um só aumento ou diminuição, valendo-se daquele que mais aumentar ou mais diminuir a pena, não estando impedida a incidência de todas as causas de aumento ou de diminuição da pena; iii) se existirem uma causa de aumento e uma causa de diminuição simultaneamente, o magistrado deverá aplicar ambas, desde que obrigatórias; iv) se existirem duas causas de aumento ou duas causas de diminuição, ao mesmo tempo, sendo uma pertencente a Parte Geral e outra a Parte Especial ou legislação especial, todas elas deverão ser aplicadas⁸⁹.

4.3 Coculpabilidade como circunstância atenuante inominada

Inicialmente cumpre delinear o conceito de circunstâncias, as quais consistem em fatores externos ao tipo penal, não sendo pressupostos para a configuração da figura típica e que, no caso das

⁸⁹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 664-665.

circunstâncias atenuantes, servem para diminuir o grau de culpabilidade sobre a conduta do agente.

Ademais, conforme dito anteriormente, as circunstâncias atenuantes estão elencadas pelo artigo 65 do Código Penal, porém não se trata de rol taxativo vez que o artigo 66 prevê que “a pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”⁹⁰.

O referido dispositivo trata da chamada atenuante inominada, pois permite que qualquer circunstância alheia à disposição legal, desde que de caráter valioso e de grande importância, seja utilizada como instrumento individualizador da pena aplicável ao agente. Nota-se que o artigo 66 amplia as possibilidades do juiz em diminuir a pena do autor, adequando-a devidamente à sua culpabilidade.

Com base nessas considerações, é possível auferir que cabe a aplicação da coculpabilidade mediante este artigo, vez que se trata de causa relevante e anterior ao crime, que tenha influenciado na prática deste.

⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 05 de outubro de 2015.

Zaffaroni e Pierangeli entendem ser cabível a aplicação da coculpabilidade por meio deste dispositivo:

Creemos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (n.118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66⁹¹.

De mesmo modo, é o entendimento de Rogério Greco:

Mas, na prática, 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? Não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada. Assim, teremos, na verdade, duas opções: a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre

⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611.

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.⁹²

Cristiano Rodrigues na mesma linha de pensamento, aduz:

Embora ainda haja um longo caminho a ser percorrido por nossa dogmática, e principalmente jurisprudência, neste processo evolutivo do Direito Penal visando o rompimento do paradigma positivista que assola nosso ordenamento, vislumbramos uma luz no fim do túnel, pois acreditamos já haver uma primeira mostra da materialização da Teoria da Culpabilidade prevista expressamente em nosso Código Penal.

Esta salutar concretização se deu através da famosa circunstância atenuante genérica prevista no Art. 66 do Código Penal brasileiro pela qual, em qualquer caso, poderá o juiz na segunda fase da dosimetria concreta reduzir a

⁹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 415.

pena a ser aplicada do valor que achar necessário, de acordo com as concretas circunstâncias que envolvam a prática dos fatos – posição muito defendida por nós.⁹³

Charles Francisco Rozário, por sua vez, concluiu em seu trabalho:

(...) cumpre asseverar que, uma vez demonstrada na persecução penal circunstâncias suficientes para convencer o julgador de que aquele réu - tendo em vista as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo brasileiro (Lei n. 2.848/41) - sofreu constante exclusão, tanto pelo Estado como também pela sociedade, dos direitos e serviços públicos essenciais garantidos a todas as pessoas (arts. 5º e 6º da Lei Maior de 88) e, não obstante ser sua conduta típica, ilícita e culpável, deve ter assegurado o direito à atenuação de sua reprimenda com base no art. 66 do Código Penal adotando-se, para tanto, por intermédio da Hermenêutica Criminológica, a teoria da

⁹³ RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 212.

co-culpabilidade na fundamentação judicial do caso concreto.⁹⁴

Dessa forma, se a coculpabilidade for aplicada como circunstância atenuante inominada, estará se dividindo a responsabilização do agente pelo delito com o Estado e a sociedade, ao considerar a sua condição de hipossuficiência socioeconômica como circunstância relevante e anterior ao crime, que tenha influenciado em seu cometimento, abrandando, por consequência, a sanção cominada.

Ressalta-se que esta aplicação deve ser feita com cautela e analisado minuciosamente o caso concreto, além de ser devidamente fundamentada pelo magistrado no momento da sentença. Este cuidado se faz imprescindível para que o instituto não seja utilizado de maneira banalizada, afastando do Direito Penal o caráter garantidor de controle social realizado pelo Estado.

Assim, só seria possível a aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante nos

⁹⁴ ROZÁRIO, Charles Francisco. **A teoria da co-culpabilidade como causa de atenuação genérica da pena. Uma análise do art. 66 do Código Penal brasileiro à luz da Hermenêutica Criminológica e do Estado Democrático de Direito.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17315>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

casos em que a condição de miserabilidade do agente seja produto da omissão e negligência estatal e da sociedade, não sendo cabível em casos que a condição socioeconômica desfavorável do autor tenha sido ocasionada por ele próprio, por ociosidade ou irresponsabilidade. Ademais, verifica-se a maior incidência desta aplicação nos delitos praticados contra a Administração Pública ou contra o patrimônio, sendo inviável, por exemplo, nos casos de delitos contra a dignidade sexual.

Todavia, por todo o exposto, conclui-se que a discricionariedade dada ao magistrado pelo artigo 66 do Código Penal, permite que este considere circunstâncias relacionadas à vida social e econômica do agente, demonstrando grande afinidade com a ideia de valorar a coculpabilidade do Estado e da sociedade no momento da fixação da pena, permitindo uma divisão e graduação da culpa atribuída a ele, consoante as suas condições pessoais e sociais que o tenham levado a prática delitiva⁹⁵.

⁹⁵ RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 212.

4.3.1 Entendimento dos Tribunais

Embora grande parte da doutrina entenda cabível a aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante inominada, a tendência jurisprudencial majoritária é de afastar totalmente a possibilidade desta aplicação. Contudo, são escassas as decisões acerca do tema, não havendo, portanto, um entendimento pacífico e consolidado a respeito.

Pela não aplicação da coculpabilidade, foram os acórdãos proferidos recentemente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais colacionados abaixo:

ROUBO MAJORADO - PENAS-BASE
FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL -
IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELO
RECONHECIMENTO DE ATENUANTES -
ATENUANTE GENÉRICA DA
COCULPABILIDADE -
INAPLICABILIDADE -
RECONHECIMENTO DA TENTATIVA -
IMPOSSIBILIDADE - DELITO
CONSUMADO - DECOTE DA
MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA

DO CRIME DE ROUBO -
IMPROCEDÊNCIA - ISENÇÃO DAS
CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA
AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. I -
Diante do teor da Súmula 231 do STJ, a
incidência de circunstância atenuante não pode
conduzir à redução da pena para alguém do
mínimo legal cominado. II - **A desigualdade
presente em nossa sociedade não pode
servir como circunstância relevante para a
prática delitiva - em especial, de crimes
contra o patrimônio -, menos ainda para
configurar a atenuante genérica prevista no
art. 66 do CP.** III- No crime de roubo, embora
já tenha havido controvérsia acerca do seu
momento consumativo, encontra-se
sedimentado o entendimento de que a
consumação se dá no exato momento em que a
vítima perde a posse de seus bens, mediante a
cessação da violência ou grave ameaça, sendo
irrelevante o fato de inexistir posse mansa e
pacífica da res, ou que o autor seja perseguido
e preso instantes após o desapossamento. IV -
Comprovado nos autos o emprego de arma,
servindo como meio de intimidação da vítima
e impedindo que ela esboçasse qualquer tipo

de reação, resta caracterizada a majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, independente de posterior prova pericial. V - A condenação nas custas é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme reza o art. 804 do CPP, sendo que eventual impossibilidade de seu pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.14.278833-0/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/09/2015, publicação da súmula em 02/10/2015) (grifo nosso)⁹⁶

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. COCULPABILIDADE ESTATAL. INAPLICABILIDADE.
- As palavras exaltadas, proferidas no

⁹⁶ TJMG. **Ap. Criminal nº 1.0024.14.278833-0/001**. Rel. Des. Alberto Deodato Neto. DJU de 22/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

momento de cólera daquele cuja capacidade de discernimento estava visivelmente alterada (inclusive por uso de entorpecente), não configuram o crime de desacato, pela ausência do elemento subjetivo do tipo, devendo-se evitar que a ação penal seja palco para punição de toda e qualquer alteração ocorrida no desenrolar de operações policiais. Precedentes.

- A debilidade financeira e a ausência de oportunidades conferidas pelo Estado não autorizam o reconhecimento da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, porque há diversos meios lícitos para busca da sobrevivência, sem a necessidade de se invadir direito alheio.

- Diante da Lei Estadual de n.º 14.939/03, cabe a isenção do pagamento e, não apenas suspensão, das custas processuais aos assistidos pela Defensoria Pública. (TJMG - Apelação Criminal 1.0704.14.003853-7/001, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/09/2015, publicação da súmula em 14/09/2015) (grifo nosso) ⁹⁷

⁹⁷ TJMG. Ap. Criminal n° 1.0704.14.003853-7/001. Rel. Des. Renato

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS MAJORADOS PELO EMPREGO DE ARMA, EM CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL - COCULPABILIDADE - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - PLEITO PREJUDICADO. Não há razão para o reconhecimento da atenuante genérica da coculpabilidade, pois eventual deficiência do Estado na prestação de assistência à sociedade não pode ser vista como justificativa para o cometimento de crimes, ainda mais quando o réu é useiro e vezeiro na criminalidade. Com o afastamento da aplicação da atenuante genérica do art. 66 do CP, resta prejudicado o pleito de redução da pena. (TJMG - Apelação Criminal 1.0443.04.020081-0/002, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/09/2015,

Martins Jacob. DJU de 14/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

publicação da súmula em 02/10/2015) (grifo nosso)⁹⁸

Percebe-se que o Tribunal demonstra grande resistência em aplicar a coculpabilidade como atenuante inominada, por acreditar que a omissão estatal e as condições de hipossuficiência econômica do agente não são motivos hábeis a justificar a prática de um crime. Além disso, alegam que existem meios lícitos para sobreviver, não sendo necessária a intervenção em bem jurídico alheio.

Refuta-se essas alegações, visto que, na grande maioria dos casos de miserabilidade, o Estado e a sociedade não oportunizam a esses agentes o acesso mínimo a estes mencionados meios lícitos, sendo a criminalidade o único e mais fácil meio de se obter condições mínimas de sobrevivência. Ressalta-se, ainda, que são nessas condições extremas de vulnerabilidade econômica e social que a coculpabilidade deve ser aplicada e não de forma banalizada.

⁹⁸ TJMG. **Ap. Criminal nº 1.0443.04.020081-0/002**. Rel. Des. Flávio Leite. DJU de 22/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como no caso do acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal nº 0003486-18.2014.8.26.0126, vejamos:

Não se olvida que a culpabilidade, enquanto reprovabilidade da conduta do agente, constitui uma das vigas mestras da dogmática penal. O ilícito penal somente se aperfeiçoa entre outros requisitos se, no caso concreto, possível exigir do sujeito uma conduta diversa daquela tomada (fato típico e antijurídico). E, além disso, a culpabilidade - passível de graduação (STJ, HC nº 9.584, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro) - constitui o fator mais importante no procedimento de dosimetria da sanção (artigo 59, do Código Penal). Dentro deste espectro, não há dúvida de que o juiz deve considerar, quando da fixação da pena, circunstâncias pessoais do agente, embora observados os limites do fato criminoso (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 2.002, pág. 88).

Mas daí a se aceitar genericamente a condição de vulnerabilidade termo empregado pela doutrina - (derivada da pobreza ou de uma outra condição social adversa), como circunstância atenuante ou mesmo, em último caso, como causa de exclusão da culpabilidade vai uma longa distância. **Na realidade, o acolhimento da teoria da coculpabilidade termina por gerar uma insegurança no sistema penal, representando a adoção da concepção equivocada e por demais reducionista de que o fator econômico-social explica toda a criminalidade. Além disso, nos moldes em que delineada de conteúdo bastante amplo, envolvendo uma gama de fatores e circunstâncias relacionadas à vida do agente, é praticamente de impossível comprovação pelo juiz em cada processo. Com efeito, somente uma circunstância muito especial de carência, cuja relevância no caso em concreto resulte bem demonstrada, o que não sucede no caso vertente, tem o condão de influenciar a resposta penal do Estado. (grifo nosso)**⁹⁹

⁹⁹ TJSP. Ap. Criminal nº 0003486-18.2014.8.26.0126. Rel. Des. Laerte Marrone. DJU de 22/06/2015. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

Depreende-se da leitura do trecho transcrito acima, que o Tribunal acredita que ao se aceitar a aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante da pena, geraria uma insegurança no sistema penal, além de ser de difícil comprovação em cada caso que o fator econômico-social do agente influenciou de forma direta para a prática delitiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso também discutiu o tema na seguinte decisão:

RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL –
RÉUS CONDENADOS PELO DELITO
PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I e II, DO CP
EM CONCURSO MATERIAL COM O
CRIME DESCRITO NO ART. 244-B DO
ECA – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA –
PEDIDO ABSOLUTÓRIO –
IMPROCEDÊNCIA – NATUREZA
FORMAL DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE
MENORES – SÚMULA 500 DO STJ –
EXISTÊNCIA DE PROVAS INCONTESTES
DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO –
DECLARAÇÕES COERENTES E

HARMONIOSAS DAS VÍTIMAS –
RECONHECIMENTO PESSOAL DO RÉU –
VERSÃO DO ACUSADO DESPIDA DE
ELEMENTOS QUE A CORROBOREM –
PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-
BASE AO MÍNIMO LEGAL –
DESACOLHIMENTO – CONCORRÊNCIA
DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DESAVORÁVEIS – **PEDIDO DE
APLICAÇÃO DA ATENUANTE
GENÉRICA DA COCULPABILIDADE –
IMPOSSIBILIDADE – SUPOSTA
OMISSÃO DO ESTADO NÃO
AUTORIZA A PRÁTICA DELITIVA –**
PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO
DE AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA
FASE – ACOLHIMENTO –
EXASPERAÇÃO NÃO FUNDAMENTADA
– SÚMULA 443, STJ – RECURSO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO – PEDIDO DE
MAJORAÇÃO DAS PENAS BASILARES –
PROCEDÊNCIA – PEJORATIVIDADE DAS
CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS
DO CRIME QUE JUSTIFICAM MAIOR
EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA FASE –
SÚPLICA POR INCIDÊNCIA DA

AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, II, “H”, DO CÓDIGO PENAL – PROCEDÊNCIA – CRIME PRATICADO EM DESFAVOR DE UMA VÍTIMA CRIANÇA E OUTRA MAIOR DE SESSENTA ANOS – PRETENDIDO RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL – ACOLHIMENTO – FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DO “QUANTUM” DA PENA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Consoante enunciado da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça: “A configuração do crime descrito no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”.

2. Descabe excogitar de absolvição por insuficiência de provas do crime de roubo majorado quando os elementos de convicção jungidos aos autos, notadamente as harmoniosas e verossímeis declarações das vítimas, respaldarem a tese acusatória, a par da frágil versão de negativa de autoria ofertada pelo acusado.

3. O juiz, ao fixar a pena-base, deve se orientar pelo rol de oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, de sorte que a negatividade de algumas delas já justifica o afastamento do piso legal.

4. A mera alegação de que o acusado seria vítima de suposta omissão do Estado em não lhe proporcionar moradia, educação, emprego, saúde e os demais direitos fundamentais constitucionalmente garantidos não se mostra idônea a legitimar a prática de ações criminosas e lesivas.

5. O aumento de pena superior a um terço em função das causas de aumento do roubo não é aferido a partir de um critério puramente aritmético, mas em razão de caracteres que denotem maior censurabilidade da conduta, de modo que, ante a ausência de fundamentação, impõe-se sua redução ao mínimo legal, em observância à súmula 443 do STJ.

6. A supina pejoratividade das circunstâncias e consequências do crime justifica a majoração proporcional da pena base.

7. Demonstrado o cometimento do crime contra vítima criança e maior de 60 anos de

idade, é força a incidência da agravante descrita no art. 61, II, “h”, do CP.

8. A pena superior a oito anos de reclusão deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, mormente se existem circunstâncias judiciais negativas, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Estatuto Repressivo.

(Ap 13231/2014, DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 02/09/2015, Publicado no DJE 08/09/2015)¹⁰⁰
(grifos nossos)

Da leitura do inteiro teor do acórdão transcrito acima, se extrai o argumento para a negação da coculpabilidade, o qual não admite que omissão estatal em proporcionar a todos os direitos fundamentais legitime o cometimento de crimes:

Ora, posto o Estado tenha o dever de proporcionar a todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, a mera alegação de sua eventual omissão não vem de

¹⁰⁰ TJMT. Ap. Criminal nº 13231/2014. Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza. DJU 08/09/2015. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

legitimar o cometimento de crimes, mormente quando ausente qualquer prova de marginalização do acusado ou de que sua incursão na seara criminosa tenha se dado tão somente em razão da pretensa omissão do Estado.¹⁰¹

Vale lembrar que a admissão da coculpabilidade não visa tornar legítima a prática de crimes, mas tão somente admitir que a omissão do Estado em oportunizar a todos igualmente o acesso aos direitos fundamentais influencia diretamente no cometimento de delitos por aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência econômica e, por isto, devem ter sua pena atenuada.

O Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, admitiu a coculpabilidade como atenuante inominada nas decisões colacionadas abaixo:

EMBARGOS INFRINGENTES.
TENTATIVA DE ESTUPRO. FIXAÇÃO DA
PENA. AGENTE QUE VIVE DE

¹⁰¹ TJMT. Ap. Criminal nº 13231/2014. Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza. DJU 08/09/2015. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

BISCATES, SOLTEIRO, COM DIFICULDADES PARA SATISFAZER A CONCUPISCENCIA, ALTAMENTE VULNERAVEL A PRATICA DE DELITOS OCASIONAIS. **MAIOR A VULNERABILIDADE SOCIAL, MENOR A CULPABILIDADE. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE** (ZAFFARONI). PREVALENCIA DO VOTO VENCIDO, NA FIXACAO DA PENA-BASE MINIMA. REGIME CARCERARIO INICIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS POR MAIORIA. (Embargos Infringentes N° 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 28/04/2000)¹⁰² (grifo nosso)

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além

¹⁰² TJRS. **Embargos Infringentes nº 70000792358**. Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo. DJU 28/04/2000. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

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) ¹⁰³(grifo nosso)

Da análise dos sobreditos julgados, verifica-se a admissão da coculpabilidade para atenuar a pena. O

¹⁰³ TJRS. **Ap. Criminal nº 70013886742**. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. DJU 20/04/2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

Tribunal considerou na primeira ementa que quanto “maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade”, além de admitir na segunda a semi-alfabetização do réu como circunstância relevante para a prática do crime, reduzindo sua pena pela incidência da atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal.

Analisando a jurisprudência nacional de forma geral, verifica-se grande resistência de nossos Tribunais em aplicar a coculpabilidade como circunstância atenuante inominada, sendo raras as decisões que a admitem. Isto porque, a jurisprudência majoritária não admite a condição econômico-social do agente como justificativa plausível para criminalidade, visto que existem criminosos em todas as vertentes sociais. Além disso, partem da ideia de que o ordenamento jurídico deve ser respeitado por todos os setores, independentemente da classe social em que o indivíduo esteja inserido.

É inegável que o Estado e a sociedade não proporcionam a todos os cidadãos condições e oportunidades sociais iguais, de forma que este fato influencia diretamente nos índices de criminalidade do país. Corrobora com esta ideia o fato de que os presídios brasileiros encontram-se abarrotados de criminosos pobres, miseráveis e em sua grande

maioria, negros, evidenciando as desigualdades econômico-sociais como fator determinante para o grande número de crimes cometidos no país.

Como dito, de fato a mera condição social do agente não justifica a prática de delitos, mas deve ser considerada como circunstância atenuante da sanção cominada a ele.

4.4 Hipóteses de inserção da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

A forma mais admitida pela doutrina para a aplicação da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro é como circunstância atenuante inominada, estudada no tópico anterior. Contudo, estuda-se a possibilidade de hipóteses em que a coculpabilidade poderia ser inserida e positivada por nossa legislação.

Grégoire Moura vislumbra quatro delas:

Nesta ordem de ideias, as opções de positivação da co-culpabilidade seriam: como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte

Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista art. 29 do Código Penal.¹⁰⁴

Na primeira hipótese, a coculpabilidade incidiria na primeira fase de aplicação da pena, figurando como uma das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código Penal. O Projeto de Lei nº 3.473/2000 que diz respeito à reforma da Parte Geral do Código Penal, traz a possibilidade da inserção da coculpabilidade no referido artigo:

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;

¹⁰⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p. 141.

III– a restrição de direito cabível.¹⁰⁵

Dessa maneira, a coculpabilidade se faz presente vez que o magistrado analisaria as oportunidades sociais oferecidas ao agente, influenciando na majoração da pena-base dentro dos limites mínimos e máximos previstos pelo tipo penal em que o réu estiver incurso. Esta hipótese é criticada por Grégore Moura, pois ele assevera que reconhecer a coculpabilidade como circunstância judicial não traria grandes modificações quando a pena-base for fixada no mínimo legal.¹⁰⁶

De fato, embora a inserção da coculpabilidade no Código Penal através do artigo 59 signifique um avanço em seu reconhecimento, seus efeitos práticos seriam mínimos ou até mesmo inexistentes, posto ser pacífico o entendimento de que a pena-base não pode ser fixada abaixo do mínimo legal.

A segunda hipótese de inserção da coculpabilidade seria positiva-la como circunstância

¹⁰⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 3473/2000, de 27 de setembro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm. Acesso em 12 de outubro de 2015.

¹⁰⁶ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014. p. 141.

atenuante genérica prevista no artigo 65 do Código Penal, incluindo-se mais uma alínea em seu inciso III. Esta proposta nos parece mais eficaz, vez que reforçaria a necessidade da aplicação da coculpabilidade, limitando o poder do magistrado de interpretação. Porém, ainda assim, segundo entendimento majoritário, a pena não poderia ficar aquém do mínimo legal.

A terceira hipótese seria incluir a coculpabilidade em um parágrafo específico do artigo 29 do Código Penal, aplicando-a na terceira fase da aplicação da pena.

Para Grégore Moura, esta inclusão seria feita da seguinte maneira:

A terceira hipótese seria mais ousada e consistiria em acrescentar um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, dizendo que “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado

e sejam compatíveis com o crime cometido”.¹⁰⁷

Dessa forma, consideradas as condições expostas neste parágrafo e quanto maior sua quantidade, maior seria a redução da pena. O sobredito autor acredita ser esta a melhor opção para posituação da coculpabilidade, vez que condizente com as características democrática e liberal do Código Penal, permitindo a devida individualização da pena, além de ser possível a sua redução abaixo do mínimo legal.¹⁰⁸

No entanto, esta hipótese merece ser criticada já que induziria ao entendimento de que só poderia se aplicar a coculpabilidade àqueles em condições socioeconômicas desfavoráveis que tivessem agido em concurso com outro agente, seja em condição de partícipe ou de coautor.

Por fim, a quarta hipótese seria admitir a coculpabilidade como uma excludente de culpabilidade. Por óbvio, esta hipótese é a mais difícil de ser admitida, além de ser um tanto quanto

¹⁰⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D’Plácido, 2014. p. 142.

¹⁰⁸ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Editora D’Plácido, 2014. p. 141.

absurda, já que consideraria o estado de miserabilidade e vulnerabilidade do agente para que ele não fosse responsabilizado por sua conduta. Seria uma espécie de inexigibilidade de conduta diversa, pois diante das condições mínimas de sobrevivência, o indivíduo marginalizado pelo Estado e pela sociedade não poderia ter um comportamento diferente do criminoso.

Esta última hipótese não merece prosperar, pois instigaria a prática criminoso em decorrência da certeza de imputabilidade por aqueles que se encontram em situação de miséria.

Ademais, para que a coculpabilidade pudesse afastar por completo a culpabilidade do agente, seria necessário que este se encontrasse em uma condição socioeconômica deplorável e em estado avançado de miséria, de modo que não tivesse como agir de outro modo. Nestes casos em que a miserabilidade impede a autodeterminação do agente, se afastaria na realidade a própria tipicidade da conduta, como no caso de furto famélico, sendo desnecessário qualquer juízo de valoração sobre a culpabilidade do agente.

109

¹⁰⁹ ALVES, Alessandro Mourão. **O princípio da co-culpabilidade como atenuante genérica no direito penal brasileiro**. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2262/1/Alessandro%20Mouro%20Alves.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

Uma quinta hipótese não vislumbrada por Grégoire Moura, seria a inserção da coculpabilidade como causa de diminuição de pena especial. Neste caso, o legislador poderia considerar a coculpabilidade para abrandar a pena de delitos específicos, limitando àqueles contra o patrimônio ou a Administração Pública, ou ainda, apenas aqueles delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, como nos casos de furto e estelionato.

CONCLUSÃO

A culpabilidade é a reprovação exercida sobre uma conduta típica e antijurídica cometida por um agente que poderia ter agido de acordo com o ordenamento jurídico e assim não o fez. É, portanto, um juízo de censura feito sobre aquele que praticou um ilícito penal e compõe-se pelos elementos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Este juízo de censura deve ser realizado de maneira individualizada, considerando as condições pessoais e sociais de cada indivíduo e o caso concreto.

Neste sentido, considerando que a nossa sociedade encontra-se abarrotada por desigualdades sociais e, ainda, que o Estado não cumpre com sua função de garantidor dos direitos fundamentais de forma isonômica a todos cidadãos, é inegável que a reprovabilidade penal não pode ser feita de mesma maneira a todos aqueles que tenham praticado determinado delito.

Dessa maneira, nos casos em que agentes em condição socioeconômica desfavorável cometem crimes em razão da situação de vulnerabilidade que

se encontram, a responsabilização por sua conduta delitativa não pode ser atribuída somente a ele, devendo ser repartida indiretamente com aqueles que também o deram causa, como o Estado e a sociedade.

Neste diapasão, surge a chamada coculpabilidade, a qual significa reconhecer a parcela de culpa do Estado e da sociedade na prática de certos delitos praticados por indivíduos que se encontram em situação de miserabilidade e que não possuem acesso a direitos fundamentais básicos como saúde, educação, alimentação e moradia, de forma que o meio social e a condição econômica em que estão inseridos tenham influenciado para seu direcionamento à criminalidade.

Assim, o Estado e a sociedade ao não proporcionarem oportunidades mínimas de sobrevivência a estes cidadãos, deverão arcar com parte da reprovabilidade penal do delito cometido por eles.

A coculpabilidade, embora defendida por alguns doutrinadores e prevista por diversas legislações estrangeiras latino-americanas, não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. No entanto, os doutrinadores defensores deste instituto vislumbram como possível a aplicação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro através

do artigo 66 do Código Penal, que dispõe a respeito da chamada circunstância atenuante inominada, que é aquela circunstância não prevista em lei, de grande relevância e anterior ao crime, que tenha influenciado no cometimento deste e que possui o condão de atenuar a pena cominada ao agente.

Destarte, aqueles que tenham cometido um ilícito penal em decorrência de sua hipossuficiência socioeconômica, poderão ter sua sanção abrandada caso esta circunstância, desde que demonstrada concretamente, tenha influenciado na prática delitiva.

A doutrina vislumbra, ainda, algumas hipóteses em que a coculpabilidade poderia ser positivada em nosso ordenamento, sendo elas: como circunstância judicial prevista pelo artigo 59 do Código Penal, como atenuante genérica prevista pelo artigo 65 do Código Penal, como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal em seu artigo 29 e como excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Apesar da possibilidade de aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante inominada, além das hipóteses de sua inserção no Código Penal, a jurisprudência atual não discute de forma aprofundada o tema, negando na grande maioria sua aplicação sob os argumentos de que a

condição social de um indivíduo não pode justificar a criminalidade, além da difícil comprovação de miserabilidade dos agentes nestes casos. Contudo, em raras decisões os tribunais tem aceitado a coculpabilidade como forma de atenuar a reprimenda penal atribuída ao agente delitivo.

Todavia, ressalta-se que o reconhecimento da coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico se faz de extrema necessidade, visto ser irrefutável que Estado e a sociedade não proporcionam a todos direitos e oportunidades igualitárias, de forma que não se pode exigir a mesma conduta de todos frente às adversidades da vida em sociedade.

Assim, a coculpabilidade demonstra ser imprescindível para a efetivação de um Direito Penal racional e garantidor da justiça, além de coadunar com os princípios constitucionais basilares da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da individualização da pena.

Vale lembrar que não se busca banalizar a aplicação da coculpabilidade, para não se instigar o aumento da criminalidade, invertendo os papéis na relação jurídica e tornando o criminoso vítima, e o Estado e a sociedade criminosos.

O presente trabalho se limita à compreensão da coculpabilidade como forma de adequar o contexto

jurídico brasileiro à sua realidade social, reconhecendo a parcela de responsabilidade do Estado na prática de determinados crimes, diante da falta de prestação de assistências materiais e sociais, bem como a possibilidade de sua positivação e aplicação no ordenamento jurídico penal.

Outrossim, a coculpabilidade é ainda um tema pouco estudado, sendo necessário o estudo através desta monografia como forma de fomentar e avançar as discussões sobre o assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alessandro Mourão. **O princípio da culpabilidade como atenuante genérica no direito penal brasileiro.** Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2262/1/Alessandro%20Mourao%20Alves.pdf>.

ARGENTINA. **Lei 11.179 de 29 de outubro de 1921.** Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

BOLÍVIA. **Decreto Ley nº 10.426 de 23 de agosto de 1972.** Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm.

BRASIL. Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm.

BRASIL. Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3473/2000, de 27 de setembro de 2001. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLOMBIA. Lei nº 599 de 24 de julho de 2000. Disponível em

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf. Acesso em 02 de setembro de 2015.

COSTA RICA. Lei nº 4573 de 04 de março de 1970. Disponível em

<http://www.cendeiss.sa.cr/etica/codpenal.pdf>.

Acesso em 30 de agosto de 2015.

COSTA RICA. Projecto Del Código Penal de Costa Rica de 14 de abril de 1998. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_21.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

CRUZ, Camila Alves da Cruz. A co-culpabilidade do Estado como atenuante genérica. Disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj034502.pdf>.

EQUADOR. Código Penal Ecuador de 22 de janeiro de 1971. Disponível em <http://www.cepal.org/oig/doc/ecuart5511codigopenal.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. Erro de tipo e erro de proibição. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal: parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARAT, Jean-Paul. Plano de Legislação Criminal. Ed. Quartier Latin, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Culpabilidade no Direito Penal**. Editora D'Plácido, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARAGUAI. **Lei nº 1.160 de 1987**. Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

PERU. **Código Penal Del Peru de 13 de dezembro de 1991**. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_75.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teorias do erro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROZÁRIO, Charles Francisco. **A teoria da culpabilidade como causa de atenuação genérica**

da pena. Uma análise do art. 66 do Código Penal brasileiro à luz da Hermenêutica Criminológica e do Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17315>.

TJMG. Ap. Criminal nº 1.0024.14.278833-0/001. Rel. Des. Alberto Deodato Neto. DJU de 22/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>.

TJMG. Ap. Criminal nº 1.0704.14.003853-7/001. Rel. Des. Renato Martins Jacob. DJU de 14/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>.

TJMG. Ap. Criminal nº 1.0443.04.020081-0/002. Rel. Des. Flávio Leite. DJU de 22/09/2015. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>.

TJMT. Ap. Criminal nº 13231/2014. Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza. DJU 08/09/2015. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br>.

TJMT. Ap. Criminal nº 13231/2014. Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza. DJU 08/09/2015. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br>.

TJSP. Ap. Criminal nº 0003486-18.2014.8.26.0126. Rel. Des. Laerte Marrone. DJU de 22/06/2015. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>.

TJRS. Embargos Infringentes nº 70000792358. Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo. DJU 28/04/2000. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

TJRS. **Ap. Criminal nº 70013886742**. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. DJU 20/04/2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.