

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30089-a-co-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro-the-co-culpability-in-the-brazilian-penal-law>

Autori: Mário Ângelo de Oliveira Júnior, Hárrisson Fernandes dos Santos

A co-culpabilidade no direito penal brasileiro the co-culpability in the brazilian penal law

A CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO THE CO-CULPABILITY IN THE BRAZILIAN PENAL LAW

Mário Ângelo de Oliveira Júnior.¹
Hárrisson Fernandes dos Santos.²

Sumário: 1. Introdução 2. O Desenvolvimento da Ciência Jurídica e O Direito Penal 3. Princípios norteadores da co-culpabilidade 3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 3.2 Princípio da Igualdade 3.3 Princípio da Individualização da pena 4. Teoria do Delito 5. Culpabilidade como elemento do delito 6. Culpabilidade e Co-culpabilidade 7. Da Co-culpabilidade 7.1 Origem do Princípio da Co-culpabilidade 7.2 Co-culpabilidade como princípio implícito 7.3 Co-culpabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 7.4 Co-culpabilidade no Direito Comparado 8. Conclusão. Referências.

Resumo: Neste estudo pretende-se demonstrar a possibilidade de inserção do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico Brasileiro, a partir de uma análise das questões sócio-econômicas e culturais de uma sociedade e se estes devem ser considerados no momento da aplicação da pena de um indivíduo socialmente desigual que comete um delito, atribuindo ao Estado uma parcela de culpa pela falta de garantia do “mínimo existencial”.

Palavras chave: Dignidade; Pessoa Humana; Mínimo existencial; Culpabilidade; Co-culpabilidade.

Abstract: This study aims to demonstrate the possibility of inclusion of the principle of co-culpability in the Brazilian legal system, from an analysis of the socio-economic and cultural needs of a society and whether these should be considered when applying the penalty of a individual socially unequal to comment on a crime, giving the state a share of blame for the lack of guarantee of the "basic standard of living."

Keywords: Dignity; Human Person, Minimum existential; Culpability, co-culpability.

1. INTRODUÇÃO

O homem testemunhou ao longo de sua evolução, significativas e grandiosas transformações, ligadas a inúmeros avanços tecnológicos; científicos e culturais, sendo

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

² Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

protagonista de uma história marcada por vitórias e conquistas, mas também por dissabores e derrotas.

Não se pode esquecer que, no decorrer dos tempos, o homem sofreu discriminações, foi vítima de atos abomináveis, de crimes repugnantes, movidos por interesses egoístas e, ainda assim, foi capaz de reagir a tais barbáries, gravando sua essência nessa amarga, mas ainda assim, tão bela história.

Essa evolução da sociedade, que atravessou momentos caóticos, corresponde a um amadurecimento do ser humano e, conseqüentemente, da ordem jurídica. Talvez seja esta a razão de os ordenamentos jurídicos demonstrarem tamanha preocupação em proteger a pessoa humana.

Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira reza como fundamento essencial na proteção de todos os indivíduos, a garantia por parte do Estado da Dignidade da Pessoa Humana. Ou seja, a garantia de condições mínimas existenciais para que todo e qualquer ser humano tenha uma vida digna evitando, desta maneira, possíveis direcionamentos ilícitos de conduta.

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como direito fundamental, juntamente com a culpabilidade, o terceiro elemento da teoria do delito, será o norteador do princípio da co-culpabilidade. Sendo, para tanto, designando ao Estado uma co-responsabilidade nos delitos praticados por pessoas desprovidas de mínimas condições existenciais.

Para isto, necessário se faz tecer inicialmente, algumas considerações acerca dos princípios norteadores da co-culpabilidade, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, igualdade, e individualização da pena, bem como da culpabilidade como elemento da teoria do delito.

É bem certo, que a adoção do princípio da co-culpabilidade como fundamento da República Federativa do Brasil impõe uma releitura do ordenamento jurídico, reclamando uma nova definição de importantes institutos constitucionais, inclusive os relacionados aos direitos e garantias fundamentais.

2. O DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA JURÍDICA E O DIREITO PENAL

A existência do homem está diretamente relacionada à sua capacidade e necessidade de socializar-se. Exigindo, portanto o estabelecimento de determinadas normas de convívio, num primeiro momento, percebe-se uma estrita concepção de norma em sentido

genérico e amplo. Saindo do aspecto estritamente costumeiro, a sociedade exige um conjunto de normas reguladoras e disciplinadoras, em que serão estabelecidos de forma concreta, deveres e obrigações aos cidadãos nela inseridos.

Compreendido como um fato social, uma ação social ou ainda, fenômeno social observa-se o surgimento do direito. Para Reale, “o direito é o conjunto de regras que visam garantir a convivência dos homens em uma sociedade”³. O posterior desenvolvimento da idéia e concepção de direito, possibilitou o surgimento de um conjunto de normas formal e materialmente elaboradas consubstanciando a essência do ordenamento jurídico de maneira ampla.

Desta forma, de maneira sucinta, a ciência jurídica tutela comportamentos humanos, garantindo a eficaz existência, e observância, de regras de comportamento para manter a convivência social.

Conforme a divisão clássica do direito em direito público e privado, o Direito Penal, ramo jurídico integrante do primeiro, obteve esta denominação no direito brasileiro em 1890 com o Código Penal da República.

Ao relacionar cada ramo da ciência jurídica com determinadas matérias constitucionalmente previstas Mirabete define direito penal como:

a reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal.⁴

Sendo assim, em um Estado Democrático de direito, previsto no preâmbulo da Lei Maior, o legislador seleciona bens de suma importância para a vida social, tanto bens individuais quanto coletivos. A definição de bem jurídico, doutrinariamente demonstra destacável divergência. Na linha do entendimento de Roxin entende que bens jurídicos são:

pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, vida, integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece.⁵

Tendo precipuamente, a função de tutelar os bens jurídicos de grande relevância para existência harmônica de uma sociedade, o direito penal está inserido no controle social exercido pelo Estado. Sendo este, realizado normativamente, e orientados por princípios basilares de uma sociedade democrática.

³ REALI, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral** – Arts. 1º a 120 do Código Penal. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 45.

⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vegas, 1998. p. 25.

O Direito Penal moderno assenta em determinados princípios fundamentais, característicos do Estado Democrático de Direito. De maneira singela pode conceituar princípios como sendo as diretrizes que orientam uma ciência, dando subsídios e bases para aplicação de suas normas e preceitos fundamentais. Nesse aspecto, destacam-se alguns princípios norteadores da concepção de co-culpabilidade, que será ulteriormente trabalhada, são eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da individualização da pena.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CO-CULPABILIDADE

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

As bases e os pilares, de qualquer Estado Soberano são construídas e solidificadas a partir de seus fundamentos constitucionais, expressa ou implicitamente, estabelecidos em sua Carta Magna. Assim o faz o legislador ordinário, ao positivizar no artigo 1º do referido texto maior, os fundamentos da República Federativa do Brasil.

O inciso III do artigo supracitado apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana. Valor inerente à pessoa, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um direito primogênito de cada indivíduo, é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional.

Este direito está intimamente ligado a todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no texto constitucional, são garantias mínimas de existência, pretensões essenciais à vida humana. Para ser digno, primeiramente o indivíduo tem que estar inserido na sociedade em que o próprio se faz presente, em seguida ter condições que garantam um desenvolvimento pleno e digno, com perspectivas e oportunidade de desenvolvimento. A dignidade deve ser apontada como

um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁶

Alicerces do sistema jurídico brasileiro, o princípio supracitado, influenciará e, conseqüentemente norteará o desenvolvimento de uma nova concepção da atividade e do

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais - teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

exercício punitivo realizado pelo Estado. A sábia compreensão, relacionada diretamente às reais aplicações dos preceitos apresentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrar-se-á um importante elemento integrante da análise das condutas individuais e coletivas no que tange à ciência penal.

3.2 Princípio da Igualdade

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal, trás à baila o princípio da igualdade, caracterizada por ser uma igualdade jurídica, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

De forma majoritária, é defendido pelos teóricos, que a igualdade buscada pelos operadores da ciência jurídica, e de forma implícita contida no texto constitucional é a igualdade material. A distinção entre igualdade formal e igualdade material é fator essencial aos operadores do direito. A primeira é estabelecida expressamente em norma jurídica positivada em determinado diploma, estabelecendo tratamento isonômico entre todos os indivíduos. Todavia, fica adstrito a uma leitura e interpretação restritiva do texto legal. Na igualdade material exige-se uma análise da condição social, econômica, cultural e política dos indivíduos tutelados por uma determinada norma. Não se realiza uma análise acrítica e superficial do texto legalmente vigente. É uma igualdade de tratamento, de acesso a preceitos fundamentais para o desenvolvimento humano, em sua amplitude existencial.

A compreensão de ambos os princípios será de suma importância na construção do princípio da co-culpabilidade. Para tanto, essencial será, tratar, num momento posterior, a concepção embrionária do conceito de culpabilidade diretamente relacionada à teoria do delito.

3.3 Princípio da Individualização da Pena

Princípio constitucional previsto no artigo 5º inciso XLVI da Carta Magna o princípio da individualização da pena, como observado em manifestação do Superior Tribunal de Justiça significa “que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da

vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito”.⁷

Assim, para Nucci a individualização da pena significa

que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinqüente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.⁸

Anterior à caracterização da pena ideal a pratica cometida, vale ressaltar que também na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Então em um primeiro momento verifica-se a existência da ação criminosa do agente, e qual a sanção previamente estabelecida em lei. Detectado o crime, inicia-se análise própria do caso em tela, no enfoque de direcionar uma sanção correspondente à ação, ou seja, a individualização da pena, que vai ocorrer em três momentos.

Primeira fase é da cominação, uma previsão em abstrato determinada em lei, a correlação da consequência direta pela infração penal estipulando um mínimo e o máximo da pena a ser aplicada. A pena-base será aplicada de acordo com o critério trifásico do artigo 68 do Código Penal. Nesse momento serão analisados os seguintes aspectos: as circunstâncias judiciais; as circunstâncias atenuantes e agravantes; e as causas de diminuição e de aumento de pena.

Na segunda fase analisa-se a existência das circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas no artigo 61 e 65 do diploma repressivo. Será de competência do julgador analisar o fato aplicando a pena entendida como ideal na reprovação da conduta.

Por fim, o terceiro momento trata da observação das causas de diminuição e de aumento de pena. São encontradas na parte geral e especial do Código Penal, caracterizando pelo o aumento ou diminuição da metade ou de um terço, por exemplo. Observa-se, segundo o princípio da co-culpabilidade, a possível redução da pena do agente infrator ao se caminhar por estas três fases, destacando-se a segunda, como forma de atenuante da conduta praticada.

4. TEORIA DO DELITO

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6a Turma. Resp. n. 151.837/98. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Votação não unânime. Diário da Justiça 28.05.98.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal : parte geral e especial**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

O código penal brasileiro não estabelece um conceito de crime, sendo tarefa dos operadores da ciência jurídica definir e esclarecer o conceito de crime e suas consequências. A ciência jurídica ao construir os preceitos fundamentais para compreensão deste conceito, uma vez que, o legislador não o fez, desenvolve a denominada teoria do delito.

Norteados pela teoria do delito e pela doutrina majoritária, o crime é compreendido, segundo seu aspecto analítico, como o fato típico, ilícito e culpável. Por sua vez, para visão finalista o fato típico é composto de alguns elementos, são eles: conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva); resultado; nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado) e tipicidade, formal e conglobante.

A ilicitude expressa a incompatibilidade existente entre a conduta do agente e as normas estabelecidas no diploma penalista. Sinônimo de ilicitude, a antijuridicidade pode ser afastada por algumas causas excludentes da mesma, como previsto no artigo 23 do Código de Penal, são elas: estado de necessidade; legítima defesa; em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Terceiro elemento do crime, a culpabilidade “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”⁹. A análise da culpabilidade deve orientar-se por seus elementos essenciais. O primeiro elemento é a imputabilidade – capacidade de entendimento e desejo do agente ao praticar a conduta, isto é, possibilidade de imputar o fato típico e ilícito ao agente. Importante se faz a visualização da imputabilidade integrada por dois elementos

um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico.¹⁰

O segundo elemento integrante é a potencial consciência de ilicitude, sendo a possibilidade de conhecimento, por parte do agente, do caráter ilegal de sua conduta. Destaca-se, para tanto, que se trata de um caráter potencial de conhecimento, e não concretização plena do conhecimento do ilícito praticado pelo agente. Por fim, o terceiro e último elemento integrante é a exigibilidade de conduta diversa, caracterizada pela possibilidade do sujeito ativo realizar uma conduta diversa do ilícito praticado.

⁹ GREGO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 381.

¹⁰ SANZO BRODT, Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 46.

A co-culpabilidade está relacionada com o terceiro elemento da teoria do delito - a culpabilidade – reprovação de uma conduta, que segundo Eugênio Raul Zafaronni, tem que se dar na proteção do indivíduo, uma vez que para ele o direito penal não é um direito excludente, ao contrário é um direito social que existe para proteger o indivíduo.

Portanto, a culpabilidade, elemento integrante do conceito analítico de crime será o elemento norteador do princípio da co-culpabilidade. Antes de explorar esta relação diretamente existente, exigência se faz tecer importantes comentários referentes ao surgimento do princípio da co-culpabilidade.

5. CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO DELITO

Essencialmente, reconhecida como a reprovabilidade de uma determinada conduta, a culpabilidade na concepção analítica, integra a teoria do crime como elemento necessário e norteador da construção da co-culpabilidade. É de suma importância aprofundar no estudo deste elemento para melhor compreender a aplicação do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico.

A construção e o desenvolvimento da culpabilidade, na doutrina penalista baseia-se em algumas teorias. De maneira cronológica surge, inicialmente, a teoria psicológica da culpabilidade, na qual a culpabilidade representava o vínculo existente entre o agente e a prática de seu ato, fruto de dolo ou culpa. Característica das teorias causalistas, para a teoria psicológica o crime é constituído de dois elementos, um objetivo – integrada pela tipicidade e antijuridicidade - e outro subjetivo – integrada pela culpabilidade.

Compartilhando-se da mesma concepção de se analisar o dolo e culpa no elemento culpabilidade, é a teoria psicológico-normativa, uma vez que, além de considerar o elemento psicológico acrescenta o elemento normativo – exigibilidade de conduta diversa. Segundo a citada teoria, a culpabilidade é formada por três requisitos, são eles: a imputabilidade; o dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa. Sendo os dois primeiros requisitos subjetivos e o terceiro objetivo.

O mestre alemão, Hanz Welzel ao construir e desenvolver sua concepção finalista de crime apresenta a teoria normativa pura da culpabilidade. Observa-se o deslocamento do dolo e da culpa do aspecto subjetivo para o objetivo. De acordo com esta teoria os requisitos da culpabilidade são: a imputabilidade; a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Deverá o magistrado analisar todos estes requisitos, para concretizar o juízo de reprovação do delito realizado.

Acreditando que o dolo e a culpa apresentavam dupla função dentro da teoria do delito, a teoria complexa da culpabilidade defende que os elementos subjetivos – dolo e culpa – fazem parte da tipicidade e conjuntamente valorados no âmbito da culpabilidade. Por apresentar este caráter duplo a referida teoria sofreu significativas críticas.

Criada por Roxin a teoria da responsabilidade normativa concebe a culpabilidade como integrante do conceito de responsabilidade penal. Para este grande penalista, o injusto penal é constituído de tipicidade e de antijuridicidade, e a responsabilidade penal engloba a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena.

A real compreensão destas teorias demonstram uma importante necessidade, e exigência para os aplicadores do direito, pois ao se adotar, legalmente, uma das referidas teorias observar-se-á qual o juízo de reprovação pessoal, realizado pelo magistrado ao agente infrator.

Gomes acredita que a teoria normativa pura da culpabilidade apresenta-se como a que melhor se coaduna como a real necessidade ao se analisar a aplicabilidade da culpabilidade, pois “encara a culpabilidade como puro juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato punível que podia comporta-se de maneira diferente, conforme o Direito, e não se comportou”.¹¹

Como tratado anteriormente, os princípios constitucionais servem de fundamentação e caminho a ser traçado pelos pesquisadores e aplicadores da ciência jurídica. Desta forma, observando o conceito material de culpabilidade Prado entende que “deve ser coerente como conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de autodeterminação segundo critérios normativos.”¹²

6. CULPABILIDADE E CO-CULPABILIDADE

Adotada, majoritariamente pela doutrina nacional e conforme apresentado no Código Penal no artigo 29, a análise da culpabilidade será essencial, para não dizer imprescindível, para o desenvolvimento do co-culpabilidade.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – parte geral culpabilidade e teoria da pena**, v.7. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2005. p. 15.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 375.

A culpabilidade, conforme a teoria mais abastada é composta pelos seguintes elementos normativos: imputabilidade; potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Como outrora apresentado, a imputabilidade consiste basicamente, na responsabilidade do agente pelo fato típico e ilícito por ele praticado, isto é, a possibilidade de se atribuir o delito realizado a um agente imputável, com capacidade de entender e desejar o fato praticado.

O Código Penal elenca certas possibilidades que conduziram à imputabilidade do agente, conforme determina o seguinte artigo, *in verbis*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme expresso no citado artigo o legislador adotou o critério biopsicológico, isto é, para ser considerado inimputável deverá o agente ser considerado pelo critério biológico – confirmação de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado – e conjuntamente pelo critério psicológico – no tempo da ação ou da omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Confirmado a ocorrência da referida inimputabilidade deverá o agente ser absolvido, à luz do inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal, uma vez que, neste caso aplicar-se-á medida de segurança.

Outra forma do agente ser considerado inimputável é pela imaturidade natural. Nesta circunstância o legislador adotou apenas o critério biológico, entendendo que os menores de dezoito anos não gozam de plena capacidade – entendimento e discernimento, que os responsabilizem pela prática de um fato típico e ilícito. Objetivando a harmonia normativa hierárquica o artigo 228 da Constituição Federal e o artigo 27 do Código Penal reconhecem a imputabilidade para os menores de dezoito anos, sujeitos as normas estabelecidas na legislação especial.

Pelo exposto, importante se faz, para evitar futuros equívocos, analisarmos se a co-culpabilidade pode ser entendida como uma forma de inimputabilidade do agente. Pois, a realidade socioeconômica de um país com marcantes desigualdades, poderá ocasionar uma possível, mas nem sempre presente, relação existente entre indivíduos desprovidos de mínimas condições existências e possuidores de certas debilidades mentais e físicas. Podendo ser, em algumas hipóteses, a segunda, fruto da primeira. Mesmo havendo certa ligação entre ambas, não se assemelham. Todavia, pelas circunstâncias taxativamente apresentadas, obtém-

se uma resposta negativa, a inimizabilidade não é elemento configurador da co-culpabilidade.

Outro elemento constituinte da culpabilidade em seu aspecto finalístico, é a potencial consciência sobre a ilicitude do fato. Sobre o tema Bitencourt acredita que

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 anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta.¹³

A falta de conhecimento sobre a ilicitude do fato é distinta do desconhecimento da lei, que é inescusável. A falta de conhecimento sobre a ilicitude, reconhecida no Código Penal, apresenta-se como espécies de erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição, que em determinadas hipóteses isenta o agente de pena. O erro de proibição é erro do agente que recai sobre a ilicitude do fato, sendo este gênero, das seguintes espécies: direto, indireto e mandamental.

A ocorrência de umas das modalidades de erro de proibição são passíveis de relacionarem-se com singulares condições sociais, econômicas e culturais do agente, características da co-culpabilidade. Mas ser incisivo em realizar tal afirmação poderá acarretar indevidas conclusões, visto que, uma não depende obrigatoriamente de sua precedente.

O terceiro momento do juízo de reprovação referente à conduta realizada pelo agente, integrador da culpabilidade é o exame das circunstâncias que influenciaram ou determinaram a conduta do agente – exigibilidade de conduta diversa, sendo necessário num primeiro momento, a constatação da presença de causas excludentes da culpabilidade. As causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta são: coação irresistível, obediência hierárquica e causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

Em casos de coação irresistível, por exemplo, não seria possível empregar a tese da co-culpabilidade, visto que, neste tipo de coação exige-se um coator concreto – um indivíduo determinado – que tolhe a liberdade de atuação do agente (coagido), e não uma influência do meio social, direta e indiretamente existente.

Baseado no artigo 66 do Código Penal, que dispõe que em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, a pena poderá ser atenuada, Gomes acredita que a co-culpabilidade no caso de uma coação

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 326-327.

irresistível poderia “ser invocada como causa de diminuição de pena” ¹⁴ e não como excludente de culpabilidade.

Neste sentido a co-culpabilidade não é nada mais que um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana dentro da culpabilidade, dentro da análise da reprovação social da conduta de alguém. É a junção de um preceito constitucional, um princípio que fundamenta todo o sistema jurídico e um dos elementos da teoria do delito.

7. DA CO-CULPABILIDADE

7.1 Origem Histórica do Princípio da Co-culpabilidade

O cientista jurídico, como constante pesquisador e estudioso do Direito não ficará limitado e estagnado, exclusivamente em normas positivadas. Para isto, a concretização do princípio da igualdade material será consubstanciada através de preceitos sociais e econômicos que desaguarão no surgimento do princípio da co-culpabilidade. Embrionariamente, o referido princípio, demonstrar-se-á, entre os operadores da ciência jurídica, uma grande divergência legal e teórica, entre seu conceito e sua admissibilidade no âmbito penal.

Os doutrinadores que defendem a importância do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico o definem, como uma co-responsabilidade do Estado mediante crimes cometidos por agentes considerados miseráveis a partir do momento que a eles não são garantidas as condições mínimas de existência, ou seja, a sociedade em geral dividirá a responsabilidade com agente infrator pela prática criminosa. Para Zafaronni e Pierangeli

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. ¹⁵

O princípio da co-culpabilidade está diretamente relacionado às constantes críticas ao absolutismo e às políticas por este regime implementadas, culminado com o surgimento

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 40.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**, 5ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 580.

dos ideais iluministas, defensores de um Estado menos intervencionista nas relações comerciais. Os liberais, como eram conhecidos os teóricos contrários ao absolutismo, ao defenderem o livre mercado não observaram, de maneira sábia, a relação existente entre as relações comerciais e os aspectos sócio-políticos de uma sociedade, uma vez que, isto, possibilitou o desenvolvimento de decisivas críticas à omissão estatal, frente a condições basilares de existência da população por ele tutelada.

Campo fértil para a concretização dos ideais socialistas defendidos por teóricos como Marx, a sociedade moderna era formada, majoritariamente por miseráveis a mercê das práticas liberais, sendo o direito um instrumento utilizado erroneamente pelos proprietários dos meios de produção, intensificando a exploração da atividade laboral. Desta forma, Moura defende que o

Direito Penal socialista busca não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, propondo uma análise do direito como produto das condições econômicas de um país. Visto por esse ângulo, a co-culpabilidade surgiu no direito socialista, pois não é nada mais do que o reconhecimento da igualdade material, por meio da co-responsabilização indireta do Estado Iluminista em não criar oportunidades iguais de inclusão social aos seus cidadãos em virtude da sua inadimplência.¹⁶

Sendo assim, caberia ao Estado, titular do poder soberano, reconhecer sua parcela de responsabilidade perante as subsistentes formas de sobrevivência vivenciadas por seus membros. As práticas estatais ao apoiar a situação supracitada acarretaria a ele co-responsabilidade por infrações penais efetuadas, uma vez que, estas em algumas circunstâncias são frutos das condições existenciais de seus membros.

A burguesia, neste contexto, como é característico da manipulação legal realizada por classes dominantes, utilizou estes ideais de maneira favorável ao cumprimento de penas a estes indivíduos (os burgueses) imputadas.

Esta interpretação possibilitou a utilização da co-culpabilidade às avessas, ou seja, sendo aplicada em favor das classes dominantes, quando se utilizava o critério das chamadas “condições sociais” na aplicação da pena. Esse critério tinha como objetivo aplicar penas mais brandas aos detentores de melhores condições sociais, isto é, deixavam as penas de multa para os abastados e penas de prisão para as pessoas de classe baixa, o qual não retrata o objetivo no reconhecimento da co-culpabilidade no Direito Penal, já que sua finalidade é justamente o caminho oposto.

7.2. Co-culpabilidade como Princípio Implícito

¹⁶ MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus. 2006. p. 43.

Sendo um tema pouco explorado pela ciência jurídica, devido seu caráter questionador referente a real função estatal frente a temas que questionam todo o sistema penalista, o princípio da co-culpabilidade consiste, essencialmente na reprovação da conduta do agente analisada e ponderada de acordo com a realidade em que vive. Podendo ser compreendida como uma forma atenuante genérica tratada pelo Código Penal no artigo 66, haja vista que esse indivíduo não pode responder por um ato que a própria vida e até a sociedade o induziu.

Destaque nacional como doutrinador vanguardista do princípio da co-culpabilidade, Grégore Moura, o define como:

um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.¹⁷

Na busca de um direito mais “justo” além das leis, tem-se como fonte os princípios constitucionais, que são normas gerais mais abstratas, que influem de certa maneira na interpretação até mesmo das próprias normas magnas, os quais conseguem fazer uma análise mais próxima da realidade, trazendo certa consonância ao sistema jurídico.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil promulgada em 05/10/1988 segundo as classificações constitucionais existentes é uma constituição escrita, analítica, dogmática, formal e rígida. Devido a estas características, necessário se faz, a clara observância de procedimentos, matérias e princípios, para compreensão do sistema jurídico nacional concorrentemente no que tange a elaboração de leis.

A Carta Magna nacional apresenta em seu corpo textual, princípios explícitos, positivados e estabelecidos em determinada norma, e os princípios implícitos, que são aqueles existentes independentemente de positivação expressa, são frutos de elaboração doutrinária e jurisprudencial, baseado nos princípios basilares e gerais característicos de um Estado Democrático de direito. Sendo assim, o ordenamento jurídico buscará precipuamente, a partir da instrumentalização da lei, a concretização dos fundamentos da República Federativa do Brasil, destacando a dignidade da pessoa humana, sendo esta razão para existência do próprio Estado soberano.

O presente ensaio ao apresentar a terminologia co-culpabilidade, como os principais estudiosos do tema, desejam defender a parcela participativa, para não dizer

¹⁷ MOURA, Grégore. op. cit.p.36-37.

contributiva, direta ou indiretamente, do Estado, perante as infrações realizadas por determinados indivíduos. Complementando o prefixo “co” que significa em comum, junto

ao termo culpabilidade significa que o Estado, em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve proporcionar aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influência na conduta delitiva, menor reprovabilidade.¹⁸

Pelo exposto, o princípio da co-culpabilidade mesmo não apresentado de forma expressa em textos legais, deverá ser compreendido e estudado como norteador, para a aplicação de possíveis penas, imputadas a estes indivíduos marginalizados e esquecidos pela sociedade.

7.3. Co – culpabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Pelo apresentado, a concepção de co-culpabilidade como ainda não foi inserida expressamente no ordenamento jurídico, para ser considerada, por um magistrado ao realizar o juízo de reprovação e conseqüentemente, aplicação da pena devida, deverá ser observado, conforme alguns teóricos, em determinadas ocasiões.

O artigo 66 do Código Penal Brasileiro ao nos apontar as possíveis circunstâncias atenuantes da pena é utilizado por Grego como marco embrionário. Para o autor a aplicação da co-culpabilidade realizar-se-á no computo da pena, e não como uma das causas excludente de culpabilidade, uma vez que, “a divisão de responsabilidade entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida.”¹⁹

Em contra partida Gomes, como mencionado anteriormente, acredita que quanto à co-culpabilidade, deverá ser observado, para sua respectiva aplicação, dois artigos do diploma penalista, o artigo 59 e artigo 66 do Código Penal. Importante ressaltar que, ambos os artigos relacionam-se à aplicação da pena, não podendo falar em excludentes de culpabilidade e conseqüentemente a descaracterização do crime, o Juiz ao analisar as condições sociais do réu, tem a possibilidade de reduzir a pena em conseqüência do não acesso às condições mínimas de existência, o que não significa em deixar de aplicar a sanção adequada.

Reale Junior, propõe, através de projeto elaborado por uma comissão de jurista presidida pelo mesmo, uma significativa alteração do artigo 59 do código penal, relacionado, essencialmente ao sistema de penas do diploma punitivo. A modificação proposta tem como

¹⁸ MOURA, Grégore. op. cit. p.39.

¹⁹ GREGO, Rogério. op. cit. p.381.

principal fundamento acrescentar, no referido dispositivo normativo, “as circunstâncias relativas às oportunidades sociais oferecidas ao réu.”²⁰ Consubstanciando o citado projeto seria o primeiro dispositivo legal que abordaria de maneira expressa o tema ora tratado.

Como principal teórico nacional sobre a matéria em tela Moura em obra específica, acredita que a concepção de co-culpabilidade não deve limitar apenas aos artigos 59 - como circunstância judicial - e como atenuante genérica - prevista no artigo 65. Deve também ser considerado “como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral, sendo um parágrafo do artigo 29 e como causa de exclusão da culpabilidade prevista no artigo 29 do Código Penal.”²¹

Dentre as outras hipóteses defendidas por Moura, o caráter extremamente renovador de ambas, está diretamente relacionado aos seus respectivos conteúdos. No primeiro caso o autor defende a inserção de um parágrafo único no artigo 29 que ao observar as precárias condições culturais, econômicas e sociais do agente infrator, acarretaria a diminuição da pena estabelecida, necessitando de correlação entre sua condição existencial e o delito consubstanciado.

A última proposta apresentada pelo autor consiste na exclusão da culpabilidade em razão da existência de co-culpabilidade

visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótica, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que o comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência exclusiva da inadimplência do Estado.²²

A exclusão da culpabilidade, como elemento integrante do crime, o extingiria, uma vez que, o crime é necessariamente um fato típico, ilícito e culpável.

Além de abordagens doutrinárias ora mencionadas, já existem julgados no Supremo Tribunal Federal, relacionados ao tema e que responsabiliza o Estado, mediante omissão da garantia de preceitos que são protegidos pelo texto constitucional o que compromete a integridade e eficácia da própria Constituição.

O ilustre Ministro Celso de Mello, corroborando com o princípio em tela defendido, apresenta que

a omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se

²⁰ REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 85.

²¹ MOURA, Grégore. op. cit. p.93.

²² Ibid. p.95.

fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.²³

A garantia do mínimo existencial a cada indivíduo de uma sociedade sem qualquer distinção de natureza, nada mais é que a concretização do princípio geral tutelado pela Constituição Federal do Brasil, que versa sob a dignidade da pessoa humana, diversos direitos e deveres fundamentais para uma vida digna e saudável.

Existem preceitos básicos como a saúde, alimentação, educação, moradia, que uma vez privados ocasionam danos irreparáveis à dignidade da pessoa humana, neste diapasão ressalta-se a importância da intervenção estatal. Em síntese, o princípio da co-culpabilidade prega a importância de se analisar as condições sociais do indivíduo que praticou o delito. Considerando-se as oportunidades sociais oferecidas a este indivíduo.

Sustenta Greco que:

a teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.²⁴

Desta forma, ao analisar a responsabilidade social de específicas condutas praticadas pelo agente delituoso, deve-se fazer uma interpretação voltada para a sociedade em que o mesmo está inserido. Desta maneira, a co-culpabilidade como reprovação social da conduta, deverá se pautar em uma análise fática da situação sócioeconômica e cultural do agente causador do ilícito.

7. CONCLUSÃO

A co-culpabilidade deve ser compreendida como a co-responsabilidade do Estado em delitos praticados por indivíduos privados de garantidas básicas de existência. Primordial se faz lembrar que o ser humano, mesmo forma inconsciente, clama por mecanismos basilares de dignidade, cabendo ao Estado assegurá-los.

²³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Celso de Mello. ADPF 45/DF. Publicado em 18 de setembro de 2008..

²⁴ GREGO, Rogério. op. cit. p.425.

Portanto a co-culpabilidade é a análise do fato criminoso sob aspectos sociais, avaliando a correlação entre as questões socioeconômicas de um indivíduo e a prática de determinada conduta, ou seja, se a este indivíduo caberia a prática de outra conduta, senão a ilícita.

O objetivo essencial visado pelo legislador constituinte, ao redigir o texto constitucional vigente, fundamenta-se na busca constante de se efetivar direitos e garantias inerentes a qualquer indivíduo, conquistado ao longo da existência humana. A ausência do Estado em adimplir o disposto na Lei Suprema resulta no desmoronamento do organismo social, figurando o Estado soberano, com principal agente responsável por esta omissão.

Os teóricos defensores da aplicabilidade do princípio da co-culpabilidade no direito penal, reconhece a necessidade de certa distinção na aplicação da pena para determinados indivíduos, considerando-se, para tanto, os diversos fatores que corroboraram para a prática delituosa. Fator estes sociais, econômicos e culturais, tais como: acesso à educação; a saúde; a moradia, um núcleo familiar presente e oportunidades profissionais, dentre outras.

A reação estatal frente ao constante crescimento de práticas delituosas não deverá ser pautada em medidas mediatas e acrítica de excessiva repressão. Exige-se uma análise fática e pondera sobre o agente causador do ilícito e suas condições materiais de existência.

Os operadores da ciência jurídica devem superar a análise do direito penal sob aspecto estritamente normativo, iniciando mecanismos que possibilitam a aplicação do princípio da co-culpabilidade e os preceitos dele advindos. O ordenamento penalista deve exaltar seu real justificativo de figurar com um dos principais ramos da ciência jurídica, para tanto, deve-se garantir a proteção eficaz dos bens jurídicos elencados e defendidos no seio do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 5ªed. São Paulo: RT, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 5. ed. v.1. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais - teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte geral culpabilidade e teoria da pena**. v.7. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANZO BRODT, Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vegas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral – Arts. 1º a 120 do Código Penal**. 8ªed. 2001. São Paulo: Atlas.

REALI, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal : parte geral e especial**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Relator Ministro Celso de Mello. ADPF 45/DF. Publicado em 18 de setembro de 2008.