

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

MILTON DA PAZ ARAGÃO JÚNIOR

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA
PENAL BRASILEIRO

Biblioteca UESPI PMB
Registro Nº M1402
CDD 341.240
CUTTER A659p
V EX 01
Data 21 / 05 / 15
Visto Ato

PARNAÍBA/PI

2013

MILTON DA PAZ ARAGÃO JÚNIOR

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – *Campus* Professor Alexandre Alves de Oliveira, Curso de Bacharelado em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mariano José Martins Lopes.

PARNAÍBA/PI

2013



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA
PENAL BRASILEIRO

de

MILTON DA PAZ ARAGÃO JÚNIOR

RESULTADO: Aprovado, nota 10,0

Marcos L. Mota Es.

Orientador

Renan Albuquerque Santos

Examinador

Denis da Costa Santos

Examinador

A lei é feita para todos;
Mas só ao pobre obriga.
A lei é teia de aranha;
Em minha ignorância tentarei explicar;
Não a temam os ricos,
Nem jamais os que mandam,
Pois o bicho grande a destrói
E só aos pequeninos aprisiona.
A lei é como a chuva, nunca pode ser igual para todos:
Quem suporta se queixa;
Mas a explicação é simples;
A lei é como a faca que não fere quem a impunha.
(FIERRO *apud* MOURA, 2006, p. 5)

AGRADECIMENTOS

Ab initio, diga-se que a memória é sempre traiçoeira, motivo pelo qual peço desculpas a todos aqueles que não mencionarei diretamente nestes lhanos agradecimentos.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Milton e Marlene, pelo amor incondicional de sempre, pela dedicação e esforço que despenderam para que fosse possível a realização deste sonho.

Aos meus irmãos, Marcílio e Marília, pelo apoio e incentivo aos meus estudos.

Ao meu amor, Érica Nascimento, pelo companheirismo e carinho, com quem compartilhei momentos felizes e quem me deu forças para superar as dificuldades; acompanhando-me sempre em minha jornada.

Aos meus familiares, especialmente às minhas avós Maria do Carmo e “Mundoquinha”, e aos meus padrinhos Tia Silvana, Clemilton, e Tio João que nunca me deixaram desamparados, ofertando-me sempre seu amor.

Aos meus amigos que conquistei na Universidade, mas que foram muito mais além dela, membros do Supremo Tribunal Universitário – STU, Gilberto, Lisandro, Ricardo, Washington e Filipe Cavalcante, pela cumplicidade e pelas calorosas discussões jurídicas.

Aos amigos Conceição (Mona muito obrigado), José Paulo, Antônio Carlos, Aglaísio, Otávio Neto, Cristiano e João Paulo, pelo apoio e pelas rodas de debates filosóficos.

Aos meus companheiros de residência e amigos, com os quais suportei o fardo típico da vida de estudante forasteiro, Laurentino, Augusto César, Danilo, Filipe, Edésio Filho, Tiago, Lucas, Ederson (Dudu), e Apolo, pelo auxílio e cumplicidade imprescindíveis para a minha formação humana e profissional.

A Renan Albuquerque e Denis Santos, pela amizade e pelo substancial apoio no desenvolvimento deste estudo.

Aos meus mestres, Iara e Socorrinha (1ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba/PI), Joaquim, Jairo, Dr. Lucas e Dr. Adrian (Justiça Federal, Subseção Judiciária de Parnaíba/PI), Dr. Marcos Antônio Siqueira e Dr. Manoel Mesquita (Defensoria Pública de Parnaíba/PI), Dr. Mauro Monção (Procuradoria Geral do Município de Luís Correia/PI),

professor Msc. Roberto Cajubá (Universidade Estadual do Piauí, *Campus* de Parnaíba/PI), pela colaboração e pelo conhecimento teórico e prático transmitido.

Ao professor, coordenador e orientador Dr. Mariano José Martins Lopes, por ter compartilhado seus profundos conhecimentos no âmbito do Direito Penal, assim como ter exercido com amor e dedicação a coordenação do Curso de Bacharelado em Direito, o qual concluo.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma protagonizaram comigo esta conquista.

RESUMO

O trabalho em mãos versa sobre a (in)constitucionalidade da aplicação do princípio da coculpabilidade no Sistema Penal Brasileiro. O tema será abordado sob a ótica do Direito Constitucional Penal, buscando alicerce em textos legais, na doutrina e na jurisprudência. Parte-se, pois, da ideia de que o Estado não brinda a todos os seus cidadãos condições igualitárias de desenvolvimento pessoal, sendo inadimplente no campo social, em que a privação destas capacidades básicas retira da pessoa humana sua dignidade e a faculdade de autodeterminação. Nesse contexto, o princípio da coculpabilidade vem a orientar que o Estado arque com parcela de culpa quando o seu cidadão, por conta de sua vulnerabilidade, cometa um ilícito. Destarte, essa menor reprovabilidade da conduta do infrator gerará efeitos, mormente, na fase da dosimetria da pena, servindo, defende-se, de atenuante genérica (artigo 66 do Código Penal). Desta feita, a matéria abordada no presente trabalho monográfico contribuirá para uma discussão entre os estudiosos do Direito, aproximando-nos, deseja-se, da concretização da verdadeira justiça social.

Palavras-chave: Estado. Igualdade. Constitucionalidade. Princípio. Coculpabilidade. Autodeterminação. Vulnerabilidade. Justiça Social.

ABSTRACT

The work at hand is about the (un)constitutionality of the application of the principle of co-culpability in the Brazilian Penal System. The topic will be approached from the perspective of the Constitutional Criminal Law, seeking foundation in legal texts, doctrine and jurisprudence. It starts from the idea that the State does not grant to all its citizens equal conditions for personal development, being defaulting in the social field, in which the deprivation of these basic capacities withdraws the dignity and the right to self-determination of the human person. In this context, the principle of co-culpability comes to orientate that the State must assume a share of the guilt when their citizens, because of their vulnerability, commits an offense. Thus this lower disapproval on the behavior of the offender will generate effects, especially at the stage of the calculus of the penalty, serving as a generic extenuatory (Article 66 of the Criminal Code). Therefore, the matter addressed in this monograph will contribute to a discussion among scholars of law, approaching, it is intended, the embodiment of true social justice.

Keywords: State. Equality. Constitutionality. Principle. Co-culpability. Self-determination. Vulnerability. Social Justice.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| CAPÍTULO I – ESTADO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA | 13 |
| 1.1. Conceito e Evolução do Estado..... | 13 |
| 1.2. Brasil: Estado Democrático de Direito | 17 |
| CAPÍTULO II – A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO | 20 |
| 2.1. Conceito de Culpabilidade: Teoria Normativa Pura | 20 |
| 2.2. Elementos da Culpabilidade..... | 21 |
| 2.2.1. Imputabilidade..... | 21 |
| 2.2.2. Potencial Consciência da Ilicitude..... | 22 |
| 2.2.3. Exigibilidade de Conduta Diversa..... | 23 |
| 2.3. Causas Excludentes da Culpabilidade..... | 23 |
| 2.3.1. Relativas ao Elemento da Imputabilidade | 24 |
| 2.3.2. Relativas à Potencial Consciência da Ilicitude..... | 26 |
| 2.3.3. Relativas à Exigibilidade de Conduta Diversa | 27 |
| CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 30 |
| 3.1. Conceito | 30 |
| 3.1.1. A Celeuma Terminológica | 31 |
| 3.2. Aplicabilidade do Princípio da Cculpabilidade à Luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Penal Brasileiro..... | 34 |
| 3.3. Princípio da Cculpabilidade às A vessas..... | 39 |
| CAPÍTULO IV – PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS | 41 |
| 4.1. Decisões Denegatórias à Aplicação do Princípio da Cculpabilidade do Estado..... | 41 |
| 4.2. Decisões Favoráveis à Aplicação do Princípio da Cculpabilidade do Estado | 43 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 46 |
| REFERÊNCIAS | 49 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como tema a (in)constitucionalidade da aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado na sistemática penal brasileira. Assim, busca-se avaliar, no âmbito do Direito Constitucional Penal e, em especial, a partir de um estudo doutrinário e jurisprudencial, como se está tratando o princípio da coculpabilidade no Brasil, evidenciando, inclusive, como os tribunais pátrios têm enfrentado a questão de sua aplicabilidade, permitindo, desta forma, uma análise acerca das possibilidades de efetiva implementação desse princípio no Sistema Penal Brasileiro.

Nesse sentido, o problema desta laboriosa científica pode ser assim definido: A aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado na sistemática penal brasileira, mormente na dosimetria da pena, como atenuante genérica (artigo 66 do Código Penal), é constitucional?

Outrossim, elenca-se como objetivo central verificar a constitucionalidade da efetiva aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado no Sistema Penal do Brasil, com vistas à busca pela pena mais justa, levando-se em conta a realidade social em que o agente está inserido.

Para tal desiderato, optou-se em sistematizar o trabalho em quatro capítulos distintos, entretanto, ligados um ao outro, de modo a servir de suporte para o tema exposto.

De se ver, então, que o primeiro capítulo abordará a contextualização histórica do Estado, apontando seu conceito e sua evolução, tanto no cenário mundial como brasileiro, evidenciando, inclusive, seus objetivos e as características do chamado Estado Democrático de Direito.

Após, no capítulo subsequente, teceremos algumas considerações acerca da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, externando seu conceito na concepção normativa pura. Destarte, com base nessa teoria, serão estudados os elementos que a compõem, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ainda, serão analisadas as causas de exclusão da culpabilidade, separadas conforme a aproximação com os seus elementos.

Em seguida, no terceiro capítulo, finalmente, abordaremos o princípio da coculpabilidade, explanando seu conceito, bem como as divergências terminológicas. Atc contínuo, expor-se-á consideração no tocante à sua aplicabilidade à luz da Constituição

Federal de 1988 e do Código Penal Brasileiro. Findando, essa parte, na discussão acerca do princípio da coculpabilidade às avessas.

O quarto e último capítulo se presta a verificar os julgados dos tribunais pátrios em que houve a negação ou acolhimento do princípio da coculpabilidade do Estado.

Nesse diapasão, haja vista a natureza bibliográfica da presente monografia, o método de abordagem a ser adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo, enquanto o método de procedimento será o analítico¹ e o histórico-crítico², que, buscando dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto de estudo, pretendemos aferir como o universo da dogmática jurídica penalista e seus estudiosos, bem como os tribunais, vêm tratando a questão da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade do Estado, mormente, a título de atenuante genérica (artigo 66, Código Penal).

Seguindo essa metodologia, fincaremos as balizas teóricas de categorias fundamentais à pesquisa, a saber: Estado Democrático de Direito, culpabilidade e princípio da coculpabilidade do Estado, para somente então esboçarmos um diagnóstico da (in)constitucionalidade e aplicabilidade deste último.

De se ver que as mencionadas delimitações teóricas vão se cingir tanto às lições de juristas brasileiros (dentre outros: José Afonso da Silva e Grégore Moreira de Moura), quanto estrangeiros (principalmente às do argentino Eugenio Raúl Zaffaroni), densificando a pesquisa.

Nesse passo, no que se refere à técnica de pesquisa, pretendemos utilizar documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes secundárias, tais como: publicações avulsas, revistas especializadas, livros, artigos disponibilizados na *internet*, etc. Todas essas fontes servirão de alicerce para este trabalho, viabilizando um melhor entendimento da temática.

No ponto, a temática escolhida pode ser justificada sob diversos argumentos, figurando-se entre os mais relevantes a necessidade de se conter, no Brasil, o avanço do Movimento Lei e Ordem ou do Direito Penal Máximo, em que, a título de solução para todos os problemas sociais, pregam a criação de novos tipos incriminadores e a majoração, quantitativa e qualitativamente, das penas cominadas.³

¹ O método analítico busca construir e aprofundar análises, tecendo argumentações críticas e criativas, diante de uma hipótese de trabalho.

² O método histórico-crítico busca perscrutar os acontecimentos, processos e instituições do passado, no intento de verificar a sua influência nos dias atuais.

³ “Assenta-se na premissa de que os grandes delitos são cometidos por quem, anteriormente, praticou pequenos ilícitos, de tal modo que, se o Estado intervier na gênese, impedirá a evolução do agente para o caminho do crime” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 66).

Nota-se, entretanto, que o citado paradigma, que é dominante, está, na realidade, servindo de um mecanismo de exclusão, seleção e marginalização social, protegendo, por conseguinte, os interesses das classes economicamente privilegiadas (MOURA, 2006).

Nessa esteira, apresenta-se como solução dessa celeuma, objetivo maior dessa pesquisa, a possibilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado no Sistema Penal Brasileiro, a ser analisado sob o prisma constitucional.

Diga-se, por oportuno, que o referido fundamento origina-se do Garantismo Penal, movimento que defende um Direito Penal pautado no respeito intransigível aos direitos fundamentais e à Constituição.⁴

Parte-se, portanto, da ideia de que a sociedade não brinda a todos com iguais oportunidades, ou seja, alguns recebem mais chances de desenvolvimento do que outros. Nesse contexto, o princípio da coculpabilidade sugere que deve esta mesma sociedade arcar com sua parcela de culpa, juntamente com o indivíduo a quem foram negadas as oportunidades, quando da reprovação dele pelo cometimento de um delito.

É de se verificar, pois, que o princípio epigrafado exerce maior influxo, entenda-se, na dosimetria da pena, ou seja, o momento processual que o juiz irá fixar a pena a ser cumprida pelo condenado. O critério expressamente adotado em nosso país, como se verificará, é o trifásico (artigo 68 do Código Penal Brasileiro⁵), e, sendo assim, focaremos, nesta pesquisa, na primeira e segunda fase, nas quais atenderá, o juízo, à culpabilidade, dentre outras circunstâncias (art. 59, CP⁶), bem como considerará as atenuantes genéricas (art. 66, CP⁷).

Destarte, questiona-se a (in)constitucionalidade da efetivação do princípio em comento em nosso ordenamento jurídico.

⁴ “O garantismo penal resulta num Direito Penal Mínimo, em que a Constituição figura como limite intransponível à atuação punitiva do Estado” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 64).

⁵ Art. 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. Parágrafo único. No 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.

⁶ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁷ Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

De mais a mais, a seleção do presente tema se justifica, outrossim, pelo seu ineditismo, haja vista que, sobre ele, ainda não se dispôs um estudo aprofundado no Direito Penal Brasileiro, existindo, conseqüentemente, uma escassez de material bibliográfico e jurisprudencial sobre a matéria.

Desta feita, está mais que evidente a contribuição da presente pesquisa para o âmbito científico, acadêmico e profissional, considerando, caso for provada a sua aplicabilidade consoante os preceitos constitucionais, poder influenciar diretamente na dosimetria da pena e, conseqüentemente, servirá de alicerce para uma verdadeira justiça social.

CAPÍTULO I

ESTADO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

1.1. Conceito e Evolução do Estado

É cediço que o indivíduo não consegue viver isoladamente, para angariar suas metas, imprescindível se unir em grupos cada vez maiores, viver em sociedade. Destarte, para manter a ordem interna do grupo, da sociedade, foram criadas regras de condutas sociais e uma entidade ficta para resguardar a aplicabilidade dessas normas. Nasce, assim, o Estado e o Direito.

O cientista político Sahid Maluf faz a importante distinção entre Estado e Direito, *in verbis*: “O *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que o Estado cumpre assegurar” (MALUF, 2008, p. 01).

Em tempo, anota-se a diferenciação conceitual de Sociedade e Estado ofertada por Paulo Bonavides, *ipsis litteris*:

Os conceitos de Sociedade e Estado, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregados ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo então a Sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A Sociedade vem primeiro; o Estado, depois. (BONAVIDES, 2000, p. 70).

O autor continua e assenta a definição de Sociedade nos pensamentos de Bobbio: “Conjunto de relações humanas intersubjetivas, anteriores, exteriores e contrárias ao Estado ou sujeitas a este” (BONAVIDES, 2000, p. 72).

Outrossim, cravando o conceito de Estado, após delongadas discussões jusfilosóficas, cita Jellinek, dizendo que o “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando” (BONAVIDES, 2000, p. 79).

Destarte, vê-se que o Estado, sintetizando as ideias acima esposadas, é uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupante de um território definido, dirigido por um governo soberano, esse reconhecido interna e externamente, responsável pela organização e pelo controle social, detentor do monopólio legítimo do uso da força e da coerção.

Em seu turno, passado o embate conceitual, quanto à origem do Estado, existem numerosas e variadas teorias, e todas elas se contradizem nas suas premissas e nas suas conclusões, tendo em vista que a ciência não dispõe de elementos seguros para reconstituir a história e os meios de vida das primeiras associações humanas. No entanto, atendo-nos ao perfil deste trabalho, somente explicitaremos a teoria que, ao nosso pensar, é a mais aceita por entre a doutrina, é ela a contratualista.

A teoria, ou mera hipótese, de ter a origem da sociedade humana vinculada a um contrato social teve como seus principais expoentes os filósofos Thomas Hobbes e, mormente, Jean Jacques Rousseau.

Sahid Maluf bem preceitua os pensamentos de Thomas Hobbes, *in verbis*:

partia Hobbes do pressuposto de que o homem, em seu estado de natureza, era de uma ferocidade instintiva impeditiva da convivência pacífica. Vivia em estado de luta permanente. *O homem é o lobo do homem* – foi sua máxima. Consequentemente, os homens realizaram o pacto voluntário constitutivo do Estado, delegando cada um, ao governo organizado, a totalidade dos seus direitos naturais de liberdade e autodeterminação. Convencionaram todos a sua submissão física e espiritual ao poder diretivo, em benefício da paz social e da segurança de todos. Daí a sujeição total do Homem ao Estado e o absolutismo necessário do poder soberano. (MALUF, 2008, p. 79)

Por outro lado, acreditando ser de felicidade perfeita o estado de natureza humana, e não de guerra mútua, como acreditava Hobbes, Jean Jacques Rousseau dá a essa teoria uma nova ótica, sua máxima expressão.

O Estado é convencional, afirmou Rousseau. Resulta da vontade geral, que é uma soma da vontade manifesta pela maioria dos indivíduos. A nação (povo organizado) é superior ao rei. Não há direito divino da Coroa, mas, sim, direito legal decorrente da soberania nacional. A soberania nacional é ilimitada, ilimitável, total e inconstrangível. O governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo. Não correspondendo ele com os anseios populares que determinaram a sua organização, o povo tem o direito de substituí-lo, refazendo o contrato... (sustenta, pois, o *direito de revolução*). (MALUF, 2008, p. 80)

Dessa forma, com o contrato social, erigiram-se os primeiros Estados. Nos primórdios, quase que a totalidade desta ficção jurídica adotava o regime Absolutista, ou similar. Ali, o rei exercia seu poder despoticamente e a relação entre indivíduo e Estado era de súdito e soberano, onde não contávamos com qualquer referência comportamental que nos garantisse os direitos mais fundamentais. Nessa época, o Estado não devia satisfação a ninguém e nem existiam mecanismos que efetivamente impusessem qualquer limitação ao poder real.

Não podendo ser diferente, a supramencionada Ordem encontrou vários obstáculos no decorrer dos tempos, até, enfim, sucumbir. São exemplos de empecilhos do Absolutismo: *Magna Charta Libertatum* (1215)⁸, *Petition of Right* (1628)⁹, *Bill of Right* (1689)¹⁰, Declaração de Direito do Bom Povo de Virgínia (1776)¹¹, Constituição dos Estados Unidos da América (1787)¹², Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹³, e, dentre outros vários, Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁴.

⁸ “O Absolutismo enfrentou seu primeiro revés na Inglaterra governada entre 1199 e 1216 por João Sem Terra (*Lackland*) (*Oxford* 1167 – 1216 *Nottinghamshire*), quarto filho de Henrique II, não contemplado com herança paterna, quando se impôs uma lei de salvação nacional, principalmente em virtude do exarcebado conflito existente entre o governante e o clero, a nobreza, a burguesia e, mais indiretamente, com as classes servis. A inabilidade na condução dos assuntos de Estado, aliada às reivindicações dos barões apoiados pelo poder papal, deixaram finalmente encurralado o soberano, culminando com a assinatura de um documento bem a contragosto do governante, que sequer permitiu seu registro, possivelmente premeditando sua destruição tão logo os ventos políticos voltassem a soprar em seu favor. Vale lembrar que a existência de registro impedia que fosse formalmente copiada e divulgada, em consequência, cumprida. A Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*) não se constituía em uma criação original ou num modelo constitucional. Era regida em latim, propositadamente com a finalidade de obstacular o acesso aos iletrados, mantendo as normas inacessíveis às massas, tanto que foi traduzida para o idioma inglês apenas no século XVI. Mesmo assim, constituiu-se num importante avanço, uma vez inegável a sua influência em todas as constituições modernas. Firmada em 15 de junho de 1215, na localidade de *Runnymede*, condado de *Surrey* (Inglaterra), com 67 cláusulas que, pela primeira vez afrontavam o poder absoluto de um soberano, sendo que ao menos 12 delas beneficiavam diretamente o povo, embora não criassem nenhum direito novo. Entretanto, foram instituídas diversas normas de caráter pioneiro para a fundamentação dos Direitos Humanos. (...) Entre outras garantias, reconhecia formalmente a proporcionalidade entre delito e sanção, a previsão do devido processo legal, o livre acesso à Justiça, assim como a liberdade de locomoção e a livre entrada e saída do país, lançando as sementes dos princípios da ‘legalidade’, da ‘reserva legal’ e da ‘anterioridade da lei penal’” (MARINHO, 2005, p. 48-49).

⁹ “A *Petition of Right*, de 1628, apresentava diversas proteções tributárias que garantiam a liberdade do indivíduo em hipótese de inadimplência” (MARINHO, 2005, p. 49).

¹⁰ “Em 1689 surgiu a Declaração de Direitos (*Bill of Right*), dotada de 13 artigos que cristalizavam e consolidavam os ideais políticos do povo inglês, expressando significativas restrições ao poder estatal, regulamentando o princípio da legalidade, criando o direito de petição, assim como imunidades parlamentares. Entretanto, restringia vigorosamente a liberdade religiosa. No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *Bill of Right* do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza” (MARINHO, 2005, p. 49).

¹¹ Teria sido o documento mais importante e caracterizador do Estado Liberal, conhecido como Declaração de Virgínia, inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, “proclamava entre outros direitos, o direito à vida, à liberdade e à propriedade, prevendo o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade religiosa e de imprensa” (MARINHO, 2005, p. 49). “Vê-se que, basicamente, a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem” (SILVA, 2010, p. 154).

¹² “Em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas Emendas limitavam o poder estatal na medida em que estabeleciam a separação dos poderes e consagravam diversos Direitos Humanos fundamentais, tais como: a liberdade religiosa; a inviolabilidade de domicílio; o devido processo legal; o julgamento pelo Tribunal do Júri; a ampla defesa; bem como a proibição da aplicação de penas cruéis ou aberrantes” (MARINHO, 2005, p. 49).

¹³ A Revolução Francesa (1789) tentou mudar radicalmente as condições de vida em sociedade, atacou severamente o Absolutismo, levando à “Queda da Bastilha” e à execução dos monarcas e de grande parte da aristocracia francesa. Eles queriam reiniciar a História, apagar todo o passado, simbolizado muito bem pela

Vigourou-se, então, uma nova concepção do pacto social gerador do Estado, em que o poder do governo passa a se limitar em controlar as relações externas do homem no meio social, havendo, agora, mais respeito para com os direitos inerentes ao indivíduo. Essa percepção teve importante influxo das ideias humanas e racionais de John Locke, precursor do liberalismo na Inglaterra. Sahid Maluf assim descreve a filosofia da Ordem edificada, *ipsis litteris*:

Os homens não delegaram ao órgão diretivo da sociedade todos os seus direitos, mas somente aqueles necessários à manutenção da paz e da segurança de todos. O poder público é instituído por um pacto voluntário, artificial, porém de fundo utilitário, com o objetivo precípua do bem comum. Ao Estado cabe regulamentar as condições externas da vida em sociedade e, ao mesmo tempo, respeitar e garantir aqueles direitos fundamentais da pessoa humana, que lhe são anteriores e superiores. Nestes termos, deu Locke o necessário respaldo de humanismo e liberalismo à doutrina contratualista. Dada a conservação, pelos pactuantes, dos seus direitos naturais e, conseqüentemente, do seu poder originário de deliberação, assiste-lhes a qualquer momento o *direito de insurreição*, isto é, de mudar a forma ou a composição do governo que se houver desviado da sua finalidade, que é de promover a paz, a segurança e o bem-estar da sociedade. (MALUF, 2008, p. 79-80)

Portanto, com a supra citação, fica evidente a responsabilidade do Estado em garantir a todos os pactuantes os direitos fundamentais do homem, ao mesmo tempo em que busca atingir seus objetivos e, porque não, razão de ser, que é a promoção da paz, da segurança e do bem-estar da sociedade. Nesse sentido, não é legítima qualquer ação do Estado que afronte tais direitos fundamentais, *exempli gratia*, não oferecendo ao povo de seu território, de forma isonômica, condições dignas de sobrevivência. Esse é um dos pontos chave para compreendermos o princípio da coculpabilidade do Estado, tema mor da presente pesquisa.

mudança de calendário. Nesse ambiente libertário, no mesmo ano (1789), criou-se a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciada pela teoria filosófica do Iluminismo, principalmente dos pensadores Rousseau e Montesquieu, erigiu-se da mesma forma das declarações americanas, a diferença era que aquela tinha um caráter universalizante. Nesse texto francês, foram estabelecidas importantes normas em prol dos Direitos Humanos, destacam-se: a garantia da igualdade, da liberdade, da propriedade, da segurança, da resistência à opressão, da liberdade de associação política, bem como o respeito ao princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, assim também a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento.

¹⁴ No ano de 1948, em Paris, graças à engatinhada Organização das Nações Unidas (ONU), foi possível aprovar e proclamar o mais importante diploma em prol da paz mundial e dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada a maior conquista da humanidade, seu maior passo rumo à sobrevivência com mútuo respeito e dignidade. Era composto de trinta artigos que tinham como escopo maior a elevação do nível moral, ético, político, religioso, cultural e material da sociedade humana, impondo, um contrato universal, sem originar circunstâncias de inferioridade jurídica internacional a qualquer Estado.

1.2. Brasil: Estado Democrático de Direito

No Brasil, a história, respeitando suas proporções, não foi muito diferente da demonstrada no subtópico anterior. Passamos por épocas de total esquecimento dos direitos humanos ¹⁵, até chegarmos, após muita luta, ao denominado, consoante o artigo 1º de nossa Constituição Federal ¹⁶, Estado Democrático de Direito.

O constitucionalista José Afonso da Silva bem explana sobre a caracterização do Estado Democrático de Direito, *ipsis litteris*:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2010, p. 119-120)

Portanto, o Estado Democrático de Direito exige a regência do Direito e das normas democráticas, com eleições livres, periódicas, onde as autoridades públicas deverão respeitar os direitos e garantias fundamentais, sob pena de não mais serem legitimados pela vontade do povo.

Ratificando, pois, que, na formação do Estado, os indivíduos não delegaram todos seus direitos, mas, tão somente, aqueles imprescindíveis à manutenção da paz e da segurança de todos, devendo, ainda, no regime democrático, ser o ente estatal dirigido por alguém legitimado pela vontade geral.

No mesmo sentido, preleciona Friedrich Müller:

a idéia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o auto-governo na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a auto-codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. (MÜLLER, 1998, p.57)

¹⁵ Trataremos, neste trabalho, a expressão “direitos humanos” como sinônima de “direitos fundamentais”.

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (*Omissis*).

Outrossim, prescreve José Canotilho, *in verbis*:

o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado.

Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática. (CANOTILHO, 1995, p.43)

Nessa esteira, a nossa Carta Magna, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (artigo 1º, CF/1988) ¹⁷, insculpiu em seu artigo 3º os objetivos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ante o exposto, infere-se que o Estado Democrático de Direito deve ser transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna para o homem, agindo como fomentador da participação pública em vários seguimentos.

Deve, também, está sempre presente a ideia de que a democracia implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência; assumindo o objetivo da igualdade, sendo a lei um instrumento de reestruturação social, e não estando atrelada a outros fins, como, *verbi gratia*, à sanção ou à promoção.

É certo, ainda, que o Estado Democrático de Direito deve aparecer com a função de reduzir antíteses econômicas e sociais. E isto se torna possível, acreditamos, com a

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

devida aplicação da Constituição Federal, posta no ápice de uma pirâmide jurídica escalonada, ou no centro de um sistema planetário que irradia todo o ordenamento jurídico.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2010, p. 122), “A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realiza a justiça social”.

No ponto, superadas tais discussões propedêuticas, e passando para o próximo passo para compreendermos o princípio da culpabilidade do Estado, bem como para possibilitar uma cogitação acerca da (in)constitucionalidade de sua aplicabilidade na Sistemática Penal Brasileira, configurada essa a temática deste trabalho científico, teceremos nas linha seguintes algumas considerações sobre a culpabilidade no Direito Penal Pátrio.

CAPÍTULO II

A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1. Conceito de Culpabilidade: Teoria Normativa Pura

Ab initio, impende ressaltar que existem várias teorias que se comprometem em definir culpabilidade, entretanto, para não esvairmos o tema do presente trabalho, restringimo-nos à corrente adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, a culpabilidade constitui-se, dentro da estrutura do Direito Penal moderno, um princípio fundamental de Direito Penal e um elemento integrante do conceito de crime.

Nos dizeres de Cristiano Rodrigues, *in verbis*:

- 1) *Princípio fundamental de Direito Penal*: traduz a ideia e o conceito da *responsabilidade penal subjetiva*, pela qual “não há crime sem culpa”, ou seja, não há crime sem que o agente tenha atuado com *dolo ou com culpa (stricto sensu)*. Importante lembrar que, no finalismo, o dolo e a culpa são elementos do Tipo e o princípio da culpabilidade terá como consequência afastar a Tipicidade do fato, na ausência de dolo e culpa na conduta do agente.
- 2) *Elemento integrante do conceito de crime*: junto com o fato típico e a ilicitude, a Culpabilidade é o terceiro elemento fundamental e necessário para que haja crime (conceito tripartida). (RODRIGUES, 2012, p. 136-137)

Assim, infere-se ser a culpabilidade, sob a ótica da *teoria normativa pura*¹⁸, adotada pelo finalismo e pelo Código Penal Brasileiro, “a *reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita praticada*, formada pela imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa” (RODRIGUES, 2012, p. 137); senão vejamos o conceito de culpabilidade dado por Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 349), *ipsis litteris*, é “aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido”.

¹⁸ “Produto do finalismo de Hans Welzel, fundamenta-se na ideia de que a conduta humana se caracteriza pela finalidade, intenção do agente ao agir, independentemente dos resultados causados. Desta forma, considera-se que o dolo é elemento integrante do tipo penal ligado ao verbo, deixando por isso de ser visto como elemento (psicológico) da culpabilidade. Sendo assim, a culpabilidade perdeu seu elemento psicológico (dolo) e passou a ser composto por elementos puramente normativos, razão pela qual passou a se falar em uma *teoria normativa pura*. Desta forma, a estrutura da culpabilidade ficou formada pelos seguintes elementos, cumulativos e necessários para que haja o juízo de reprovação: a) Imputabilidade (arts. 26, 27 e 28, CP). b) Potencial conhecimento da ilicitude (art. 21, CP). c) Exigibilidade de conduta diversa (art. 22; CP)” (RODRIGUES, 2012, p. 138).

Outrossim, anota Ney Moura Teles:

Culpável, portanto, é o fato praticado por um sujeito imputável que tinha possibilidade de saber que seu comportamento era proibido pelo ordenamento jurídico, e que, nas circunstâncias em que agiu, poderia ter agido de modo diferente, conforme o direito. (TELES, 1996, p. 358)

Desta feita, a culpabilidade, sinteticamente, é o grau de reprovação da conduta do agente, e nessa valoração se deve observar a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa do autor do fato típico e ilícito, elementos esses a serem ligeiramente abordados no subtópico seguinte.

2.2. Elementos da Culpabilidade

No ponto, após termos exposto a definição, passaremos a um rápido estudo acerca dos já mencionados elementos integrantes da culpabilidade.

2.2.1. Imputabilidade

O primeiro deles é a imputabilidade, no que preleciona André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Trata-se da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato (vale dizer, que o comportamento é reprovado pela ordem jurídica) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (ou seja, conter-se), conforme se extrai do art. 26, *caput*, do CP¹⁹, interpretado a *contrario sensu*. Em outras palavras, consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de autodeterminação. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 480)

Também define Rogério Greco (2010, p. 377), “imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente”.

Ainda, imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento” (FRAGOSO, 1995, p. 197).

¹⁹ 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.

Dessa forma, por esse elemento da culpabilidade, arrematando, pode-se inferir que é a capacidade de entendimento do caráter criminoso, antijurídico, ilícito do fato, podendo, o sujeito, se autodeterminar, por possuir uma mente hígida.

2.2.2. Potencial Consciência da Ilicitude

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude.

Quanto à matéria, apregoa Ney Moura Teles, *in verbis*:

quem age sem possibilidade de saber que fere o direito, atua na certeza de que sua conduta é de acordo com a ordem jurídica, e, assim sendo, não pode merecer qualquer censura, que só é possível quando se pudesse exigir do homem conhecer que seu gesto é proibido. Se ele tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude, e, mesmo assim, realizou a conduta contrária ao direito, deve, por isso, ser censurado, já que, tendo possibilidade de atingir a consciência da ilicitude, mesmo assim não a alcançou, quando devia, e por isso vai ser reprovado. (TELES, 1996, p. 374)

É de bom alvitre, ainda, mencionar os ensinamentos de Cristiano Rodrigues acerca do assunto:

Este critério tradicional avalia a capacidade média, comum, de percepção do caráter ilícito de algo, com base em razoável esforço de consciência exigível de um homem comum, médio, determinando assim se houve erro de proibição ou não e, ainda, se este erro deve ser considerado evitável ou inevitável. (RODRIGUES, 2012, p. 142)

Nesse diapasão, para Fernando Capez (2005, p. 324) importa investigar se o sujeito, quando da prática do crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado, levando em conta “o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores”, sendo estes aspectos “externos, objetivos, que orientam o juiz na aferição da culpabilidade”.

Outrossim, por oportuno, ponha-se que, conforme entendimento unânime entre as doutrinas, na análise desse elemento da culpabilidade, não se requer um conhecimento ou possibilidade de conhecimento da lei em si, o que se requer é a possibilidade de conhecimento análogo ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos legais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 537).

Destarte, para que haja reprovação é imprescindível que o agente conheça o caráter ilícito, antijurídico, contrário à ordem daquilo que faz, ou, pelo menos, que tenha tido a possibilidade de conhecer esse caráter contrário ao ordenamento, proibido do seu ato, levando em consideração todos os fatores externos.

2.2.3. Exigibilidade de Conduta Diversa

Resta analisar, agora, o último elemento da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

Sobre o tema, preleciona Luiz Regis Prado, *ipsis litteris*:

Trata-se de elemento volitivo da reprovabilidade, consistente na exigibilidade da obediência à norma. Para que a ação do agente seja reprovável, é indispensável que se lhe possa exigir comportamento diverso do que teve. Isso significa que o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita. (PRADO, 2007, p. 440)

Destarte, desse elemento, traduz-se a ideia de que somente permite impor uma pena ao autor de um injusto (fato típico e antijurídico) quando se demonstre ter sido seu comportamento reprovável, em outras palavras, “Para que haja reprovação, culpabilidade e crime, é preciso que seja possível se exigir do agente comportamento diferente diante da situação concreta, ou seja, é preciso ser exigível uma conduta conforme o direito e, portanto, diversa da praticada pelo sujeito” (RODRIGUES, 2012, p. 142).

Compreendidos, assim, todos os elementos que compõem a culpabilidade, necessário se faz tecer algumas considerações, nas linhas seguintes, acerca das causas e situações que os excluem, afastando, conseqüentemente, a existência de crime.

2.3. Causas Excludentes da Culpabilidade

No presente subtópico, utilizaremos a sistemática de dividir as causas de exclusão da culpabilidade à cada um dos já sabidos e estudados elementos que a integram, ou seja, causas relativas à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude, e à exigibilidade de conduta diversa.

2.3.1. Relativas ao Elemento da Imputabilidade

2.3.1.1. Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado

Trata-se de causa de inimizabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal, *caput*, em que “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”.

Nesse ínterim, entende-se por doença mental como sendo uma alteração mórbida da saúde mental, independentemente de sua origem; e, quanto ao desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mostra-se como uma deficiência mental que abarca graves defeitos de inteligência, consistente, termos gerais, na falta de desenvolvimento das faculdades mentais (CAPEZ, 2005, p. 310).

Outrossim, traz-se à baila, explicitando o sistema biopsicológico de aferição da inimizabilidade, adotado pelo Código Penal Brasileiro, os pensamentos de Ney Moura Teles, no original:

Nem todo doente mental, portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado é inimizável. É necessário que, em consequência do pressuposto biológico, seja ele inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (TELES, 1996, p. 360-361)

Dessarte, nesse ítem, enquadram-se os loucos, retardados, débeis mentais, maníacos e psicopatas, dependentes químicos, etc., em que, nesse contexto, não possuem culpabilidade e, portanto, não cometem crime, logo, da mesma forma, não recebem pena, e sim, consoante artigo 97 do nosso Estatuto Criminal²⁰, medida de segurança.

2.3.1.2. Menoridade

Os menores de dezoito anos são penalmente inimizáveis, é o que estabelece o artigo 27 do Código Penal.

Sobre a justificação dessa espécie, ensina Cristiano Rodrigues, *in verbis*:

²⁰ Art. 97. Se o agente for inimizável, o juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

O fundamento da menoridade penal é diferente do fundamento da inimputabilidade por doença mental, pois o menor possui entendimento do mundo a sua volta, mas não possui plena capacidade de autodeterminação; isto ocorre em razão das alterações hormonais, orgânicas pelas quais passa, produto do período de adolescência. Este é o verdadeiro fundamento que leva o menor a ser considerado inimputável. (RODRIGUES, 2012, p. 140)

Diante do exposto, presume-se, por critério biológico, cronológico, absolutamente inimputável o menor de 18 (dezoito) anos, não merecendo, pois, reprovação, tampouco, não tendo culpabilidade, pode-se dizer que comete crime, mas tão somente pratica ato infracional (fato típico e ilícito), estando sujeito apenas às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990).

2.3.1.3. Embriaguez Acidental Completa

Nos moldes do § 1º do artigo 28 do Código Penal Pátrio ²¹, aquele que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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, está isento de pena.

Então, a embriaguez acidental completa configura-se como a última causa de inimputabilidade.

Sobre embriaguez, assevera Fernando Capez:

causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles de entorpecentes (morfina, ópio etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico) (CAPEZ, 2005, p. 311)

Vê-se que, embora a nomenclatura possa levar a interpretação errônea, a embriaguez prevista no dispositivo legal acima mencionado não está unicamente ligada à ingestão de bebidas alcoólicas, devendo, pois, ser entendida como a intoxicação do organismo provocada por qualquer substância de efeitos psicotrópicos.

Outrossim, sobre o tema, esquematiza Cristiano Rodrigues, *ipsis litteris*:

²¹ Art. 28. (Omissis)

§ 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Embriaguez: são as alterações psíquicas produto de qualquer substância entorpecente lícita ou ilícita, não estando restrita à ingestão alcoólica.

1) *Acidental*: é aquela não escolhida pelo agente e, portanto, de caráter involuntário, sendo produto, assim, de um caso fortuito, ou seja, o agente desconhece o que ingere ou suas consequências, ou, ainda, de uma força maior, quando a ingestão ocorre por meio de uma coação moral ou física irresistível.

Observação: a chamada embriaguez dolosa ou culposa não exclui a imputabilidade já que possui necessariamente caráter voluntário.

2) *Completa*: é o estado de total falta de discernimento ou de autodeterminação, ou seja, uma embriaguez plena capaz de afastar todo o controle do agente sobre seus atos. A embriaguez parcial poderá reduzir a pena, mas jamais excluir a culpabilidade.

Observação: visando a solucionar os problemas de embriaguez voluntária dolosa ou culposa e permitir que nesses casos, mesmo em estado de total inimputabilidade quando atua, o agente possa responder pelo crime praticado, o Código Penal adotou a chamada *actio libera in causa*. (RODRIGUES, 2012, p. 140)

De se notar que, atendendo a teoria supra referida, qual seja, da *actio libera in causa*, deve-se transferir a análise da imputabilidade do agente para o momento prévio, quando este se coloca voluntariamente em estado de embriaguez, já que esta embriaguez escolhida acaba sendo a causa da conduta realizada que vem a gerar resultado.

Desta feita, para que haja inimputabilidade, a embriaguez, além de ser completa, deve ser acidental (caso fortuito ou força maior), pois a embriaguez voluntária, culposa *lato sensu*, pré-ordenada ou não, jamais terá o condão de excluir do agente sua culpabilidade.

2.3.2. Relativas à Potencial Consciência da Ilícitude

2.3.2.1. Erro de Proibição

Apregoa o artigo 21 do Código Penal que “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”.

É justamente esse dispositivo legal que traz, para o ordenamento jurídico pátrio, a figura do erro de proibição, uma causa de exclusão da culpabilidade ligada ao elemento da potencial consciência da ilicitude, em que o agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, podendo ser esse convencimento inevitável, invencível ou escusável, e, a *contrario sensu*, evitável, vencível ou inescusável.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em obra conjunta, conceituam erro de proibição, *in litteris*:

O erro de proibição de modo algum pertence à tipicidade, e nem com ela se vincula, sendo um puro problema de culpabilidade. Chama-se *erro de proibição* àquele que recai sobre a compreensão da antijuricidade da conduta. Quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuricidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está firmada em nível correspondente. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 551)

Guilherme de Souza Nucci também dá sua contribuição:

Quando o erro sobre a ilicitude do fato é impossível de ser evitado, valendo-se o ser humano da sua diligência ordinária, trata-se de uma hipótese de exclusão da culpabilidade. (...) Trata-se de um erro escusável (inevitável), pois não lhe foi possível, a tempo, constatar a inverdade da informação recebida. (...) Por outro lado, o erro sobre a ilicitude do fato que não se justifica, pois, se tivesse havido um mínimo de empenho em se informar, o agente poderia ter tido conhecimento da realidade, denomina-se erro de proibição inescusável (evitável). (NUCCI, 2006, p. 334)

Portanto, pelo apreendido no texto legal acima transcrito e nos ensinamentos doutrinários supracitados, infere-se ser o erro de proibição aquele que resulta da falta de conhecimento da ilicitude, logo, incide sobre a culpabilidade, podendo afastá-la quando inevitável, devido à ausência de potencial conhecimento, ou, ainda, apenas reduzi-la, provocando, como consequência lógica, a diminuição da pena, prevista de um sexto a um terço, quando o erro for evitável, por existir potencial para conhecer a ilicitude, elemento suficiente para que haja culpabilidade.

2.3.3. Relativas à Exigibilidade de Conduta Diversa

2.3.3.1. Coação Moral Irresistível

Trata-se da primeira causa de exclusão da culpabilidade ligada ao seu último elemento estudado (*sic*).

De se ver, então, que é aquela coação que “incide na moral de quem sofre, viciando a sua liberdade de escolha, de vontade, quando este atua” (RODRIGUES, 2012, p. 143)

No ordenamento jurídico brasileiro, está prevista no artigo 22 do nosso Estatuto Repressor, *ipsis verbis*: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível (...) só é punível o autor da coação ou da ordem”.

No contexto delineado, explica André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Deve-se frisar que a coação a que alude o dispositivo é, tão somente, a coação moral ou *vis relativa*. Isto porque o ato praticado sob coação física (irresistível) representa um fato atípico. Lembre-se que este pressupõe, antes de tudo, uma conduta comissiva ou omissiva; esta, por sua vez, requer voluntariedade no ato praticado. Se houver coação física irresistível, o ato será involuntário, de modo que não existirá conduta e, sem esta, o fato será atípico.

A coação moral dá-se quando uma pessoa for alvo da ameaça de inflição de um mal grave e injusto. É preciso que tal ameaça seja revestida de seriedade: (Omissis)

A gravidade do mal prometido deve ser aquilatada segundo o critério de uma pessoa de mediana prudência e discernimento. Significa que, para tais efeitos, é preciso avaliar o que seria grave segundo um padrão (*standard*) mediano.

A coação moral, por fim, deve ser irresistível. Conforme pondera Cezar Bitencourt, a “irresistibilidade da coação deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado (...). Somente o mal efetivamente grave e iminente tem o condão de caracterizar a coação irresistível prevista pelo art. 22 do CP. A iminência aqui não se refere à *imediatez* tradicional, puramente cronológica, mas significa iminente à recusa, isto é, se o coagido recusar-se, o coator tem condições de cumprir a ameaça em seguida, seja por si mesmo, seja por interposta pessoa” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 497-498)

Destarte, considera-se a coação epigrafada como sendo aquela moral, *vis compulsiva*, eis que a coação física irresistível, *vis absoluta*, exclui a própria ação, por inexistência de vontade, pois esta não é livre, mas viciada.

Outrossim, verifica-se que a coação moral irresistível é considerada hipótese que afasta a culpabilidade do agente, fazendo com que o autor da coação responda pelo crime.

Em tempo, e em seu turno, a coação resistível não afasta o juízo de culpabilidade e tampouco o crime, entretanto, irá atenuar a pena, consoante o artigo 65, III, c, do Código Penal.²²

2.3.3.2. Obediência Hierárquica

Estatui o artigo 22, segunda parte, do Código Penal Brasileiro: “Art. 22. Se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

No ventilado dispositivo, erige-se a última causa de exclusão de culpabilidade a ser estudado no presente trabalho científico. Trata-se da obediência hierárquica. Esta causa ocorre quando o superior hierárquico, por vínculo de Direito Público, dá uma ordem a seu

²² Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(Omissis)

III – ter o agente:

(Omissis)

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;

subordinado, que, em erro a respeito da ilegalidade da ordem, cumpre-a, implicando, por conseguinte, o fato somente ao autor dessa ordem.

Sobre o tema, preleciona Cristiano Rodrigues:

O fundamento da obediência hierárquica não se encontra no vínculo de hierarquia, mas, sim, no *erro a respeito da ilegalidade da ordem* e, por isso, se a ordem for manifestamente ilegal, não haverá obediência hierárquica, devendo-se imputar o crime tanto ao superior quanto ao subordinado que a cumprir. (RODRIGUES, 2012, p. 143)

Outrossim, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves exemplificam a figura *sub examine*:

Suponha-se que o diretor de um estabelecimento penal determine a um carcereiro que algeme um preso, como medida para repreendê-lo por mau comportamento. Cuida-se de ordem ilegal, tendo em vista que o uso de algemas somente pode se dar quando necessário para impedir a fuga, quando houver resistência à prisão ou para garantir a segurança do preso ou de terceiros, hipóteses ausentes no exemplo formulado. Cremos, contudo, que a ilegalidade não é manifesta. Por esse motivo, somente responderá por crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65) o superior hierárquico responsável pela determinação. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, p. 499)

Desta feita, evidente está que, para configurar-se tal excludente de culpabilidade, devem ser preenchidos alguns requisitos, quais sejam: o primeiro é a relação de direito público, hierarquia, existente entre o autor da ordem e o agente que pratica a conduta; o segundo, a ordem superior deve, necessariamente, ter cunho ilícito; e, o terceiro, a ilegalidade da ordem não deve ser manifesta. Presentes todos os três requisitos, o subordinado não responderá pelo fato, que será atribuído unicamente ao autor da ordem.

No ponto, de bom alvitre ressaltar que, ao autor da ordem não manifestamente ilegal, será aplicada uma circunstância agravante, nos moldes do artigo 62, III, do Código Penal²³, e o subordinado será isento de pena.

Finalmente, uma vez compreendidos a razão de ser de um Estado e a culpabilidade com todos seus elementos e causas excludentes, podemos passar, nas próximas linhas, a discorrer sobre o cerne do presente trabalho, o princípio da coculpabilidade do Estado.

²³ Art. 62. A pena será ainda agravante em relação ao agente que:
(*Omissis*)

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

CAPÍTULO III

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. Conceito

O Estado, como já exposto²⁴, assumiu para si grande parcela de responsabilidade no desenvolvimento econômico e social da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, o Estado Brasileiro, tal como configurado na Constituição Federal de 1988, é um Estado Democrático de Direito, razão pela qual possui o dever, repita-se, possui o dever de não só apoiar o desenvolvimento econômico e social, mas também de promovê-lo, sendo um importante gerador de oportunidades para grande parcela da população, devendo distribuir os direitos fundamentais de forma harmônica entre as pessoas (justiça social), uma vez posto que o Estado que não se preocupa com políticas sociais efetivas de inclusão, investindo em ensino, saúde, saneamento básico, moradia, criação de novos postos de trabalho, é por demais omissos, menosprezando um dever constitucional, tornando-se, portanto, ao menos em tese, responsáveis pelas consequências.

Então, pelo acima escrito, pode-se já se vislumbrar o que vem a ser o princípio da coculpabilidade do Estado. Não obstante, é de todo arrazoado mencionar as lições, acerca de tal princípio, do doutrinador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, pioneiro no assunto, esculpido em obra elaborada em parceria com o jurista brasileiro José Henrique Pierangeli, *in litteris*:

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 de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 529)

²⁴ Vide o Capítulo I deste trabalho.

Destaca-se, também, e oportunamente, a conceituação trazida por Zaffaroni em sua obra solo, no original:

La diferencia ideológica entre quienes creen en la necesidad de la meta final de igualdad de posibilidades y quienes no creemos en la misma, puede ser importante en otros aspectos, pero en cuanto a su inmediata consecuencia práctica respecto del problema que abordamos hay una general coincidencia frente a la valoración de una innegable verdad: es unánime el reconocimiento de que en el presente momento histórico nuestras sociedades no brindan iguales posibilidades. Esta realidad social tiene un inmediato efecto jurídico en el campo de la culpabilidad: si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un margen de posibilidades que se le ofrecen a unos y se le niega a otros y, por ende, cuando la infracción es cometida por aquél a quien se le han negado algunas posibilidades que la sociedad le dió a otros, lo equitativo será que la parte de responsabilidad por el hecho que corresponda a esas negaciones sea cargada por la misma sociedad que en esa medida fue injusta. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpable por su hecho, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea que hay una parte de la culpabilidad – del reproche por el hecho – con la que debe cargar la sociedad em razón de las posibilidades que no ha dado. (ZAFFARONI, 1981, p. 167)

Desta feita, pelo abordado, trata-se, o princípio da coculpabilidade, da responsabilidade conjunta do Estado sobre os atos praticados por seus cidadãos, principalmente quando estes sofreram menosprezo em seus direitos fundamentais por parte de um Estado omissivo no campo social. E assim sendo, nada mais justo, segundo essa diretriz, que repartir com o agente infrator da lei parte da pena a ele imposta pelo próprio Estado, assumindo sua parcela de culpa e, por consequência, diminuindo o *quantum* da pena aplicada ao autor do delito.

3.1.1. A Celeuma Terminológica

É de se notar que, atualmente, a linguagem assume volumosa importância para o estudo da ciência jurídica, razão pela qual, mister se faz justificar o uso do termo “coculpabilidade” no presente trabalho, semântica e morfológicamente.

Primeiro, ponha-se que, nesta pesquisa científica, utilizaremos a expressão “coculpabilidade” como sinônimo, ou no sentido, de “culpabilidade pela vulnerabilidade”.

Há de se mencionar tal problemática pelo fato de ser o princípio da coculpabilidade, não raras vezes, entendido de maneira equivocada, atrelada à ideia de que a criminalidade é efeito da pobreza, da hipossuficiência econômica, ou ainda, que ele subestima a seletividade criminalizante.

Dessa forma, ante tal celeuma, Zaffaroni aperfeiçoou sua teoria, desenvolvendo a tese da culpabilidade pela vulnerabilidade, senão vejamos:

el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado e vulnerabilidad. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 626)

Assim, pode-se dizer que a citada culpabilidade pela vulnerabilidade se baseia no juízo de reprovação pelo âmbito de autodeterminação do indivíduo, somado ao juízo de reprovação pelo esforço desse agente em alcançar sua situação de vulnerabilidade.

Em seu turno, quanto à terminologia, propriamente dita, da palavra coculpabilidade, leciona Grégore Moura:

Inicialmente cabe ressaltar que o prefixo “co” quer dizer estar junto, em comum, que divide algo etc. Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum. E o complemento ao prefixo, isto é, o 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.

Portanto, a palavra culpabilidade não é usada aqui em sua acepção dogmática,¹ mas, sim, como uma forma de responsabilização indireta do Estado, dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais, gerando consequências na cominação, aplicação e execução da pena. Poderíamos dizer, em suma, que, na realidade, não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social ao acusado. (MOURA, 2006, p. 39-40)

Desse modo, resta-nos ratificar as palavras acima transcritas.

Então, a coculpabilidade, visto como princípio, morfologicamente, significa considerar a responsabilidade conjunta do Estado com o agente que cometeu o ato delitivo. É dizer que, em virtude da omissão do Estado no campo da inclusão socioeconômica, ou seja, do não cumprimento das cláusulas do pacto social outrora realizado, da inobservância dos deveres constitucionais, por isso corresponsável por determinadas infrações penais cometidas pelos pactuantes, seus cidadãos (*lato sensu*), o Estado deve, ao julgá-los,

proporcionar-lhes menor reprovabilidade, na medida da influência do ambiente retro desenhado em suas condutas criminosas.

No entanto, é de bom alvitre ressaltar que, coculpabilidade, não significa coautoria ou responsabilização penal do Estado, uma vez que seria uma figura impossível de se vislumbrar, pois o Estado estaria se autopunindo, sem falar que não possui os requisitos para ser imputável.

Nessa esteira, continua explicando Grégore Moura:

Apesar desses esclarecimentos, o termo coculpabilidade pode dar ensejo a confusões, pois parece denotar uma noção de culpa “penal” do Estado. No entanto, sabemos que não é isso que ele propõe.

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disso, seria impossível o Estado concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e a execução da sanção penal, já que seria “uma autopunição”. (MOURA, 2006, p. 40)

Em sentido contrário, a título de ilustração, ponha-se que uma corrente doutrinária²⁵ acredita ser possível a responsabilidade penal, autoria, de uma pessoa jurídica de direito público, o Estado, quando se tratar de crime ambiental. Isso porque a Lei nº 9.605/1998, conhecida como “Lei de Crimes Ambientais”, em seu artigo 3º ²⁶, não distingue o tipo de pessoa jurídica passível das penalidades ali elencadas.

Nesse sentido, explana Ney Barros Bello Filho *apud* Alaim Giovani Forte Stefanello (2010, p. 23), *ipsis verbis*:

Não parece convincente o argumento, na medida em que uma coisa é o mundo do ser, e outra o do dever ser. O Estado não pode possuir fins ilícitos, mas a ilicitude da sua conduta não pode ser desconsiderada pelo próprio direito apenas e tão somente porque não houve uma real observância desta finalidade. Em regra, o Estado jamais poderia se beneficiar do cometimento de um ilícito, mas se a má interpretação do Administrador levou a tal cometimento, o direito não pode alterar o mundo dos fatos e desconhecer a prática de um ilícito.

Entretanto, tal discussão é inapropriada para o presente trabalho, e até mesmo fugiria de seu objetivo maior, uma vez que apenas o entendimento do princípio da

²⁵ Solange Teles da Silva, Guilherme Purvin de Figueiredo, Ney de Barros Bello Filho, Rafael Dall’Agnol, e Paulo Affonso Leme Machado, são exemplos.

²⁶ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

coculpabilidade como sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, logo, capaz de atenuar a reprovabilidade do indivíduo infrator, em razão das inadimplências do Estado, já é o suficiente para se analisar a sua adequação à Ordem Constitucional Pátria.

Destarte, após explanado e entendido o conceito do princípio da coculpabilidade do Estado, bem como, estando ciente das discussões em torno de sua terminologia, passaremos a discorrer acerca de sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

3.2. Aplicabilidade do Princípio da Coculpabilidade à Luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Penal Brasileiro

É cediço que, conforme também já foi demonstrado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como fundamentos deste constituído Estado Democrático de Direito, logo em seu artigo 1º²⁷, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, por isso, elevando-os ao *status* de valores supremos que norteiam todo o ordenamento jurídico nacional, devendo, pois, ser buscados e respeitados por todos os institutos jurídicos, bem como serem aplicados pelos três Poderes Republicanos.

Outrossim, a nossa Lei Maior estatui objetivos norteadores das atividades estatais em seu artigo 3º, *in litteris*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II – garantir o desenvolvimento nacional;
 III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Destarte, o Estado Brasileiro se comprometeu em voltar suas forças, dentre outros, para políticas que visem extirpar a pobreza e a marginalidade, reduzindo, conseqüentemente, as desigualdades sociais.

²⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;
 II – a cidadania;
 III – a dignidade da pessoa humana;
 IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nesse passo, o princípio da coculpabilidade, reconhecendo a ineficiência pelo Estado em atingir seus objetivos, mormente o disposto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, aparece como o próprio respeito às classes sociais menos favorecidas e marginalizadas, propondo a legalização, inclusive do pluralismo jurídico ²⁸, perfilhando o verdadeiro espírito democrático em um mundo globalizado, onde deve haver o reconhecimento das minorias.

Ressalta-se, por oportuno, que as pessoas marginalizadas são minorias no poder e no acesso aos direitos fundamentais do cidadão, mas são a maioria da população em número e exclusão social.

Também, ilustra-se, em tempo, que a nossa Carta Magna, principalmente em seus artigos 5º e 6º expõe alguns de nossos direitos fundamentais e sociais, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

Dessarte, o Estado, ao buscar seus objetivos, deve resguardar os direitos fundamentais explícitos, ou subentendidos, no texto constitucional. E, em decorrência disso, pode-se dizer que o princípio da coculpabilidade é um princípio implícito na Constituição Federal, uma vez que ele, reconhecendo a ineficiência do Estado na promoção daqueles direitos fundamentais, bem como do fundamento da dignidade da pessoa humana, irá minimizar os efeitos de tal exclusão social, que são decorrentes da desigualdade de oportunidades, adotando, para isso, o acusado como sujeito de direitos, e não como mero objeto do mesmo.

Desta feita, o marginalizado deixa de ser apenas um objeto de pesquisas e estatísticas criminais para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado.

Em outras palavras, a aplicação do princípio da coculpabilidade, entendemos, é um instrumento indispensável no reconhecimento da corresponsabilidade do Estado, que não leva aos seus cidadãos a dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro direito

²⁸ Nas palavras de Grégore Moura (2006, p. 65), *in verbis*: "o pluralismo jurídico seria o reconhecimento da diversidade, da autonomia, das liberdades e do respeito aos diversos grupos existentes na sociedade, concretizando a democracia, ou seja, é a participação de todos nos direitos e deveres trazidos pelas normas jurídicas.

fundamental, embora, diga-se, o natural seria o Estado cumprir seus deveres constitucionais, promovendo inclusão a eles (cidadãos).

No ponto, reconhecendo a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, explana Juarez Cirino dos Santos, *in verbis*:

Hoje, como valorização compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. (SANTOS, 2004, p. 265-266)

Assevera, ainda, sobre o tema, Rogério Greco, *ipsis litteris*:

Sabemos, como regra geral, a influência que o *meio social* pode exercer sobre as pessoas. A educação, a cultura, a marginalidade e a banalização no cometimento de infrações penais, por exemplo, podem fazer parte do cotidiano. Sabemos, também, que a sociedade premia poucos em detrimento de muitos. Não existe distribuição de riquezas. Uma parcela pequena da sociedade vive nababescamente e convive com a outra parcela, esmagadoramente superior, formada por um grupo que se encontra no limite entre a pobreza e a miserabilidade. A classe média, aos poucos, vai perdendo posição, alguns se destacando e, por conseguinte, se enriquecendo; e outros, na sua maioria, empobrecendo dia após dia.

A teoria da coculpabilidade 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 se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não consegue emprego, pois o Estado não preparou ou os qualificou para que pudessem 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. (GRECO, 2010, p. 404)

Os autores, ao constatarem a realidade de nossa sociedade, em que o Estado se mostra inadimplente com os seus deveres constitucionais, legitimam a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade.

Assim, repita-se, em razão da diferença de oportunidades que cada pessoa recebe do Estado, a coculpabilidade faz com que, junto ao indivíduo infrator, uma parcela dessa culpa, dessa reprovação, seja dividida com a sociedade à medida e em razão das possibilidades negadas àquele.

Em seu turno, quanto a sua aplicabilidade à luz do Código Penal, importante dizer, de início, que o princípio da coculpabilidade não está expressamente previsto na legislação penal brasileira como ocorre em diversos países latino-americanos ²⁹.

²⁹ No Direito Penal Argentino, o princípio da coculpabilidade está expressamente previsto como uma circunstância legal que agrava ou atenua a pena, conforme se nota nos artigos 40 e 41 de seu código, vejamos:

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

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

La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutaria y la extensión del daño y del peligro causados.

La edad, la educación, los costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la misera o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado em el hecho, las reincidências em que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como lo vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestrem 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 el la medida requerida para cada caso. (Grifamos)

O Direito Penal Mexicano também prevê expressamente a coculpabilidade no artigo 52 de seu código:

Art. 52. El juez fijará las penas e medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

(Omissis)

V - la edad, la educación, la instrucción, los costumbres, las condiciones sociales e económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el processado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán em cuenta, además, sus usos y costumbres. (Grifos nosso)

Outrossim, exponha-se que o Direito Penal Peruano prevê, no artigo 45 de seu código, o princípio da coculpabilidade:

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente. (No original, sem grifos)

Na Bolívia, o Estatuto Repressor Pátrio também prescreve a coculpabilidade, vejamos os artigos 38 e 40:

Art. 38 – CIRCUNSTANCIAS.

Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente em cuenta: la edad, la educación, los costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica e social.

Art. 40 – ATENUANTES GENERALES.

Podrá también atenuarse la pena: Cuando el autor ha obrado por motivo honorable, o impulsado por la miséria (...). (Grifamos)

Por sua vez, o Direito Penal Colombiano prevê expressamente tal princípio no artigo 56 de seu *codex*:

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

No Equador, o Código Penal prevê também a coculpabilidade em seu artigo 29, 11º, porém restrita aos crimes contra a propriedade, *in verbis*:

Art. 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 em la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, coma em los casos siguientes:

(Omissis)

11º) Em los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo har. colocado al delincuente em una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, em la época em que cometió la infracción; (Omissis)

Por fim, o Direito Penal Paraguaio prescreve, em seu Código Penal, o princípio da coculpabilidade, em seu artigo 65:

Art. 65. Bases de la medición.

No entanto, seria possível a aplicação do princípio da coculpabilidade, além pelo já demonstrado, pela hermenêutica de nossa atual legislação, mormente, na fase da dosimetria da pena, embora o ideal fosse a sua positivação.

O critério expressamente adotado em nosso país para a dosimetria da pena, ou seja, o momento processual que o juiz fixará a pena a ser cumprida pelo condenado, é o trifásico, nos termos do artigo 68 do Código Penal Brasileiro, *ipsis litteris*:

Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59³⁰ deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
Parágrafo único. No 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.

De se ver que é na segunda fase que incide, com mais evidência, o princípio estudado, na qual o juízo considerará as circunstâncias atenuantes. *In casu*, a coculpabilidade está configurada como uma atenuante genérica, ou inominada, nos termos do artigo 66 do Código Penal, senão vejamos: “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Nota-se que o supramencionado dispositivo legal dá maior liberdade ao juiz para aplicar a pena, atendendo as peculiaridades do caso concreto. Logo, verificando ele que o campo de autodeterminação do acusado foi diminuído em razão de suas condições socioeconômicas precárias, decorrentes da inatividade estatal, bem como que tal circunstância apresentou relevante influxo na prática do tipo penal, poderá, em homenagem às atenuantes genéricas, impor-lhe uma menor reprovação.

É de bom alvitre ressaltar, ainda, que o próprio Código de Processo Penal Brasileiro prescreve a obrigatoriedade em se aferir as condições socioeconômicas do

1º) *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.*

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

(Omissis)

6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y (Omissis)

³⁰ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente; aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

acusado na oportunidade do interrogatório, senão vejamos o estatuído no seu artigo 187, § 1º, *in verbis*:

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

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Sem grifos no original)

Desta feita, resta mais que evidente a constitucionalidade da aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de permissivos tanto constitucionais como ordinários.

3.3. Princípio da Coculpabilidade às Aversas

Interessante, ainda, mencionar que existe uma corrente doutrinária no sentido de se permitir a aplicação do princípio da coculpabilidade às avessas, majorando, ao invés de atenuar, em determinadas situações, a sanção a ser aplicada.

Grégore Moreira de Moura dedica algumas linhas de sua obra ao assunto:

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

(*Omissis*)

Esse raciocínio, sem dúvida, num primeiro momento, parece trazer insito o princípio da igualdade material. Por isso, importante realizar uma reflexão mais profunda sobre o tema.

Entretanto, a coculpabilidade como forma de agravação da reprovação social e penal irá de encontro às finalidades para as quais foi desenvolvida, resultando em uma extensão e revisão de seu conceito, bem como de seus aspectos doutrinários ou, quiçá, no seu total desvirtuamento. (MOURA, 2006, p. 46-47)

E arremata:

Ora, o Estado somente estará fazendo sua obrigação prevista constitucionalmente ao incluir socialmente seus cidadãos, propiciando-lhes o verdadeiro bem comum – elemento teleológico do conceito de Estado³¹ – e não o “bem de alguns”.

Assim, não reconhecemos a coculpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal, visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desviar a finalidade para a qual foi criada. Além disso, a reprovação daqueles que são incluídos socialmente já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não carecendo, com efeito, de uma exacerbação na punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena prevista no art. 59 do Código Penal.³² (MOURA, 2006, p. 47-48)

Portanto, registra-se que a doutrina consultada condena a aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado às avessas por acreditar que colidiria com seus próprios fundamentos, haja vista, ratifica-se, esse princípio foi vislumbrado para “compensar” a inércia do Estado na seara social, desse modo, aqueles sujeitos que estão incluídos socialmente já têm a reprovação prevista no ordenamento jurídico pátrio na medida idônea, não necessitando, pois, de majorações.

Avançando no desenvolvimento do presente trabalho, chegaremos ao último ponto, que seria a constatação da incidência do estudado princípio nas decisões dos tribunais pátrios.

³¹ O Estado compõe-se de quatro elementos: pessoal (povo), físico (território), político (governo soberano) e teleológico (bem comum).

³² “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (*Omissis*)”. Infere-se, pelo dispositivo legal citado, que a intervenção penal deve ser a necessária (limite mínimo) e suficiente (limite máximo) para proteger o bem jurídico sem insuficiências ou excessos.

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

4.1. Decisões Denegatórias à Aplicação do Princípio da Culpabilidade do Estado

Ab initio, registra-se a escassez do número de julgados que abordem esse tema, bem como que em vários Tribunais Brasileiros ainda não o debateram, razão pela qual não há entendimento pacífico quanto a esse mote.

Destarte, enumeraremos, a seguir, primeiramente, alguns, dentre esses poucos, que não conheceram a legitimidade da aplicação do princípio epigrafado nos casos concretos trazidos ao juízo *ad quem*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. FURTO TENTADO E QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONFISSÃO DO REPRESENTADO SECUNDADA POR DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E DEMAIS TESTEMUNHAS. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. RECONHECIMENTO DA COCULPABILIDADE DO PODER PÚBLICO EM RAZÃO DA SUA FALIBILIDADE EM RECUPERAR O ADOLESCENTE QUANDO DA APLICAÇÃO DAS DEMAIS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. (...) O reconhecimento da teoria da culpabilidade parece temerária (SJC), eis que inevitavelmente vai aderir à conceituação de pobreza e miséria, relegando a uma segunda análise a ocorrência ou não culpabilidade, hoje entendida como juízo de censurabilidade e reprovabilidade da conduta do indivíduo. (TJSC. Apelação Crime nº 2006.005291-1. Relator: Desembargador Túlio José Moura Pinheiro. Julgado em: 22/08/2006)

Observa-se, no julgado, que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não reconheceu o princípio da culpabilidade, fundamentando-se, para isso, no argumento de que não há previsão legal para tanto.

Contudo, como já estudado do Capítulo III deste trabalho, há possibilidades de aplicação de tal princípio em nosso ordenamento, muito embora não exista uma previsão expressa nesse sentido, haja vista estar ele implícito no texto constitucional e, inclusive, poder ser considerado uma atenuante genérica, consoante reza o artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

Outrossim, traz-se mais dois julgados, agora do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL HARMÔNICAS AO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATENUANTE GENÉRICA. COCULPABILIDADE DO ESTADO. INADMISSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (...) A atenuante genérica da culpabilidade do Estado é facultativa, todavia, não deve ser reconhecida, sob pena de legitimar e estimular as práticas criminosas. (...) O estado de pobreza, a pouca escolaridade e a renda precária do agente não justificam sua atitude criminosa e, tão pouco, diminuem a sua culpabilidade. A exigibilidade da conduta faz-se conforme o direito. (TJMT. Apelação Crime nº 15103/2003. Relator: Desembargador Paulo da Cunha. Julgado em: 02/12/2003)

ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA. REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. COCULPABILIDADE DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. (...) Cabe ao Estado fomentar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos a preservação de seus direitos individuais. Porém, atribuir-lhe responsabilidade pela prática de crime pela falta de política social é inaceitável, visto que assim fosse, o Estado estaria fomentando a prática delitiva. A reprovação adequada da conduta errada é um dever do Estado e tem como objetivo promover a perfeição do homem e o resgate de sua cidadania. (...) Embora seja obrigação do Estado proporcionar a todo cidadão condições dignas de sobrevivência, o fato de a pessoa ser pobre, de não ter tido acesso à educação e saúde, não justifica a prática de crimes, mormente o descrito no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Isso porque, milhões de brasileiros encontram-se na mesma situação do apelante, e vivem honestamente. É muito cômodo que alguém, visando lucro fácil, ao invés de trabalhar, transporta substância entorpecente (cocaína) e culpe o Estado e ainda busque ser beneficiado com isso. (TJMT. Apelação Crime nº 2066/2003. Relatora: Juíza Maria Aparecida Ribeiro. Julgado em: 20/05/2003)

De se ver que os acórdãos elencados acima também negam a aplicação do princípio da cculpabilidade, sob o fundamento, mormente, de, se aplicado, estimular e legitimar as práticas criminosas.

No entanto, como bem explanado no capítulo anterior, não há como negar que situações de pobreza e pouca escolaridade, normalmente geradas, frisa-se, em razão da inadimplência, entenda-se, descompromisso da Administração Pública, atingem o âmbito de autodeterminação do agente, no sentido de restringi-la, aumentando, conseqüentemente, sua vulnerabilidade, o que deve, da melhor justiça, ser considerado para o fim da reprovação da conduta e da aferição do grau de exigibilidade de uma conduta conforme o direito.

Ainda, em sentido oposto ao defendido pelos desembargadores nos citados acórdãos, o Estado efetivamente fomenta a prática delitiva ao não garantir aos cidadãos

seus direitos mais fundamentais previstos na Carta Política Brasileira, que deveria ser seu maior objetivo, não restando alternativa, nesse contexto, senão repartir a responsabilidade com o indivíduo pela prática de crime.

Ante o exposto, embora se tenham, no presente tópico, colacionados julgados denegatórios à aplicação do princípio da coculpabilidade, infere-se que a seletividade do sistema e a vulnerabilidade do agente àquele devem ser considerados quando da análise da reprimenda, dentro do aspecto da culpabilidade.

4.2. Decisões Favoráveis à Aplicação do Princípio da Coculpabilidade do Estado

No ponto, há de se mencionar que, a despeito dos julgados trazidos no tópico anterior, existem jurisprudências que aplicam o princípio da coculpabilidade no caso concreto, afirmando todo o explanado no terceiro capítulo do presente trabalho monográfico.

Nesse sentido, ponham-se à mostra os acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que seguem:

ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. COCULPABILIDADE. SE A GRAVE AMEAÇA EMERGE UNICAMENTE EM RAZÃO DA SUPERIORIDADE NUMÉRICA DE AGENTES, NÃO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE *BIS IN IDEM*. INEPTA É A INICIAL DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) QUE NÃO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NÃO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBÉM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADÃO. RÉU. RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUÍZA SENTENCIANTE. (16 fls.). (TJRS. Apelação Crime nº 70002250371. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em: 21/03/2001)

EMBARGOS INFRINGENTES. TENTATIVA DE ESTUPRO. FIXAÇÃO DA PENA. AGENTE QUE VIVE DE BISCATES, SOLTEIRO, COM DIFICULDADES PARA SATISFAZER A CONCUPISCÊNCIA, ALTAMENTE VULNERÁVEL À PRÁTICA DE DELITOS OCASIONAIS. MAIOR A VULNERABILIDADE SOCIAL, MENOR A CULPABILIDADE. TEORIA DA COCULPABILIDADE (ZAFFARONI). PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE MÍNIMA. REGIME CARCERÁRIO INICIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS POR MAIORIA. (TJRS. Embargos Infringentes nº 70000792358. Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Julgado em: 28/04/2000)

Dessarte, cõmo se extrai das ementas acima, a vulnerabilidade pela culpabilidade do agente foi considerada, entendendo-as inversamente proporcionais, ou seja, quanto maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade.

De se notar, oportunamente, que o princípio da coculpabilidade foi aplicado no momento da análise da primeira fase da dosimetria da pena, é dizer no tempo da apuração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59³³ do Código Penal, ocasião da fixação da pena-base, o que, inegavelmente, é um precedente.

Colaciona-se, ainda, outro julgado do Tribunal Gaúcho:

FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (...) JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMIANALFABETO. INSTITUTO DA COCULPABILIDADE. (...) Quando ao alegado instituto da coculpabilidade, consta nos autos que o réu é "semianalfabeto". (S/C) Por certo, ALEXANDRO esteve, em algum momento de sua vida, matriculado em uma escola pública. O acusado, todavia, não aprendeu a ler e a escrever. Estamos, então, diante de um caso típico de alguém cuja experiência escolar foi encerrada precocemente pelo fracasso. Terá sido sua a responsabilidade por este fracasso? Podemos, enfim, atribuir a uma criança que não se alfabetiza alguma responsabilidade por este resultado quando, contemporaneamente, se sabe que todas as pessoas são capazes de aprender e que mesmo adultos podem ser alfabetizados em 3 (três) meses? Alguém pode, ainda, atribuir a uma criança que não se alfabetiza a responsabilidade por este resultado quando, desde que com o emprego do método adequado e com o necessário investimento afetivo, crianças autistas e mesmo sequeladas cerebrais são alfabetizadas? Ora, é evidente que o fracasso escolar experimentado pelo acusado é de inteira responsabilidade do Estado. Reconhecê-lo significa incorporar a noção de que há uma responsabilidade pública – vale dizer: de todos – nas opções de vida que foram sendo sequestradas de ALEXANDRO. Afinal, em uma época como a nossa, onde um simples vendedor que trabalhe atrás de um balcão de uma loja precisa ter noções de informática, a perspectiva de empregabilidade de um homem analfabeto ou semianalfabeto é praticamente nula. Tal circunstância histórica deve ser sopesada no momento em que a sociedade julga a conduta deste homem. (TJRS! Apelação Crime nº 70013886742. Relator: Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini. Julgado em: 20/04/2006)

Verifica-se, novamente, com essa decisão, que foi reconhecida a corresponsabilidade do Estado, uma vez que não se ofereceu ao agente infrator as condições necessárias para um adequado desenvolvimento individual e social, aplicando,

³³ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente; aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (*Omissis*)

agora, concretamente, o princípio da coculpabilidade do Estado como atenuante genérica da pena (artigo 66, Código Penal ³⁴), analisada na segunda fase da dosimetria penal.

Desta feita, nota-se que os julgados transcritos neste tópico demonstram a coragem e a perspicácia dos julgadores, atentos aos aspectos econômico-sociais que nos cercam. Entretanto, é de se frisar que, por ainda o princípio da coculpabilidade do Estado não ser positivado, existe, como visto, grande divergência jurisprudencial. O que, por conseguinte, impõe-se uma pacificação no entendimento dos tribunais pátrios acerca do tema, possibilitando o alcance de uma evolução no Direito Penal Brasileiro.

³⁴ Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da coculpabilidade, tema central proposto pelo presente trabalho científico, é o reconhecimento da ineficiência do Estado, diga-se aqui, o Brasileiro, em garantir os direitos mais fundamentais elencados na nossa Carta Magna, *exempli gratia*, o direito a uma educação de qualidade, a saúde e a igualdade, cuja aplicabilidade implicaria na diminuição da reprovação da conduta do agente infrator, na medida de sua vulnerabilidade provocada pela referida inadimplência estatal no campo social.

Dessa forma, foi apresentado, no primeiro momento, o conceito e a evolução do Estado, com o intuito maior de evidenciar seus objetivos e, por conseguinte, corroborar na aferição da possibilidade de aplicação do princípio epigrafado em nosso ordenamento. Oportunidade que se mostrou que o Estado, ente responsável pela organização e pelo controle social, formado pelo território, governo soberano e povo, passou por períodos de total desrespeito aos mais básicos direitos humanos até evoluir ao que temos hoje constituído, o Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, foi demonstrado que o Estado tem o dever de garantir a todos os direitos fundamentais do homem, bem como deve promover o desenvolvimento econômico e social, distribuindo tais benesses de forma isonômica entre seus cidadãos, ao mesmo tempo em que busca seus objetivos, quais sejam, a paz, a segurança e o bem-estar da sociedade.

No segundo capítulo, dispusemos a expor, sinteticamente, sobre o conceito, os elementos e causas excludentes da culpabilidade, tema imprescindível ao atingimento do objetivo deste trabalho. Destarte, verificou-se que a culpabilidade é o elemento formado: do conceito analítico de crime, em que busca aferir o grau de reprovação da conduta do agente, tendo como elementos a imputabilidade, que é a capacidade de entendimento do caráter antijurídico do fato, o potencial conhecimento da ilicitude, que seria a possibilidade de conhecer o perfil contrário ao ordenamento da conduta, e a exigibilidade de conduta diversa, que a necessidade de se poder exigir, do agente, comportamento conforme o direito.

Nesse ínterim, foi ligeiramente explicado as causas de exclusão da culpabilidade, sistematizados conforme a afinidade com os seus elementos, em que se expôs como causas relativas à imputabilidade: a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, a

menoridade e a embriaguez accidental completa. Empós, as relativas à potencial consciência da ilicitude, que é somente o instituto do erro de proibição. Em seguida, colocou-se as causas excludentes da culpabilidade atinentes à exigibilidade de conduta diversa, onde se figurou: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Na sequencia, finalmente foram tecidas considerações acerca do princípio da coculpabilidade, abrangendo seu conceito e as possibilidades de aplicação na Sistemática Constitucional Penal Brasileira. Logo, constatou-se que tal princípio se trata da responsabilidade conjunta do Estado sobre os atos praticados por seus cidadãos, quando estes sofreram menosprezo nos direitos fundamentais, em virtude de um Estado omissivo no campo social.

Da mesma forma, demonstrou, também, que se deve entender o princípio *sub examine* como sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, baseando-se, pois, no juízo de reprovação pelo âmbito de autodeterminação do indivíduo, acrescido ao juízo de reprovação pelo esforço desse agente em alcançar sua situação de vulnerabilidade.

Outrossim, foi analisado, subsequentemente, a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade sob a égide da Constituição Federal e do Direito Penal Brasileiro. Ocasião essa que se vislumbrou tal princípio como sendo norma implícita no texto constitucional, uma vez que reconhece a corresponsabilidade do Estado por não levar aos seus cidadãos o estatuído, mormente, nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º da Lei Maior. No mesmo prisma, foi dito que a coculpabilidade não está expressamente prevista na legislação penal pátria, mas é possível a sua aplicação, principalmente, nas duas primeiras fases da dosimetria da pena, haja vista os permissivos legais constantes nos artigos 59 e 66, do Código Penal, e 187, § 1º, do Código de Processo Penal.

Após, realizou-se rápida explicação sobre a coculpabilidade às avessas, que seria a hipótese de aplicação de penas majoradas quando o agente infrator possuir um enorme campo de autodeterminação, em razão de, *verbi gratia*, gozar de farto poder aquisitivo financeiro, situação esta que se viu inaplicável em nosso ordenamento jurídico.

O último capítulo do presente trabalho versou sobre a incidência do princípio em estudo nas decisões dos tribunais pátrios. Então, registraram-se julgados de todas as posições, evidenciando, logo, não ser pacífico o mote.

Nesse contexto, salienta-se, como já demonstrado, que é inegável o influxo que as circunstâncias sociais exercem no âmbito da autodeterminação do indivíduo, bem como que o nosso Estado não oferece oportunidades iguais a todos, tampouco cumpre suas verdadeiras funções, deixando à margem da sociedade uma grande parcela de seus

cidadãos, devendo todos esses aspectos serem sopesados quando da aplicação da sanção a estes pelo cometimento de um delito.

Dessarte, pelo tudo já exposto, posicionamos no sentido de ser constitucional a aplicabilidade do princípio epigrafado na sistemática penal brasileira.

Desta feita, demonstrado a razão de ser do Estado Democrático de Direito, bem como averiguado a constitucionalidade da aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, categórico está a contribuição que o presente trabalho monográfico desempenhará na consolidação da verdadeira justiça social, concretizando efetivamente, assim, os direitos fundamentais que caracterizam o nosso constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Vade Mecum: Legislação Seleccionada para OAB e Concursos**. Coordenação de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. I. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINHO, Dórian Esteves Ribas. **Uma Visão Evolutiva dos Direitos Humanos. Prática Jurídica**. Ano IV, n. 43, 31 out. 2005.
- MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. Tradução: Peter Naumam. Revisão: Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito Penal: Parte Geral I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. Reflexões Acerca da Responsabilidade da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 19-29, dez. 2010.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política Criminal Latinoamericana*. Buenos Aires: Hamurabi, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1: Parte Geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.