

**RECONHECIMENTO DA *MEA CULPA* DO ESTADO
E DA SOCIEDADE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
DA COCULPABILIDADE PENAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Grasielle Borges Vieira de Carvalho¹
Carolline Cardoso Pinheiro²

Resumo: O presente artigo científico tem por escopo discutir acerca do liame entre a exclusão social e a criminalização. Aborda-se o instituto da culpabilidade e sua evolução conceitual como elemento integrante da definição de crime. Em seguida, adentra-se na abordagem crítica dos valores sociais vigentes que culminam na positividade de normas que atendem aos interesses das camadas sociais privilegiadas. Com o cerceamento do poder de autodeterminação dos agentes estereotipados como criminosos pela sociedade, constata-se que eles se tornam mais vulneráveis à atuação do poder punitivo seletivo, arbitrário e discriminatório. É nesse contexto que se apresenta o Princípio da Cculpabilidade, o qual assenta que o Estado se encontra inadimplente com os indivíduos marginalizados, na medida em que se omite no seu dever de erradicar as carências sociais, econômicas, políticas, culturais e educacionais que frustram as expectativas das classes menos abastadas.

Palavras-chave: culpabilidade; seletividade do direito penal; coculpabilidade.

1. Introdução

“O que exigimos nesses processos, cujos réus cometeram crimes ‘legais’, foi que os seres humanos sejam capazes de distinguir o certo do errado quando tudo o que têm

¹ Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora e Pesquisadora do Curso de Direito nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia da Universidade Tiradentes (Unit/SE), bem como de Pós-Graduação. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal e em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa de Execução Penal e do Grupo de Pesquisa sobre Gênero, Família e Violência do Diretório de Pesquisa do CNPq. Advogada. E-mail: grasielle_vieira@yahoo.com.br.

² Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Complexo Educacional Damásio Evangelista de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit/SE). Ex-aluna de Iniciação Científica como voluntária do Programa de Iniciação Científica Provic/Unit (2012-2013) e integrante do Grupo de Pesquisa de Execução Penal do Diretório de Pesquisa do CNPq. Advogada. E-mail: carolline.pinheiro@hotmail.com.

para orientá-los é o seu próprio juízo, que, no entanto, acontece de estar em completa oposição com o que eles têm que encarar como a opinião unânime de todos à sua volta” (Hannah Arendt).

O presente trabalho trata do Princípio da Culpabilidade Penal, tendo por objetivo geral analisar a possibilidade de incidência do supracitado princípio no Direito Penal brasileiro. Para tanto, tem-se como objetivos específicos estudar o instituto da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime, bem como a evolução de suas bases teóricas; compreender a seletividade do poder punitivo e as Teorias do Realismo Jurídico Marginal, da Vulnerabilidade e da Culpabilidade.

Tendo em conta que “a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013, p. 547), nota-se que as disparidades socioeconômicas e a marginalização constituem-se em realidades que não podem ser ignoradas pelos operadores do Direito, visto que os fatores sociais ocupam posição de destaque frente à graduação do poder de liberdade e autodeterminação dos indivíduos que, maculados pelas carências (social, econômica, política, educacional, etc.), se veem tentados em incorrer na prática de injustos penais.

A relevância desse estudo evidencia-se como de grande monta para a atualidade, haja vista que suscita uma alternativa para a construção de um Direito Penal mais preocupado com a função humanitária da sanção penal perante a realidade social do agente infrator.

E, muito embora não esteja expressamente positivada no ordenamento jurídico pátrio, a culpabilidade não só já vem sendo adotada na legislação de países latino-americanos, como tem sido objeto de intensas discussões travadas, em nosso país, entre doutrinadores, legisladores e operadores do Direito, os quais ainda não possuem entendimento pacificado quanto a essa questão.

Assim, pretende-se destacar a pertinência teórica e prática do Princípio da Culpabilidade, salientando o aspecto social da prática delituosa, assumindo que existem fatores ligados à conjuntura socioeconômica dos sujeitos ativos que interferem negativamente no seu livre-arbítrio, fazendo com que a opção pelo crime não seja propriamente uma escolha, mas sim, uma consequência do meio, do modo como vivem e da maneira como são estereotipados pelo Estado e pela sociedade como verdadeiros “inimigos”, que perturbam a paz social e revelam as mazelas da vida humana e da omissão estatal.

Para tornar viável o desenvolvimento do estudo em comento, adotou-se a pesquisa bibliográfica com uma abordagem exploratória acerca das ideias dos principais doutrinadores da dogmática penal e da Criminologia Social, com destaque para o renomado jurisconsulto Eugenio Raúl Zaffaroni. Recorreu-se, também, ao Direito Penal Comparado, na medida em que se destaca como se verifica a inserção do instituto em estudo no ordenamento jurídico de países latino-americanos. E, por meio do levantamento de precedentes jurisprudenciais pátrios, empreendeu-se o

exame de como os tribunais vêm se posicionando quanto à admissão da Teoria da Culpabilidade.

2. Da culpabilidade como unidade integrante do conceito analítico de crime

Primeiramente, impende registrar que, no intuito de se averiguar o que se sustenta como delito, estabeleceram-se diversos modos de conceituá-lo perante o ordenamento jurídico, facilitando não só a normatização dos tipos penais, mas também auxiliando a atuação dos operadores do Direito na identificação dos fatos que perturbam a paz social de maneira suficiente para clamar a intervenção do Direito Penal. Nesse toar, os principais enfoques perfilados pela doutrina pátria no estudo do conceito de crime são: o material, o formal e o analítico.

Em seu conceito material, o crime é identificado quando se atribui a ele a ideia de comportamento humano causador de lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente tutelado e relevante para o resguardo dos direitos e garantias fundamentais consagrados pelo texto constitucional. Nesse enfoque, é possível notar o papel político-criminal do legislador em selecionar as ações que serão criminalizadas e penalizadas na sociedade, tipificando as condutas consideradas como criminosas e contra as quais o Estado deve legitimamente se insurgir.

O conceito formal visualiza-se, por sua vez, quando o fato da vida real revela desobediência ao que está estabelecido em uma norma penal incriminadora, focando nas consequências jurídicas do ato com a imposição de sanção penal, demonstrando, por isso, uma visão legalista e legitimadora do Direito Penal, na medida em que, diante de diversos fatos imorais, serão reputados atos ilícitos somente aqueles inculpidos no ordenamento jurídico.

Diante da necessidade de sistematização dos elementos inerentes ao delito e da dificuldade de uma aplicação racional e uniforme do Direito Penal, surgiu o conceito analítico de crime, o qual leva em consideração a composição estrutural da conduta que enseja a infração penal, examinando-se, para tanto, se o fato é típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável, e, conseqüentemente, se haverá responsabilização penal do agente.

2.1. Evolução histórica do conceito de culpabilidade: as teorias da culpabilidade

Da análise feita anteriormente acerca da Teoria Geral do Crime, é notável a posição de destaque - e também controversa - ocupada pela culpabilidade na dogmática jurídico-penal, tanto que, nas lições de Franz Von Liszt (apud BITENCOURT, 2013, p. 436), “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal”.

Atualmente, a culpabilidade é compreendida pela doutrina pátria, de forma pacífica, como um fator de ordem subjetiva perante a conduta perpetrada, traduzindo o juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor responsável por um fato típico e antijurídico, ou seja, por um injusto penal. Para compreender o atual conceito de culpabilidade largamente utilizado, deve-se compreender a evolução das teorias da culpabilidade.

2.1.1. Teoria Psicológica

Ao final do século XIX e início do século XX, os pensamentos trazidos por Franz Von Liszt e Ernest Beling revolucionaram a abordagem do Direito Penal. Inspirados pelo positivismo jurídico e pelo ideal de buscar métodos científicos, tais teóricos assumiram o importante papel de estabelecer a primeira análise sistemática do delito (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e, ainda, a consolidação da responsabilidade penal subjetiva.

Para explicar o aspecto subjetivo do crime, emergiu a Teoria Psicológica da Culpabilidade, cujo pilar era o Sistema Causalista, segundo o qual a ação era tida como expressão moral e a “culpabilidade, em suma, significava o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido” (BITENCOURT, 2013, p. 383), de maneira que tal ligação era aferida através de uma consideração valorativa da norma, a qual traduziria a desaprovação social e jurídica do ato criminoso perante a vida em comum.

Ao expor o que supostamente constituiria o “conteúdo material do conceito de culpabilidade” e, logo, a imputabilidade pela prática de atos contrários aos valores socialmente compartilhados, Von Liszt (apud TANGERINO, 2014, p. 74) arremata que ele teria “raiz no caráter associal do autor, [...] isto é, na imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum no Estado, e na motivação antissocial, provocada por esta causa (em propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade)”.

Segundo destaca Tangerino (2014), muito embora o inegável caráter precursor dessas ideias que forneceram uma visão individualizada da culpabilidade penal, o Sistema Causal-Naturalista se tornou objeto de diversas críticas. No tocante à culpabilidade, sua grande falha, todavia, reside na forma equivocada de sua concepção ao tentar condensar dolo e culpa como espécies de culpabilidade, quando, na verdade, estes elementos se mostram verdadeiramente antagônicos e distintos, tal como assevera Damásio de Jesus (2013, p. 460) quando afirma que “se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja a culpabilidade”.

2.1.2. Teoria Normativa ou Psicológica-Normativa

Em resposta às lacunas deixadas pelo pensamento clássico, surgiram, no início do século XX, as primeiras concepções do Sistema Neoclássico, de base

neokantista, representado, especialmente, por Reinhard Frank, Edmund Mezger e Robert von Hippel, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, que buscavam atribuir às ciências humanas peculiaridades na apreciação de seus valores e fundamentos, distanciando-se do naturalismo clássico.

O crime passou a ser conceituado como um injusto culpável, sendo o injusto a síntese entre o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. Nada obstante, esta passava a ser formada por três fatores: a imputabilidade, o dolo ou a culpa e a exigibilidade de conduta diversa, não existindo mais as anteriormente chamadas espécies de culpabilidade.

A culpabilidade deixou, portanto, de ser simples nexos psíquico entre o autor e o fato para tornar-se indicador de exame do juízo de valor e da reprovabilidade do ato praticado pelo agente, tanto que Reinhard Frank (apud TANGERINO, 2014, p. 85) postulava que “um comportamento proibido pode ser imputado à culpabilidade de alguém quando a ele pode-se fazer uma reprovação por tê-lo posto em curso”.

Isto não representou, no entanto, um desligamento completo do viés psicológico da teoria anterior, tendo em vista que a culpabilidade era simultaneamente uma relação de natureza psicológica e um juízo de reprovação que recairia sobre o sujeito. Assim sendo, este “juízo de reprovabilidade já não teria por fulcro apenas a vontade em seu sentido puramente naturalístico, como a teoria psicológica acreditava, mas sim, a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser”. (FRAGOSO, 1995, p. 196)

Dentre os avanços trazidos pela Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa, ressalta-se a inclusão dos elementos subjetivos no tipo penal, rompendo com a concepção de que a norma penal descreveria a conduta destituída de carga valorativa. Subsistiam, porém, algumas falhas na conceituação da culpabilidade, em especial pelo fato de incluir dolo e culpa como seus elementos constitutivos, de tal sorte que, com o surgimento de novas controvérsias, foi concebida a Teoria Normativa Pura.

2.1.3. Teoria Normativa Pura

Na década de 1930, começou a se firmar na dogmática penal o Sistema Finalista, sustentado, precipuamente, no pensamento de Hans Welzel, e representou um marco definitivo no Direito Penal, a partir do momento em que se consolidaram a Teoria Finalista da Ação e a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

Ao conceituar a conduta como comportamento humano, consciente e voluntário, movido por uma finalidade, tornou-se impossível distanciar a ação de sua finalidade, em oposição à Teoria Causalista da Ação, dominante nos Sistemas Clássico e Neoclássico. Partindo do pressuposto ontológico de que a ação humana seria o exercício da atividade final, o finalismo elegeu a intencionalidade do agente como fator preponderante e alterou, de forma considerável, a estrutura analítica do delito ao não mais analisar o elemento subjetivo do tipo (o dolo ou a culpa) em sede de culpabilidade, mas sim no fato típico.

A culpabilidade, por sua vez, passou a ser contemplada como os atributos da vontade dos quais se extrai a responsabilidade subjetiva do agente, e ao deslocar o dolo e a culpa para o fato típico na qualidade elementos subjetivos da conduta, a culpabilidade passou a ser composta estritamente por elementos de caráter normativo, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, tal como se observa na moderna Teoria Geral do Delito. Com efeito, passou a imperar uma verdadeira Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, para a qual a culpabilidade seria o juízo de reprovação ou de censura pertinente à ação perpetrada pelo indivíduo que infringia as normas do Direito, quando poderia ter atuado de forma diversa (BITENCOURT, 2013).

Inegável se constituiu a contribuição da Teoria Normativa Pura para a Ciência do Direito Penal. Todavia, o finalismo foi alvo de diversas críticas, uma delas, inclusive, reconhecida pelo próprio Welzel quando ele confessa que a Teoria Final da Ação “não apreendeu corretamente o delito culposo”, uma vez que “se partiu primitivamente com o prejulgamento generalizado na doutrina jurídico-penal de que o resultado era o aspecto jurídico penal essencial do fato culposo” (WELZEL, apud GRECO, 2014, p. 388).

Levando-se em consideração que o Código Penal Brasileiro vigente se apoia na Teoria Normativa Pura, a partir da concepção finalista de Hans Welzel, temos que a culpabilidade é composta por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa; de tal sorte que, na ausência de qualquer deles, não há que se falar no juízo de censura traduzido pela culpabilidade.

2.2. Culpabilidade sob a ótica do livre arbítrio e do determinismo

Com o fito de justificar a reprovabilidade e o juízo de censura do injusto penal, consistente na avaliação das condutas aceitas ou não pela sociedade e pelo Estado, foram elaboradas duas perspectivas de análise acerca do que leva o agente a praticar atos delituosos: o livre-arbítrio e o determinismo.

A noção de livre-arbítrio, amplamente defendida pelos teóricos da Escola Clássica, baseia-se na ideia eminentemente iluminista de que o homem seria um ser moralmente livre e responsável para realizar suas escolhas, agindo conscientemente, com sua capacidade de compreensão, de maneira que o fundamento da responsabilidade penal residiria na responsabilidade moral. Nesse sentido, colaciona-se:

De mero fantoche, submetido a determinações divinas, os tempos modernos forjaram um indivíduo pretensamente livre e responsável por seus atos, autocentrado e autodeterminado. De vassalo a cidadão, ele percorre uma trajetória na qual emerge a figura de um sujeito supostamente livre de determinações externas e de regras pré-estabelecidas, senhor de seus atos e seus domínios. (COIMBRA; AYRES; NASCIMENTO, 2010, P. 184)

O determinismo, por outro lado, foi fruto do cientificismo pregado pela Escola Positiva, segundo a qual as escolhas do homem seriam influenciadas por fatores internos e externos (meio social, cultura, educação, etc.), não se admitindo o livre arbítrio como critério para a mensuração da culpa. Assim, destituído da vontade livre, o sujeito não seria dotado do poder de escolha isoladamente considerado, haja vista a existência de elementos causais e circunstanciais peculiares do meio em que o agente está inserido.

Nesse sentido, temos que, para Welzel, “a culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme ao sentido em um sujeito responsável” (apud, BITENCOURT, 2013, p. 463).

A aferição da natureza da motivação das ações do agente é questão indubitavelmente complexa, posto que, conforme salienta Bitencourt (2013), reside justamente na dificuldade de se apreciar o “poder individual de atuar de outro modo”. Para solucionar tal encruzilhada que o Direito Penal busca pautar-se na observação do “homem médio”, ou seja, no exame do “poder geral de atuar de outro modo”, normatizando-se, com isso, o conceito de culpabilidade.

É por este motivo que Bitencourt aponta as lacunas abertas pela utilização do “conceito meramente formal” de homem médio, afirmando que ele “deixa de lado os efeitos condicionantes das relações sociais sobre o indivíduo, ignorando que as dimensões políticas e sociais da vida interferem, muitas vezes, de forma decisiva na atitude do indivíduo frente ao Direito vigente” (BITENCOURT, 2013, p. 464).

A discussão travada entre o livre-arbítrio dos clássicos e o determinismo dos positivistas tem sido, portanto, um embate incessante no pensamento filosófico ocidental. Rogério Greco (2014), no entanto, assevera que as visões do livre arbítrio e do determinismo não seriam necessariamente excludentes, mas, na realidade, seriam conciliáveis e complementares, dado que “o meio social pode exercer influência ou mesmo determinar a prática de uma infração penal. Contudo, nem todas as pessoas que convivem nesse mesmo meio social se deixam influenciar e, com isso, resistem à prática de crimes” (GRECO, 2014, p. 381).

3. Criminologia Crítica e Teoria do Labeling Approach: a seletividade arbitrária do direito penal

Proposta na década de 1970, nos Estados Unidos, a Teoria do Labelling Approach, tendo como arrimo o interacionismo simbólico, a fenomenologia e a etno-metodologia, deu início à Criminologia Crítica, representando uma mudança do paradigma da Criminologia e definindo que não importam as causas da criminalidade, o que interessa, de fato, é compreender o processo de criminalização.

Modificou-se o olhar direcionado à sociedade e à delinquência, na medida em que seu foco principal de estudo tornou-se o controle social exercido pelas instituições formais de controle e a reação destas perante o delito, culminando na criação das figuras da “desviação” e das denominadas “carreiras criminais”. Conforme aduz

Molina (2010, p. 307), “a desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios”. Assim, o crime não seria uma “qualidade intrínseca” da conduta, tal como invocando por alguns teóricos da Criminologia Tradicional, mas seria uma “etiqueta” ou “rótulo” imputado a certos indivíduos por meio desses complexos processos de seleção.

Os responsáveis por efetuar esse etiquetamento seriam justamente os membros das instituições de controle formal, cujos mecanismos de poder seriam úteis para a repressão dos seguimentos socialmente marginalizados, “de modo que as chances e riscos de ser etiquetados como delinquentes não dependem tanto da conduta executada (delito), porém da posição dos indivíduos na pirâmide social (status)” (MOLINA, 2010, p. 308).

Com esteio no pensamento do sofista grego Trasímaco, precursor de uma corrente de um Direito Penal com viés mais social, Pierangeli e Zaffaroni (2013, p. 227) pressupõem que “o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas”, e continuam destacando que “no século XIX Marx viria a sustentar que o direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas”. Destarte, ao positivar as regras a serem seguidas pelos indivíduos, o legislador penal estabelece os bens jurídicos mais relevantes, as condutas proibidas e as respectivas penas a serem cominadas, sendo que “esses valores, porém, são escolhidos e determinados pela ‘classe dominante’, fazendo do sistema penal um produto ideológico, ou seja, reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe ‘privilegiada’ em determinado período histórico” (MOURA, 2014, p. 161).

Nessa senda, ao tempo que o Direito Penal se constitui como mecanismo de controle social, os interesses dos que formam os grupos sociais mais abastados e hegemônicos acabam prevalecendo perante quaisquer outras necessidades das demais camadas sociais, tendo aqueles, ainda, a prerrogativa de criar arbitrariamente os estereótipos dos criminosos como síntese dos preconceitos cultivados pela elite econômica.

Outrossim, esse discurso maniqueísta de luta constante entre o “bem” e o “mal” se potencializa através da criação de bodes expiatórios para a imputação de crimes e, consoante acentuado por Zaffaroni (2013, p. 303), eles “se projetam como fonte de segurança existencial”, isto é, para a seleção de inimigos, pois “quando os delinquentes comuns são selecionados como inimigos, a estigmatização se orienta para todo seu grupo de pertencimento”.

É por tais razões que se fala da seletividade da lei penal, pois o papel exercido pelo legislador, na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito, acaba selecionando também os aclamados “inimigos da sociedade”, mediante um discurso claramente discriminatório e midiático que tenta neutralizar as insatisfações e os sofrimentos da classe marginalizada e estigmatizada, rotulando-os como culpados pelos medos e males sociais.

4. Do princípio da coculpabilidade: responsabilidade do Estado e da sociedade

Com os movimentos constitucionalistas modernos e as transformações econômicas sofridas na primeira metade do século XX, o grau de preocupação com o bem-estar social e com a distribuição de renda entre os cidadãos fez com que a promoção da justiça social se tornasse meta dos Estados Democráticos de Direito.

Tais nações se lançaram ao desafio de reduzir as disparidades sociais e as mazelas existentes entre seu povo, mediante o desenvolvimento de políticas intervencionistas e, inclusive, com a elaboração de normas com vistas a uma igualdade sob a perspectiva material, ao admitir “o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem” (MORAES, 2011, p. 40), vedando-se, por conseguinte, que a lei penal normatize de maneira diversa condutas que estejam inseridas em uma mesma definição jurídica.

Nada obstante, esse projeto de igualdade material infelizmente ainda encontra diversos entraves, especialmente nos países marcados pela concentração de renda, nos quais se torna cristalino o cenário do Direito como produto dos detentores do poder, em oposição às lutas diárias dos que sofrem com os efeitos das disparidades sociais e da violência urbana.

A partir do momento em que o agente que advém de um meio social mais desfavorável se vê cerceado, pelas suas condições socioeconômicas, de se tornar um cidadão obediente das normas positivadas pelo Direito, seu grau de autodeterminação dá-se por prejudicado. E, diante desse cenário, após seu ingresso no mundo do crime, suas possibilidades de reinserção social se veem tolhidas pela ausência de oportunidades, pois uma vez jogados às prisões esses indivíduos marginalizados dificilmente conseguirão tomar o caminho de volta, já que, segundo Zaffaroni (2013, p. 279), a excessiva “prisionização desnecessária fabrica delinquentes”.

É evidente que a criminalidade não deve ser atribuída unicamente à exclusão social das camadas menos privilegiadas, assim como este processo de estigmatização e etiquetamento não conduzem necessariamente ao crime, até mesmo porque os provenientes das classes favorecidas são aptos a cometer os mesmos crimes ou, ainda, os crimes de “colarinho branco” sem que, em contrapartida, sofram qualquer consequência da persecução penal, ingressando nas chamadas “cifras negras” (crimes sem apuração e sem punição).

O que se pretende sustentar é que a interdependência entre as condições socioeconômicas e a criminalização reflete o fato de que o desvencilhamento dos “inimigos sociais” do mundo do crime torna-se um processo demasiadamente dificultoso, principalmente se levarmos em consideração o atual sistema penitenciário, cuja ineficácia na ressocialização dos indivíduos desemboca, inevitavelmente, nas altas taxas de reincidência. Quanto a isso,

faz-se necessário abandonarmos o discurso hipócrita de que toda a responsabilidade pela reeducação do homem preso seria do Estado. Em verdade a sociedade possui grande parcela de responsabilidade. Que empresário daria uma oportunidade de emprego a alguém que acabou de sair da prisão? O próprio Estado não tem credibilidade para tecer críticas a este modelo de função penal. Ele, no mais das vezes, ocupa-se tão somente em prender e, diga-se de passagem, prender mal, obliterando os mínimos direitos do cidadão, quando não o submetendo a verdadeiras torturas.

Como melhorar moralmente um condenado que tem direito a permanecer em uma cela individual no cumprimento de sua pena no regime fechado, por exemplo, e a está dividindo com uma dezena de outros. Na ociosidade da vida intra muros, se forja a reincidência. O indivíduo analfabeto, viciado em drogas, desqualificado profissionalmente, desestruturado na família, passa toda a sua pena às custas do Erário Público e muitas vezes sai de lá sem aprender sequer um ofício que o possa sustentar na vida fora da prisão. Este homem quando voltar à sociedade sobreviverá de quê? Voltará para onde senão para o mesmo ambiente que o forjou criminosos, para as mesmas necessidades, para o convívio do mesmo complexo social de onde veio? Pouco tempo depois, inexoravelmente, retornará ao cárcere, pois neste panorama o crime é a consequência natural da sua saída. (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 55).

Destarte, quando o Estado deixa de interceder pelo oferecimento de oportunidades a todos, ele acaba por legitimar a perpetuação das desigualdades econômicas, sociais, regionais, políticas e culturais e da marginalização de parte considerável de sua população, afrontando, com isso, a Constituição. Por não estar cumprindo com o seu papel de garantidor do bem-estar social, o Estado deve assumir sua parcela de culpa em razão de sua condição de inadimplente perante o seu dever de dispor de prestações materiais, culturais e sociais positivas para com os seus cidadãos.

É justamente com o propósito de uma análise social e contextualizada do delito que se defende o Princípio da Culpabilidade, chamado por Zaffaroni de culpabilidade pela vulnerabilidade, ou ainda, culpabilidade delinquencial atenuada:

A sociedade – por melhor que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades, sendo assim não deveríamos simplesmente ignorar as “causas sociais” que fazem com que alguns sujeitos ajam “numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dada”, cabendo, por isso, aos operadores do direito a avaliação de que quanto a esses indivíduos dever ser reconhecida menor reprovabilidade em sua conduta. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 547)

Não se trata de uma corresponsabilização civil ou penal, mas uma responsabilização social que deve repercutir positivamente para favorecer a situação do indivíduo estigmatizado. Assim, tal como elucidado por Moura (2014, p. 164), esse

princípio “não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como princípio corretor dessa seletividade, diminuindo sobremaneira seus impactos”.

4.1. Culpabilidade pela vulnerabilidade

A coculpabilidade está intimamente ligada à ideia da culpabilidade pela vulnerabilidade, proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, ao conceber um conceito de culpabilidade de acordo com a vulnerabilidade do indivíduo em face da pretensão punitiva do Estado.

Partindo do pressuposto de que o atual sistema punitivo caracteriza-se pelo seu caráter seletivo, discriminatório e elitizado, Zaffaroni propõe a Teoria do Realismo Jurídico Marginal, por meio da qual se confronta a culpabilidade pela prática de um injusto penal com a realidade social circundante, e eleva a vulnerabilidade à categoria de circunstância limitadora do exercício do poder punitivo. A vulnerabilidade seria, por isso, a situação “na qual a pessoa se coloca quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder, pois é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que irá decidir a seleção e não o cometimento do injusto”. (CARVALHO, 2002, p. 85)

Para Zaffaroni, a culpabilidade sob o ponto de vista da reprovabilidade estaria em meio a uma crise de “esvaziamento”, pois não seria concebível a normatividade pura da culpabilidade sem que se leve em consideração a arbitrariedade seletiva do Direito Penal. Ele argumenta:

O conceito de culpabilidade normativa – a reprovação personalizada – entrou em crise com a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal. A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: ‘Por que a mim?, Por que não a outros que fizeram o mesmo?’ São perguntas que a reprovação normativa não pode responder. [...] não se pode reprovar ninguém e, por conseguinte, tampouco aquele que foi selecionado e que se encontra diante da agência judicial. [...] pois isso significa consentir em que a agência judicial opere em função de um juízo de reprovação substancialmente viciado, porque um juízo de reprovação seletivo é, por si, vazio de qualquer conteúdo ético. (ZAFFARONI, 2010, p. 259-260)

Nota-se que, corroborada pelo pensamento da Criminologia Crítica, essa Teoria de Zaffaroni clama, primordialmente, pela necessidade de debates acerca do Direito Penal excludente, que torna os cidadãos marginalizados vítimas de um sistema fundado na exclusão e no discurso demagógico propagado pelos detentores do poder e pela imprensa midiática.

Orienta, então, que, para a concretização de uma justiça penal efetiva, deve-se incentivar a discussão da culpabilidade pelo fator da vulnerabilidade social do agente criminoso, porquanto “o poder punitivo seleciona conforme a vulnerabilidade do sujeito, e não pela sua autodeterminação” (ZAFFARONI, 2010, p. 276). Isto é, deve-se efetuar a mensuração do grau de esforço feito pelo indivíduo para posicio-

nar-se perante o poder punitivo, representando, com isso, a vulnerabilidade do sujeito e sua respectiva punição. Nesse sentido, Zaffaroni elucida a culpabilidade pela vulnerabilidade nos seguintes termos:

é possível afirmar em geral que entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais longe do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade, baixa ou nula cobertura). (ZAFFARONI, 2010, p. 277)

Segundo ele (ZAFFARONI, 2010), os fatores de vulnerabilidade seriam de dois tipos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. Para o primeiro deles, a vulnerabilidade estaria relacionada com os reflexos decorrentes da posição ocupada pelo indivíduo no estrato social e os estereótipos possivelmente atribuídos a quem o integra. Já a culpabilidade pelo esforço para a vulnerabilidade seria resultante da conjugação do juízo de reprovação, no âmbito da autodeterminação do indivíduo, com o juízo de reprovação pela proximidade do agente em atingir a situação de vulnerabilidade e posicionar-se em face do poder punitivo. Em ambas as situações, entretanto, a culpabilidade pela vulnerabilidade “nunca pode ultrapassar o limite estabelecido para a autonomia da vontade na culpabilidade pelo injusto”. (ZAFFARONI, 2010, p. 275)

4.2. Cculpabilidade às avessas

Em contraposição com a culpabilidade minorada pelo grau de vulnerabilidade do sujeito, tem-se a Cculpabilidade às avessas, a qual pode ser identificada de três modos:

a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas [através da tipificação de condutas como a vadiagem e a mendicância a título de contravenções penais]; b) aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico [como, por exemplo, no caso da extinção de punibilidade para aquele que comete crime tributário e realiza o pagamento do débito constituído]; c) como fator de diminuição e também de aumento de reprovação social e penal. (MOURA, 2014, p. 62)

Alguns países latino-americanos (Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e México) já admitem explicitamente a cculpabilidade, e inclusive a cculpabilidade às avessas, permitindo-se a aplicação do aludido princípio, de forma inversa, para aumentar a reprovação social, elevando a pena daqueles que sempre estiveram incluídos socialmente e com boas condições sociais e econômicas, com acesso à educação, e, mesmo assim, se envolveram com práticas delituosas.

Neste toar, Moura preconiza:

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido

ampla). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (co-responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo maior a reprovação social. (MOURA, 2014, p. 62)

Há de se ressaltar que existem alguns dispositivos de leis esparsas brasileiras preveem essa espécie de coculpabilidade para agravar a sanção penal do agente. É o que ocorre com o artigo 76, IV, a, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e o artigo 4º, §2º, da Lei nº 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular), *in verbis*:

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

[...] IV - quando cometidos: a) por servidor público, *ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima*; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdidas ou não; [...] (Grifo nosso)

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

[...] § 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:

[...] IV - quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; *por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima*;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; *de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interditado ou não*. (Grifo nosso)

Contudo, depreende-se que seria paradoxal a inserção da teoria da vulnerabilidade pela culpabilidade para agravar a pena do acusado, uma vez que a intenção desse princípio é, substancialmente, a inclusão social e um tratamento diferenciado e benéfico aos réus, não há que se conceber no ordenamento jurídico pátrio um princípio *in malam partem*.

As hipóteses de agravamento da pena devem estar previstas expressamente na legislação, caso contrário, deve-se expurgar qualquer tentativa de inclui-las em prejuízo do acusado.

5. Da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Com a Constituição de 1988, implantou-se em nosso país o arcabouço legislativo para a construção de um Estado Social Democrático, no qual o Estado deve sair de sua zona de conforto, e repudiar sua anterior postura essencialmente liberal e abstencionista, para passar a atuar mais ativamente com as políticas públicas.

As normas vigentes no Brasil, bem como os atos determinados pelos administradores públicos, no entanto, encontram-se ainda impregnados dos interesses das classes privilegiadas e detentoras de poder que, utilizando-se do Direito como instrumento de controle social, legitimam a negligência do Estado em não diminuir as exacerbadas disparidades.

Nessa linha, reconhecer a coculpabilidade no Brasil representaria a consagração dos princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, em direção a uma maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Busca-se declarar a *mea culpa* do Estado e da sociedade ao não terem oferecido oportunidades sociais e econômicas igualitárias, de maneira que o poder de autodeterminação desses indivíduos se reduziria frente ao contexto de miserabilidade, que os faz buscar ilicitamente tudo aquilo que lhe vem sendo negado.

Aliás, para Moura, a Coculpabilidade é um princípio constitucional implícito na Constituição Federal de 1988, que emanaria “da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, do pluralismo jurídico e do garantismo penal de Luigi Ferrajoli” (MOURA, 2014, p. 92). Destaca o autor que a natureza constitucional desse fundamento decorreria da combinação de diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais: o artigo 3º, III (“constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”); o artigo 5º, XLVI (que trata do Princípio da Individualização da Pena); e o artigo 5º, §2º (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Assim, em virtude dessa inadimplência e ineficiência estatais, deve ser reconhecida, de algum modo, uma menor responsabilização do sujeito incurso em um delito e que não tenha tido acesso aos direitos fundamentais capazes de inseri-lo na sociedade, “o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal” (MOURA, 2014, p. 56). Isto traduzia justamente uma interpretação teleológica do que preconiza o Princípio da Individualização da Pena, ao verificar o grau de reprovação pessoal do agente e suas respectivas carências sociais, e, ainda, revelaria a confirmação do Princípio da Igualdade em seu viés material.

Em que pese alguns assinalem a reserva do possível como fator justificador para a omissão estatal na seara de efetivação integral dos direitos constitucionais fundamentais, nota-se que a justificativa de limitação de recursos orçamentários não pode ser utilizada para isentar o Estado das políticas públicas de cunho social, até mesmo porque, conforme acentuado em nossa Constituição Cidadã, o Poder Público deve se comprometer em garantir o mínimo existencial para atender ao fundamento basilar de nossa ordem constitucional, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Um dos objetivos da normatização da coculpabilidade seria justamente o de tentar, simbolicamente, promover o bem comum, fazendo-o incluir no rol de garantias penais contra o arbítrio e os excessos, diminuindo a seletividade do Direito Penal Mínimo e evitando-se a judicialização da exclusão social.

Com inspiração na previsão já existente da coculpabilidade em legislações penais de países latino-americanos, Moura (2014) sugere quatro possibilidades de inserção desse instituto no Código Penal brasileiro.

A primeira delas seria na qualidade de circunstância judicial que incidiria na primeira fase da dosimetria da pena, em consonância com o artigo 59 do Código Penal. Tal opção não está tão distante de ocorrer, haja vista que, no anteprojeto de lei que trata da reforma da Parte Geral Código Penal, ela estaria incluída, para ampliar a atenção dada pelo magistrado no que tange às condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas. No entanto, essa hipótese pode ser considerada como a mais “tímida” dentre as demais, porquanto, malgrado seja reconhecida a coculpabilidade, ela não poderá fazer com que a pena base seja fixada em patamar aquém do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do STJ.

A segunda alternativa consistiria em sua normatização dentro do rol expresso de atenuantes genéricas do inciso III do artigo 65 do Código Penal. Para Moura, essa “é uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão expressa da coculpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado” (2014, p. 138). Todavia, esta opção encontraria o mesmo entrave da anteriormente explicitada: a delimitação da pena não poderia deixá-la abaixo do mínimo legal.

A terceira hipótese corresponderia à coculpabilidade como causa de diminuição de pena a ser supostamente prevista em um parágrafo do artigo 29, nos seguintes termos: “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais em estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será reduzida de um terço a dois terços, desde que essas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”. Por esse meio seria possível fazê-la suceder na terceira fase da dosimetria da pena, sem que esteja, por isso, sujeita a qualquer limitação de fixação de pena aquém do abstratamente previsto em lei. Moura se alia a essa irreverente direção e afirma que ela “é a mais consentânea com o Direito Penal democrático e liberal, na esteira do garantismo penal, uma vez que permite maior individualização da pena aplicada” (2014, p. 139).

A última, e também mais arrojada, das possibilidades partiria da visão de que estamos em um estado de demasiada miséria e vulnerabilidade, no qual o agente marginalizado não deve ter qualquer reprovação social e penal, “já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência exclusiva da inadimplência do Estado” (MOURA, 2014, p. 139). Dessa forma, esse posicionamento iria trazer ao reconhecimento de uma exclusão de culpabilidade do acusado

a título de uma inexigibilidade de conduta diversa, conduzida pela falta de esperança em obter um comportamento diferente de quem sofre com as mazelas sociais.

Muito embora apresentados os fundamentos que justificam a necessidade de positivação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio, parte considerável da doutrina e da jurisprudência mostram-se relutantes em reconhecer a incidência de tal princípio, inclusive nos crimes patrimoniais, delitos cujas circunstâncias sociais do indivíduo deveriam ser valoradas pelo magistrado, com o fim de se averiguar o contexto de formação da personalidade e da conduta do agente e em como isso atuou de forma decisiva no cometimento do delito.

Essa postura, *data venia*, demonstra o caráter reacionário e legalista que reina no Poder Judiciário do país, negando a responsabilidade pelos indivíduos que se envolvem com a criminalidade e não conseguem retornar do sistema prisional recuperados, permanecendo, inexoravelmente, desamparados e à margem da sociedade.

6. Considerações finais

As teorias tradicionais e modernas da culpabilidade trouxeram inegável contribuição ao desenvolvimento da definição da Teoria do Delito e ao exame da responsabilidade subjetiva do agente.

Entretanto, diante da realidade social, econômica e política, nota-se que, para desempenhar uma aplicação justa deste conceito, é imprescindível que a dogmática jurídico-penal se aproxime gradativamente da Sociologia, com o fim de buscar nela soluções para a amenização das desigualdades e frustrações daqueles que não têm acesso aos direitos mínimos garantidos pelas constituições dos Estados modernos, protegendo-os, também, da seletividade do poder punitivo estatal.

Tendo em conta a indiferença do Estado quanto às suas obrigações constitucionais para com os cidadãos e, ainda, a elitização do Direito, em especial do Direito Penal, infere-se que o meio social, a exclusão social e a marginalização são fatores que repercutem na construção da personalidade do indivíduo, à proporção que se agregam os valores e princípios por meio dos quais suas condutas serão pautadas, sendo que, conforme demonstrado, o status por ele ocupado na escala social naturalmente marca o modo pelo qual os demais o enxergarão.

Assim, diversos questionamentos emergem acerca de propostas capazes de amenizar os reflexos dessas desigualdades socioeconômicas e da ineficiência do Estado Social na seara criminal. Dentre elas, está justamente a proposta de que o magistrado, ao atestar a vulnerabilidade social do sujeito, reconheça a *mea culpa* do Estado e da sociedade, e atenuie, proporcionalmente, a pena cominada ao agente cujo poder de autodeterminação encontra-se cerceado frente à sua condição de pobreza ou miserabilidade.

Por derradeiro, revela-se fundamental a incidência do Princípio da Coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, devendo fazer “sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” (BATISTA, 2007, p. 105),

pois a inadimplência estatal e o processo de estigmatização promovido pela sociedade fazem com que o agente marginalizado se torne mais vulnerável ao poder punitivo. Assim, por não ter de desfrutar das mesmas oportunidades, ele acaba por ter o seu poder de autodeterminação ceifado em função do abandono social, econômico e político que o faz se sentir excluído da sociedade.

RECOGNITION OF “GUILT MEA” OF THE STATE AND OF THE SOCIETY AND THE APPLICATION OF THE COCULPABILITY CRIMINAL PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Abstract: This present paper has the scope to discuss about the link between social exclusion and criminalization. It deals with culpability and its evolution as an integral element of the definition of crime. After, we have that in the critical approach to social values that culminate in positivization rules that meet the interests of the privileged social layers. Thus, with the retrenchment of the power of self-determination of agents stereotyped as criminals, notes up that they end up becoming more vulnerable to the actions of the selective punitive power, arbitrary and discriminatory. In this whay, we have the “Coculpability” Principle, which assumes that the State find up overdue with these marginalized individuals, to the extent that is omitted in its duty to eradicate social deprivation, economic, political, cultural and educational that frustrate the expectations of the poor classes.

Keywords: culpability; selectivity of criminal law; coculpability.

Referências

- BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, S. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COIMBRA, C. M. B.; AYRES, L. S. M.; NASCIMENTO, M. L. do. *Pivetes: Encontros entre a Psicologia e o Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- MENDES JÚNIOR, C. *Sentença penal e dosimetria da pena: teoria e prática*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- MOLINA, A. G-P. de.; GOMES, L. F. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 7. ed. refor., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRASIELLE BORGES VIEIRA DE CARVALHO
CAROLLINE CARDOSO PINHEIRO

- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOURA, G. M. de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014 (Versão digital - E-book)
- PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. I.
- TANGERINO, D. P. C. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ZAFFARONI, E. R. *A questão criminal*; tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10. ed. revisada e atualizada, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Recebido: 10.03.2016.
Aprovado: 07.07.2016.