

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JAQUELINE STEPHANI FURMAN

**CO-CULPABILIDADE E CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**CURITIBA
2018**

JAQUELINE STEPHANI FURMAN

**CO-CULPABILIDADE E CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Projeto de pesquisa apresentado
como requisito parcial para a
aprovação na disciplina de
Monografia I.**

**Orientador: Prof. Guilherme Oliveira
de Andrade**

**CURITIBA
2018**

JAQUELINE STEPHANI FURMAN

**CO-CULPABILIDADE E CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos professores:**

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018

“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.
(ARISTÓTELES)

RESUMO

Na sociedade brasileira existem direitos garantidos expressamente na constituição que formam o estado democrático de direito, porém a maneira como as práticas jurídicas são executadas tendem a generalizar os recursos a serem empregados a indivíduos que muitas vezes não partilham da mesma esfera social. O direito penal brasileiro precisa passar a incorporar métodos que sejam mais condizentes e aplicáveis à vulnerável realidade social dessas pessoas. Portanto o presente trabalho tem como objetivo verificar a aplicabilidade da co-culpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal brasileiro. Com a realização da pesquisa pode-se afirmar que o princípio da co-culpabilidade e culpabilidade é aplicado no ordenamento nacional e apresenta-se como um instrumento valioso na busca pela justiça. Por fim serão estudados quais reflexos esse tema trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal; Co-culpabilidade; Seletividade; Criminalização; Desigualdades.

SUMÁRIO

RESUMO	
1 INTRODUÇÃO	6
2 CULPABILIDADE	8
2.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE	9
2.1.1 Teoria Psicológica	9
2.1.2 Teoria Psicológico-Normativa.....	10
2.1.3 Teoria Normativa.....	12
2.2 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	13
2.2.1 Imputabilidade	13
2.2.2 Possibilidade de Conhecimento da Ilícitude do Fato	15
2.2.3 Exigibilidade de Obediência ao Direito.....	17
3 CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE	18
3.1 ETAPAS DE CRIMINALIZAÇÃO	18
3.2 MARGINALIZAÇÃO	23
4 CO-CULPABILIDADE E CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE	30
4.1 CO-CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	34
4.2 CO-CULPABILIDADE E O ESTADO.....	36
4.3 ORIGEM DA CO-CULPABILIDADE	37
4.4 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E ORDENAMENTO JURÍDICO	43
4.5 CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE OBRIGATÓRIA E CAUSA DE EXCULPAÇÃO	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira existem direitos garantidos expressamente na constituição que formam o estado democrático de direito, sejam eles com finalidade a igualdade, a liberdade, a segurança além da dignidade da pessoa humana. Por mais que eles visem garantir aos cidadãos o que é considerado como o mínimo possível para sua existência e sua respeitabilidade, existem indivíduos que não têm essa garantia, seja por uma situação desfavorável devido a sua cultura, seu ambiente social, ou devido às suas características pessoais que os distinguem dos demais cidadãos os quais possuem o privilegio de serem vistos de um modo geral como mais avantajados. Nisso consiste a grande problemática na aplicação da penalização ao infringir uma norma ou a própria condenação desse ser vulnerável diante dos olhos da sociedade e do Estado.

O direito penal é uma ferramenta que dever ser utilizada em último recurso, quando as outras áreas do direito não conseguirem efetivamente solucionar o problema do caso concreto. Justamente por ser o último meio a ser empregado pelo Estado, ao punir determinada pessoa por seu comportamento desprezado pelo ordenamento jurídico, deve-se ter mais cautela e segurança em suas decisões, sempre as fundamentando de maneira motivada. Visto que em muitos casos estamos falando de um ser que vai ser imputado uma penalidade, a qual às vezes não está de acordo, nem com sua conduta praticada, nem com a própria pena imposta, apenas punindo essa pessoa por sua identidade, e por ela não ter condições de se autodeterminar, deve ser feita uma avaliação severa sobre sua culpabilidade em relação ao delito cometido.

O sujeito de direito, não deve ter apenas a igualdade formal que é dada pela lei, mas a igualdade material como exteriorização daquilo que nos é garantido desde a concepção da existência de um ser humano, que seria a recomendável e que deveria ser garantida e respeitada. É diante dessa situação que encontram-se a criminalidade e a seletividade daqueles que devem ser punidos, que por não apresentarem muitas ferramentas para se defender, acabam entrando em desvantagem.

Por se tratar de um tema bastante recorrente nos últimos anos, torna-se importante, não somente o estudo, mas uma busca pelo objetivo de se solucionar tais desigualdades de tratamento presenciadas no cenário legal. Pelo fato desses

sujeitos não apresentarem condições de se firmar na sociedade, de poder se destacar nela, ou até mesmo por ela se mostrar algumas vezes preconceituosa ao passo de desprezá-los, tais indivíduos acabam por voltar a delinquir e cometer crimes de mesma espécie, pelos mesmos motivos, sendo forçados a permanecer num ciclo negativo de condutas que acaba por gerar sua segregação social. A análise de tais situações deve ser de extrema relevância para o Direito Penal brasileiro.

Um indivíduo que se encontra em um grau extremo de desigualdade social, cultural ou econômica, além de ser marginalizado ao cometer um crime devido às suas condições gerais, é oprimido pelo poder do Estado. Fato que não ocorreria com um sujeito que apresentasse melhores condições de vida, onde sua própria cultura torna-se diferenciada devido a sua classe social. Nesses casos, é comum que não haja o mesmo grau de punição para um crime semelhante cometido, ou até mesmo que tais pessoas sejam isentas de quaisquer tipos de responsabilização. O que faz a sociedade se deparar com o princípio da co-culpabilidade.

2 CULPABILIDADE

A culpabilidade “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.”¹ Podendo ser vista como um juízo individualizado de imputação na esfera penal quando o agente comete um delito.² Na visão de Sanzo Brodt “a culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais, precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica.”³ Para Luiz Regis Prado “a culpabilidade, em termos jurídico-penais, pode ser conceituada como reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico”.⁴ Do mesmo modo Hirsch afirma que não há culpabilidade sem ter a tipicidade e a ilicitude, por mais que aja a possibilidade da existência da ação típica e ilícita inculpável.⁵

O Francisco Conde entende que a “culpabilidade baseia-se no fato de que o autor da infração penal, do injusto, do fato típico e antijurídico, possui as faculdades psíquicas e físicas mínimas requeridas para poder ser motivado, em seus atos, pelos preceitos normativos.” Dessa forma o autor acima citado entende que esse conjunto de faculdades mínimas, para se considerar um autor culpável por ter praticado esse fato que é típico e também antijurídico, é chamada de “imputabilidade ou, mais modernamente, capacidade de culpabilidade”.⁶

Pode ser vista também a culpabilidade vinculada à religião, por ser derivada das palavras culpa e culpado que na visão religiosa foi a possibilidade de escolha

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007, p. 381.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ SANZO BRODT, Luis Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 102.

⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 341.

⁵ HIRSCH, Hans Joachin. **Derecho Penal: El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal: obras completas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t, I, 1999.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 137.

entre o bem e o mal.⁷ Na percepção de Luiz Regis Prado “o conceito de culpabilidade penal é, portanto, de natureza jurídica (ético-existencial-jurídico) e não ético-moral ou religioso.”⁸ Existe bastante divergência assim como noções diferentes sobre o conceito da culpabilidade.

A expressão culpabilidade sofre mutação constante ao longo da própria evolução do seu conceito na dogmática jurídico-penal, atrelada a vários significados que podem denotar termos diferentes na doutrina em geral, o próprio Código Penal usa a palavra culpabilidade querendo retratar coisas distintas. O conceito em si de culpabilidade é muito amplo, ele abrange a culpabilidade como princípio, como limite de pena, como o próprio elemento do delito, além de outras concepções que surgiram do seu progresso.⁹

2.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE

2.1.1 Teoria Psicológica

Com essas diferentes concepções acerca do conceito retratado, surgiram teorias para justificar e fundamentar sua existência. Uma das teorias apresentadas foi a teoria psicológica que tem correspondência com o naturalismo-causalista, que se firma no impulso da vontade, que se vincula a percepção de Von Liszt “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou.”¹⁰ Dessa forma definiu Bitencourt “a relação subjetiva entre o autor e o fato”¹¹, caracterizado como a conexão psicológica que liga o autor aos resultados que são produzidos por seus atos. Para essa teoria a culpabilidade remetia a relação psicológica, o vínculo subjetivo que existia entre a conduta do agente e o resultado alcançado. Além do

⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 343.

⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁰ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1927, t. 2, p.375.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-442.

mais o dolo e a culpa eram a totalidade , sendo a própria culpabilidade, só que admitia a imputabilidade como capacidade de ser culpável.¹²

Jiménez expressa essa teoria:

A culpabilidade se esgota inteiramente com a consideração dos pressupostos psicológicos que, com a característica do injusto que ostenta o ato, fundamentam a pena. Estes pressupostos de índole exclusivamente psicológica são o dolo e a culpa. Por fim, só o homem é culpável, com toda a simplicidade, por ter atuado dolosa ou culposamente. Só a psique do autor deve considerar-se para essa teoria da culpabilidade.¹³

Para essa teoria a culpabilidade só seria afastada por causas que retirassem o vínculo psicológico, como o erro, ou até mesmo a coação, que se vincula a vontade e previsão. A teoria psicológica foi dominante por um período do século XIX e também durante outro período do século XX, então foi abandonada por sua insuficiência conceitual-dogmática.¹⁴ Pois o sistema causal-naturalista, sofreu algumas críticas, pelo fato de não abranger a omissão, muito menos a culpa inconsciente, além das causas de exculpação.¹⁵ Por não conceituar a culpabilidade, mas apenas apresentar seus elementos, sendo insuficiente, surgiram outras teorias para justificar.

2.1.2 Teoria Psicológico-Normativa

A teoria psicológico-normativa, que teve como verdadeiro fundador considerado por grande parte da doutrina Reinhard Frank, em 1907, deu origem a uma concepção de culpabilidade que admitia elementos normativos, deixando de ser um conceito que admitia apenas uma realidade psíquica que deveria ser constatada

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963. t. V, p. 149.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

e passou a ser considerado um juízo jurídico, como um juízo pessoal de análise da prática de um ato delituoso. Não significa que foi abandonada a ideia de livre arbítrio a ideia de determinação, só que outros fatores foram valorados. Nem se negava a existência do vínculo psicológico emitido pelo dolo e pela culpa, simplesmente a culpabilidade seria representada sim por um juízo que teria a realidade psicológica só que com outros componentes.¹⁶

A culpabilidade está associada a uma motivação reprovável contrária ao dever só que para desobedecer o dever teria que ter o conhecimento de sua norma, Juarez Cirino afirma que a reprovação do autor passa a depender da consciência de sua antijuridicidade, pois o autor do fato delituoso deve entender que viola um dever associado ao enunciado normativo, dessa forma justificaria assim a impunidade do erro de proibição.¹⁷ Assim quem desconhecia a antijuridicidade de sua conduta não agia com dolo.

Como Bittencourt retrata, o dolo e a culpa nessa teoria deixam de ser considerados formas de culpabilidade, e se tornaram elementos da culpabilidade, conjuntamente com a imputabilidade, o poder de agir de outro modo ou exigibilidade de conduta conforme o direito.¹⁸ Outros autores contribuíram imensamente com seus pensamentos, como Mezger que define a culpabilidade como “ o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente”.¹⁹

A concepção psicológico-normativa contempla a culpabilidade como algo que está fora do agente, não como um vínculo, mas como um juízo de valoração a respeito do agente, uma reprovação recai sobre o sujeito de um fato típico e ilícito, que se condiciona a determinados elementos como: a imputabilidade, dolo ou a culpa, e a exigibilidade de outra conduta. O dolo deixa de ser visto como sendo puramente psicológico e passa a ser visto como um dolo normativo, o dolo nessa teoria passa a ser um elemento intencional, volitivo, a voluntariedade, um elemento

¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1.

¹⁹ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Arturo Rodríguez –Muñoz. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935. t. 1 e 2, p. 9 e s.

intelectual, a previsão do fato e também um elemento normativo, ou seja, a consciência atual da sua ilicitude, que se dominou como um dolo híbrido, que é psicológico e normativo.²⁰

Com a utilização de um dolo híbrido, criou um problema para o Direito Penal, a respeito da punibilidade do criminoso habitual ou por tendência, que em virtude do seu meio social, não ter a consciência da ilicitude de suas ações, por se tratar de condutas vistas como normais no seu grupo social, dessa maneira não poderia ter o dolo, pois nem consciência da ilicitude se havia tido. Então como poderia ser essa pessoa punida por seu crime, se um dos elementos da culpabilidade não existia para sua caracterização. Essa nova teoria abordando outros aspectos não abrangidos pela teoria psicológica, foi, portanto superado com a teoria normativa pura sustentada pelo finalismo welzeliano.²¹

2.1.3 Teoria Normativa

A teoria normativa reconstruiu o conceito de culpabilidade, baseando-se na “capacidade para distinguir entre a conduta permitida e a proibida e de determinar sua vontade de acordo com tal compreensão”.²² Dessa maneira Welzel propunha a reorganização da teoria do delito sobre o conceito de ação, que predeterminava ontologicamente o sistema de imputação.²³

Bitencourt relata:

As consequências que a teoria finalista da ação trouxe consigo para a culpabilidade são inúmeras. Assim, a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos, o dolo e a culpa não mais considerados como espécies (teoria psicológica) ou elementos da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas como integrantes da ação e do injusto pessoal, constituem o exemplo mais significativo de uma nova direção no estudo do

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²² WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho Penal alemán**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 120.

²³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Direito Penal, num plano geral, e a adoção de um novo conteúdo para a culpabilidade, em particular.²⁴

Jiménez de Asúa, definiu a culpabilidade do finalismo como “a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista”²⁵ Desse modo define Bitencourt que “a culpabilidade, no finalismo, por sua vez, pode ser resumida como a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez”.²⁶

A evolução da culpabilidade trouxe novos elementos para constituir esse juízo de reprovação que segundo a teoria normativa pura (a concepção finalista) são a imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato (ou possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato) e por fim exigibilidade de conduta diversa (ou seja, exigibilidade de obediência ao Direito). Permanecendo somente os seus elementos de natureza normativa.²⁷

2.2 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

2.2.1 Imputabilidade

A imputabilidade “é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o principio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações”.²⁸

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 449.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. v. 6, p. 199.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 450.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 456.

Para Welzel, a culpabilidade representa a reprovabilidade do fato antijurídico individual, sendo reprovável “a resolução de vontade antijurídica em relação ao fato individual”.²⁹ Além disso, o autor citado entende que a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos sendo um cognoscivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade, ou seja, a capacidade de entender do injusto e de determinar sua vontade conforme esse entendimento, sendo que ausente alguns desses momentos é suficiente para afastar a imputabilidade penal.³⁰

Para Greco a imputabilidade está relacionada com a ideia de poder se atribuir ao agente a responsabilidade por um fato típico e ilícito, sendo a imputabilidade a regra e a inimputabilidade a sua exceção, além disso, para poder responsabilizar o infrator pelo cometimento de um delito tem a necessidade de que o mesmo seja imputável.³¹

O autor Sanzo Brodt afirma:

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois, ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.³²

A imputabilidade é vista como capacidade de culpabilidade, ou seja, reunindo um conjunto de características pessoais que faz determinado sujeito ser capaz de ser uma pessoa à qual possa ser concedida uma responsabilidade por um ilícito

²⁹ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Trad. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964, p. 100.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

³² SANZO BRODT, Luis Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 46.

cometido, assim, para que se possa reprovar uma conduta, tem que ser evidenciado que o agente podia compreender o comando normativo.³³

2.2.2 Possibilidade de Conhecimento da Ilícitude do Fato

No que se diz respeito a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato, para uma determinada ação ser reprovável é necessário que seu autor conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude.³⁴ Como afirma Vidaurri “a consciência da ilicitude (antijuridicidade) baseia-se no conhecimento das circunstâncias aludidas. Por isso, ao conhecimento da realização do tipo deve-se acrescentar o conhecimento da antijuridicidade”.³⁵

Além disso, como relata Welzel:

o autor sabe o que faz, mas supõe erroneamente que estaria permitido. Não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem (interpreta-a mal) ou supõe, equivocadamente, que concorre uma causa de justificação”. Cada um desses erros - conclui Welzel - exclui a reprovabilidade, quando é inevitável ou a atenua quando é evitável.³⁶

Quando analisado a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, foi se deparado com a reforma da parte geral do Código Penal, realizada em 1984, que o erro passou a ter um novo significado, sendo reconhecido como erro de tipo e erro de proibição, não só houve uma modificação na nomenclatura como no tratamento utilizado.³⁷

Destaca Bitencourt:

³³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁵ VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. La Culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española (tese de doutorado, inédita). Sevilla, 1989, p. 119.

³⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. Juan Bustus Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 232 e s.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

o erro de tipo e o erro de proibição não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual. São novas concepções, com novas e maiores abrangências. O erro de tipo abrange situações que, outrora, eram classificadas como erro de fato, ora como erro de direito. Por outro lado, o erro de proibição, além de incluir situações novas (como, por exemplo, a existência ou os limites da legítima defesa), antes não consideradas, abrange uma série de hipóteses antes classificadas como erro de direito.³⁸

Desse modo o erro de proibição está previsto no art. 21 do Código Penal, por sua redação, nota-se que o Código tenta distinguir o desconhecimento da lei e a falta de conhecimento sobre a ilicitude do fato. A lei como diploma formal editado pelo poder responsável, e a ilicitude como relação de contrariedade que se tem entre a conduta humana do agente e o ordenamento jurídico. Assim, não a ilicitude se não houver um diploma legal (lei), fixando ou proibido certas condutas.³⁹

Além disso, devemos levar em consideração a consciência do agente do fato punitivo, se havia consciência real (o agente efetivamente sabe que a prática de determinada conduta é ilícita) ou consciência potencial (o agente tinha a possibilidade de alcançar o conhecimento que a prática de determinada conduta é ilícita).⁴⁰

De acordo com Bitencourt:

com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da anti-sociedade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios moras e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade.⁴¹

Entende Busato que a consciência da antijuridicidade ou ilicitude, provém apenas da possibilidade que o agente tem de existir uma percepção, ou seja, reunir condições de perceber, conforme as circunstancias concretas, que está realizando

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 47.

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 326-327.

um ilícito.⁴² Já na visão de Luiz Regis Prado a potencial consciência da ilicitude é o elemento intelectual de reprovabilidade, pois se deve existir a possibilidade de o agente ter o conhecimento do caráter ilícito de sua ação, essa potencial consciência, não real consciência, da ilicitude.⁴³

2.2.3 Exigibilidade de Obediência ao Direito

Por fim temos a exigibilidade de obediência ao Direito, que em determinados casos mesmo quando caracterizado a culpabilidade não precisa ter a reprovação da conduta do agente que cometeu um delito, justamente porque o conhecimento do injusto não é fundamento suficiente para reprová-lo a resolução de vontade.⁴⁴ Pois conforme reconhecia Welzel, existem situações inesperadas que fazem diminuir a motivação para atuar conforme a lei, não sendo dessa forma exigida uma conduta adequada ao Direito, ocorrendo a inexigibilidade de outra conduta, que afasta a culpabilidade.⁴⁵

Essa exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade que tem o agente, no momento da ação ou da omissão, de agir de acordo com o direito, levando em conta sua particular condição de pessoa humana. Sendo essa possibilidade ou impossibilidade de agir seguindo o ordenamento jurídico, variável de pessoa para pessoa, pois as pessoas se diferem umas das outras, essas particularidades condições, deverão ser notadas quando se for analisar a exigibilidade de outra conduta para poder eliminar a culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que se depara sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.⁴⁶

No entendimento de Luiz Regis Prado a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta ilícita, sendo necessário considerar a não exigibilidade como uma causa de exclusão da culpabilidade. Além disso, com a imputabilidade e a potencial consciência do injusto firma-se a culpabilidade, porém não é suficiente para que a

⁴² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁵ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Trad. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

ordem jurídica censure a culpabilidade, havendo casos em que se acha atenuada a possibilidade de agir conforme a norma, encontrando-se assim, a inexigibilidade de comportamento de acordo com o direito.⁴⁷

Refere-se ao elemento subjetivo, ou seja, da vontade do agente que consiste na exigibilidade da obediência ao direito, assim para que o ato do agente seja reprovável necessita que possa exigir um comportamento diferente do que teve. Dessa maneira o conteúdo da reprovabilidade está ligado ao fato de que o autor do ilícito devia e podia adotar um resultado de vontade pertinente com o ordenamento jurídico e não com uma decisão voluntária ilícita.⁴⁸

3 CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE

As sociedades contemporâneas que formalizam o poder punitivo estatal selecionam um reduzido número de indivíduos que submetem à sua coação com a finalidade de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante é chamada de criminalização, que tem como resultado a gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal.⁴⁹

3.1 ETAPAS DE CRIMINALIZAÇÃO

O processo seletivo de criminalização de determinadas pessoas se desenvolve em duas etapas intituladas como primária e secundária.⁵⁰ A criminalização chamada de primária “ é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁸ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Trad. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.”⁵¹ Esse ato discriminado é um ato formal, e são as agências políticas que exercem a criminalização primária como os parlamentos e executivos, e o programa instituído por elas, são realizados pelas agências de criminalização secundária como os policiais, os promotores, agentes penitenciários, além de advogados e juízes. Dessa forma a criminalização primária concerne à condutas e atos, diferente da secundária que engloba a ação punitiva exercida sobre pessoas específicas, e assim as agências policiais identificam uma pessoa que se deduz ter praticado um ato criminalizado primariamente, começam a investigá-la, e algumas vezes privam sua liberdade de deslocamento, e após esse processo é submetido a agência jurídica que legitima tais iniciativas e elas admitem um processo para assegurar que o acusado praticou aquela conduta, e caso tenha praticado, autorizam a imposição de uma pena de privação da liberdade de ir e vir dessa pessoa, sendo executada por uma agência penitenciária, o que aumenta a vulnerabilidade daquele indivíduo.⁵²

Como Zaffaroni expõe “as agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa.”⁵³

A criminalização primária implica em um primeiro passo seletivo, permanecendo em certo nível de abstração, porque as agências políticas que implementam as normas não sabem exatamente a quem caberá de fato, a seleção que habilitam, o que se realiza concretamente com a criminalização secundária.⁵⁴ Porém ela, não tem outro recurso a não ser proceder de modo seletivo, sendo encarregadas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e quais vítimas serão protegidas. Essa escolha será realizada sobre os criminalizados e os vitimizados também, e será a criminalização secundária que irá optar pela inatividade ou pela seleção. Dessa forma, as agências policiais não selecionam de acordo com seu

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

critério exclusivo, mas está condicionada pelo poder de outras agências, sejam as agências de comunicação ou as políticas. Porém está claro que essa seleção viola os princípios constitucionais. O princípio constitucional da isonomia é violável não somente quando a lei distingue as pessoas, mas também quando a autoridade pública possibilita uma aplicação arbitrária dela.⁵⁵

As pessoas sem acesso à comunicação social que acabam cometendo delitos são vistas como delinquentes, que contribui para criação de um estereótipo no imaginário coletivo. Porque quando se trata de pessoas desvaloradas, é possível associá-las com as cargas negativas que existem na sociedade sob a forma de preconceitos, resultando estipular uma imagem pública do delinquente com elementos de classe social, também étnico, gênero e estéticos. O estereótipo acaba como principal critério de seleção na criminalização secundária. Por isso a associação dos carcerários com desvalores estéticos, sendo caracterizados como pessoas feias.⁵⁶

A seleção com base na criminalização secundária, quando relacionada com o estereótipo, condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal de uma maneira que não opera para outra clientela como é o caso dos chamados crimes do colarinho branco, sendo impotente diante dos delitos do poder econômico.⁵⁷

A comunicação social divulga uma imagem distorcida dos agentes que praticam delitos, uma imagem particular da criminalização secundária que é a prisionização, ensejando a suposição coletiva que as penitenciárias seriam povoadas por autores de fatos considerados graves, como homicídios, estupros, porém na verdade grande maioria dos detentos se encontram presos porque cometem crimes com fins lucrativos, como delitos contra a propriedade, também o pequeno tráfico de tóxicos.⁵⁸

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A seletividade operacional da criminalização secundária atinge somente aqueles que não têm ou têm pouca defesa perante o poder punitivo, desse modo suas características pessoais são enquadradas nos estereótipos criminais, e por causa de sua educação ou do meio em que vivem realizam ações ilícitas e por consequência de fácil detecção o que faz com que a imagem que lhes é rotulada corresponda a seu comportamento dentro da sociedade.⁵⁹

O estereótipo criminal abarca atributos que correspondem a indivíduos em posição social desvantajosa, com educação primitiva, que ao cometer um ato delituoso reforça mais ainda os preconceitos racistas e de classe, ocultando evidências de delitos de outros grupos e destacando as suas condutas ilegais. Assim o sistema penal seleciona tais pessoas, e o seu estado de vulnerabilidade será maior ou menor de acordo com seu estereótipo, porém ninguém é atingido pelo poder punitivo em razão desse estado, mas pela sua situação de vulnerabilidade, ou seja, a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa acaba se colocando.⁶⁰

Acrescenta Zaffaroni:

A seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes. Por isso, a criminalização corresponde apenas supletivamente à gravidade do delito (conteúdo injusto do fato): esta só é determinante quando, por configurar um fato grotesco, eleva a vulnerabilidade do candidato. Em síntese: a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recai sobre fracassadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo.⁶¹

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 51.

Essa seleção baseada em peculiaridades sociais e específicas de determinados indivíduos acarreta a desigualdade de tratamento, ferindo diretamente a constituição, pois tende a privilegiar quem se encontra em melhor condição seja social, econômica ou política e prejudicando os menos favorecidos, gerando um ciclo vicioso no qual permite a punição constante e severa dos que vivem em miséria e que muitas vezes cometem um crime para ter certo poder aquisitivo e serem vistos com os outros olhos no ambiente em que habitam, como uma forma de se inserirem nessa sociedade que extremamente capitalista, e que prioriza as aparências e interesses da elite da sociedade. E essas pessoas consideradas marginais se envolvem em crimes patrimoniais como furto, roubo, tráfico, com o intuito de subir na vida por serem excluídos da sociedade.⁶²

O sistema penal é denotado como igualitário, alcançando igualmente os indivíduos em decorrência de suas condutas, porém na verdade seu funcionamento é seletivo, ele alcança determinadas pessoas, integrantes de específicos grupos sociais, a pretexto de suas condutas. Além disso o sistema penal também é denotado como justo, na proporção em que busca prevenir o delito, porém seu funcionamento é repressivo, pois frustra suas linhas preventivas e também decorre de sua insuficiência de regular a intensidade das respostas do ordenamento jurídico, sejam elas legais ou ilegais. Por último o sistema penal se denota como interessado com a proteção da dignidade humana, porém é estigmatizante, propiciando uma degradação na imagem social de sua freguesia. Dessa forma a realidade dos nossos sistemas penais brasileiros com enfoque em suas características centrais se resume em seletividade, repressividade e estigmatização.⁶³

Como relatam Luís Brodt e Flávia Siqueira:

Enquanto a resposta tradicional do direito penal, de viés seletivo, é punir mais severamente o indivíduo pertencente às classes economicamente desfavorecidas, a teoria da co-culpabilidade aponta que este indivíduo deve ter sua culpabilidade minorada na eventualidade da prática de um delito.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008.

⁶³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Isto porque, uma vez que ele se encontra abandonado pelo Estado, que é omissivo em lhe garantir uma vida digna, a reprovabilidade da sua conduta delinvente deve ser considerada menor do que a de outro indivíduo qualquer.⁶⁴

3.2 MARGINALIZAÇÃO

O Estado quando passou pelo processo de redemocratização com a implantação da Constituição de 1988, se comprometeu a garantir os direitos fundamentais além de proteger a dignidade da pessoa humana, combatendo as desigualdades e a marginalização. Só que esse compromisso não foi vingado, o que houve foi o agravamento da desigualdade e da marginalização socioeconômica, o que desequilibrou as estruturas sociais e aumentou a criminalidade urbana. Conforme a doutrina a humanidade se organiza em estruturas sociais completamente desiguais.⁶⁵

E como forma de manter os privilégios dessa estrutura desigual, as classes que são detentoras do poder, marginalizam vários indivíduos que detêm menor poder ou nenhum poder, e por isso esses indivíduos são controlados por seus opressores. Assim o Direito Penal tem sido utilizado como instrumento permanente para garantir os interesses dessas classes dominantes. O direito penal de acordo com a literatura jurídica pode se atribuir a característica da “seletividade”, tratando de maneira diferenciada as pessoas que são das classes marginalizadas.⁶⁶

Nilo Batista relata em uma de suas obras:

Quando alguém fala que o Brasil é “o país da impunidade”, está generalizando indevidamente a história imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao

⁶⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D’Plácito, 2016, p. 589-590.

⁶⁵ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D’Plácito, 2016.

⁶⁶ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D’Plácito, 2016.

capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros, ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso.⁶⁷

Os indivíduos economicamente desprovidos são marginalizados, moradores de regiões periféricas, não tem qualquer instrução e não possuem condições ao menos dignas de sobrevivência. Aquela proteção e comprometimento que o Estado se incumbiu a oferecer, para garantir seus direitos fundamentais, essas pessoas desconhecem.⁶⁸

O Direito Penal segue contrários aos ideais de efetivação do Estado Democrático de Direito, ele fomenta a desigualdade, e nossa ordem constitucional se compromete em garantir os direitos fundamentais, porém suprimi mais ainda essas garantias e causa o aumento do desequilíbrio do sistema socioeconômico, e como resultado os ricos se tornam mais ricos e os pobres cada vez mais pobres e mais marginalizados.⁶⁹

Em outras palavras, no sistema penal é integrado por indivíduos social e economicamente marginalizados, que se encontram em condições degradantes e humilhantes e, além disso, tem seus direitos fundamentais oprimidos. E devido a isso o juízo de reprovação que recai a esse indivíduo delituoso por sua conduta, deve ser minorado, porque na maioria das vezes esse agente criminoso só delinuiu devido à situação precária que se encontrava. E o Estado por sua omissão, tem parcela de responsabilidade pois deixou de promover a efetivação dos direitos fundamentais, e proporcionou o aumento das desigualdades sociais e puniu mais severamente o agente delituoso.⁷⁰

A seletividade no direito penal é marcada não só porque o indivíduo é marginalizado, mas também porque o sistema pune esses indivíduos tem baixas

⁶⁷ BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro. Revan, 1990, p.38-39.

⁶⁸ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

⁶⁹ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

⁷⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

defesas ou nenhuma diante do poder punitivo, o que faz com que sejam mais vulneráveis. E os delitos que são praticados o sistema escolhe qual quer dar mais prioridade, e investigar e conseqüentemente punir, sendo na maioria deles delitos patrimoniais e o tráfico de drogas. Sendo esses delitos praticados pela população considerada marginal, por causa do seu nível de educação, porque são ilícitos pouco elaborados e mais fáceis de serem detectados pelo sistema punitivo. Diante disso se cria uma imagem no coletivo da sociedade, que essas pessoas são os únicos delinquentes, e normalmente o público habitual de infrações, assim com base em suas características de idade, gênero, principalmente classe social, eles são definidos.⁷¹

Como entende Luís Brodt e Flávia Siqueira:

Aí está destacada a noção de vulnerabilidade do indivíduo à criminalização – este indivíduo está sob a observação constante do sistema. Se ele decide delinquir, o fará, normalmente, por meio de atos “toscos”, que serão facilmente detectáveis, em virtude de sua limitada “educação”. Mesmo se não pratica nenhum delito, poderá ser objeto de diversas intervenções do sistema, simplesmente por se enquadrar num estereótipo de delinquente, propagado pela opinião pública, pela atuação midiática e reproduzido pelo sistema punitivo. Ou seja, esse indivíduo precisa fazer um esforço muito grande para evitar ser atingido pelo sistema penal, e por isso é que sua culpabilidade deve ser minorada.⁷²

Nessa mesma linha de pensamento envolvendo a seletividade e como atua o poder punitivo do Estado diante de agentes que cometem atos ilegais, entende Zaffaroni:

Há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (obra tosca) e pelas características do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal.

⁷¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

⁷² BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016, p. 601.

Fica claro, pois, que os tipos penais descrevem condutas, mas os tipos de ato habilitam um espaço de arbitrariedade para a seleção de pessoas. Embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor.⁷³

Diante dessa investigação a teoria da co-culpabilidade, está configurada na Constituição Cidadã de 1988, o surgimento da nova redação constitucional encadeou uma mudança na ordem jurídica brasileira, com um regime garantidor de direitos, baseado na dignidade da pessoa humana, além da proteção aos direitos fundamentais. Esse regime garantidor se comprometeu a construir uma sociedade livre, sem injustiças e solidária, eliminando a pobreza, a marginalização e diminuir a desigualdades existentes sejam elas sociais ou regionais, descritos como finalidade da República. Desse modo a teoria da co-culpabilidade vem realizar essas finalidades, inovando o pensamento e a aplicabilidade do Direito Penal.⁷⁴

O indivíduo que foi marginalizado, sofrendo duplamente, seja porque teve seus direitos fundamentais lesados e seja porque foi tratado de maneira severa pelo poder punitivo do Estado, com a teoria da co-culpabilidade, passa a ser protegido pelo próprio Estado, que agora assume sua responsabilidade, e também assume a parcela de culpa nos atos ilícitos daquele indivíduo.⁷⁵

A seletividade e o tratamento desigual aos marginalizados, tem agora mais atenção do Estado para efetivamente garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana conforme disposto na Constituição, assim a teoria da co-culpabilidade tem como proposta combater as desigualdades das estruturas sociais, o que já está sendo levando em conta na aplicação do direito, pois várias doutrinas e jurisprudências já estão a favor da posituação da co-culpabilidade, por mais que a mesma não esteja explícita no texto legal, a lei não é a única forma de servir para acrescentar o convencimento dos operadores do Direito Penal.⁷⁶

O sistema penal é instrumento de controle social, que modifica a vida em sociedade, porque ele não só reflete os valores vigentes como também modifica ao longo do

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. **Discursos Sediosos**. n. 14. Rio de Janeiro. Revan, 2004, p.43-44.

⁷⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

⁷⁵ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

⁷⁶ BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

tempo esses valores da sociedade. Esses valores são selecionados e estipulados pela classe dominante, fazendo com que o sistema penal reflita o desejo da classe privilegiada.⁷⁷

Como expõe Zaffaroni e Pierangeli:

[...] o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas. No século XIX, Marx viria sustentar que o direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas.⁷⁸

No sistema penal brasileiro as pessoas que detém o poder elas criminalizam os atos que visam atingir seus bens jurídicos, na maioria o seu patrimônio, para que fique seguro seu acúmulo de riquezas e capitais. E com o auxílio dos meios de comunicação e a própria mídia elas criam um ser criminoso, caracterizado como uma pessoa pobre, sem cultura, que vivem em subúrbios, e assim as etiquetam como um “objeto”. O sistema penal seleciona, ele marginaliza e exclui que tem menos condições financeiras, porque não se encaixa no padrão idealizado, segregando os que incomodam.⁷⁹

Conforme a metáfora considerada por Zaffaroni:

Ver um perigo, enfrentá-lo e lutar com a convicção de encontrar uma saída, uma alternativa, para neutralizá-lo, não é absolutamente ‘pessimista’, embora seja nitidamente diferente de ignorar o perigo ou confiar gratuitamente em que outros farão ‘algo’ que o neutralize. Todos estamos na nave espacial terra, que leva passageiros de primeira, de segunda, de terceira classes e outros que vão no porão, misturados com a carga. O otimismo alienado corresponde aos passageiros de primeira, que decidiram permanecer no salão de jogos por confiarem em que outros salvarão a nave, já que estão todos a bordo, mas, ao mesmo tempo, são capazes de lançar ao mar aqueles que tentem salvar a embarcação se

⁷⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997, p.248.

⁷⁹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

nesta tentativa forem privados de alguns minutos de energia elétrica para seus jogos ou obrigados a não utilizar alguns de seus flipers.⁸⁰

Diante disso, temos uma divergência entre o discurso oficial e a realidade, que tem como base algumas teorias da pena, no caso a pena tratada como prevenção geral aborta dois sentidos um para proteger aqueles das classes privilegiadas e outro para aterrorizar os que não são favorecidos, servidos como exemplos para sociedade, porque ao se aplicar a pena para eles serve como exemplo aos demais para não praticarem o erro de proceder de modo diferente do que a classe abastada deseja.⁸¹

Já ao observar a pena como prevenção especial, ela expressa a ressocialização do condenado, porém os sujeitos dominantes se utilizam dela para evidenciar aos delinquentes quais os valores que se devem ser considerados na vida em sociedade, um modo de dominação ideológica. Assim, fica demonstrado que as classes beneficiadas, por meio dos meios de comunicação, empregam as teorias que as convém para legitimar e mascarar a discriminação dos seus 'inferiores' e assim os excluem da sociedade.⁸²

Como diz Juarez Cirino dos Santos:

[...] depois desses momentos decisivos na história do Direito Penal e da Criminologia, não é mais possível explicar a prisão pela ideologia penal, expressa na teoria polifuncional da pena criminal como retribuição, prevenção especial e prevenção geral do crime; igualmente, não é possível explicar a pena criminal pelo comportamento criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e consumo social, realizada pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão); enfim, também não é possível explicar o crime pela simples lesão de bens jurídicos, porque exprime a proteção seletiva de valores do sistema de poder econômico e político de formação social. Ao contrário, somente a lógica contraditória da relação social fundamental capital/trabalho assalariado pode explicar a proteção seletiva de bens jurídicos pelo legislador, a criminalização seletiva de sujeitos com

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca da Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.158.

⁸¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁸² MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

indicadores sociais negativos e, finalmente, a prisão como instituição central de controle social formal da sociedade capitalista.⁸³

Com isso, a aplicação do princípio da co-culpabilidade evidencia a responsabilidade que a sociedade tem como um todo na seleção de bens jurídicos os quais devem ou não serem protegidos dos quais se deve ter uma punição, assim não se tem uma punição só do agente delituoso mas também uma punição e reprovação indiretamente da sociedade e do Estado, que são os encarregados pela marginalização.⁸⁴

A redução do poder de autodeterminar-se tem que ser vista como um meio da co-responsabilidade tanto do Estado como da própria sociedade, porque o princípio da co-culpabilidade não encerra com a seletividade que ocorre no sistema penal, somente procede como um tipo de corretor dessa seletividade, para que atenuar os seus efeitos sobre os indivíduos marginalizados, aproximando o Direito Penal da culpabilidade material e da igualdade material e não formal. Não tem como acabar com a seletividade existente no sistema penal apenas diminuir seus efeitos para assim poder modificar os preceitos de seleção que são efetivados atualmente.⁸⁵

Dentro do Direito temos dois grandes grupos que influenciam o legislador penal, os que seguem o Direito Penal Mínimo e outros que se baseiam no Direito Penal Máximo. É o primeiro grupo que devemos levar em consideração nesse caso, porque eles se utilizam o Direito Penal como ultima ratio, que só em último caso nas condutas mais graves e que devem ser punidas porque afetam o convívio social que o Estado deve intervir. Já o segundo grupo quer que o remédio para todos seus problemas seja resolvido pelo Direito penal, principalmente os problemas econômicos.⁸⁶

A co-culpabilidade ligada com o Direito Penal Mínimo necessita de mudanças no Direito Penal existe porque a co-culpabilidade poderá atenuar ou diminuir a pena do cidadão injuriado, concedendo mais benefícios legais, como a suspensão da

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC. Lumen Júris, 2005, p.42.

⁸⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁸⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁸⁶ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

pena, a suspensão condicional do processo, e outros. Também como consequência terá a redução dos sujeitos carcerários, podendo resolver o problema com a superlotação nas penitenciárias de todo o Brasil, além de reconhecer que para esses indivíduos a prescrição poderá ser realizada em tempo menor, também nos casos que o indivíduo se encontra em um estado extremo de exclusão, que em virtude disso, desconhece a lei e por isso não age de acordo com ela ao cometer um crime, deverá não ter a intervenção penal, porque se trata de casos específicos.⁸⁷

Dessa maneira ao reconhecer que parte da responsabilidade do indivíduo decorre de uma parcela de culpa do Estado e da sociedade, ao se aplicar a pena não irá marginalizar o sujeito ainda mais, porém sim minimizar o poder punitivo estatal, tentando ao menos preservar seus direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, e por fim um julgamento mais justo e compatível com a realidade social em que esse sujeito se encontra.⁸⁸

4 CO-CULPABILIDADE E CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

Atualmente é notada, a influência que o meio social, pode exercer sobre as pessoas, seja na educação, na cultura, na marginalidade além da imputação de uma reprovação ao cometer uma infração penal, que na sociedade de hoje, muitas vezes faz parte do cotidiano. É de se notar também que a sociedade privilegia poucos em detrimento de muitos, não existindo distribuição de riquezas, e boa parte da sociedade está entre a pobreza e miserabilidade vivendo e convivendo com uma superior parcela de pessoas que formam grupos extremamente favorecidos, e outra parcela, considerada classe média, aos poucos, vai desaparecendo, para que alguns possam se destacar e enriquecer, e outros empobrecendo ainda mais dia após dia.⁸⁹

A teoria da co-culpabilidade incorpora no Direito Penal para mostrar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser destinada à sociedade, porque privou juntamente com o Estado as oportunidade e condições para aquelas

⁸⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁸⁸ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008.

peças que para se incluírem no padrão social capitalista, acabaram por cometer diversos ilícitos patrimoniais. Uma legião de miseráveis que na maioria das vezes não possuem um teto para se abrigar, morando e vivendo embaixo de viadutos, dormindo nas praças, pois não são qualificados os suficientes para obterem um emprego, pois o Estado não os preparou não lhe deu recursos, nem para que pudessem trabalhar, muito menos para viverem dignamente, apenas contribui e colaborou para sua miséria e sofrimento assim vivem, se é que se chama viver de pedincho, mendigando por comida, utilizando drogas, usando bebidas alcoólicas para escapar da realidade que é irrefutável. Aparentemente quando tais pessoas cometem crimes, deve ser distribuída a sua responsabilidade com a sociedade e o Estado.⁹⁰

Zaffaroni e Pierangeli relatam:

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades.⁹¹

Zaffaroni ainda acrescenta que na sociedade existem sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais, e no momento em que se vai imputar uma reprovação não se pode levar em consideração essas causas sociais para piorar sua situação, pois há certa co-culpabilidade em que a própria sociedade deve arcar. Desse modo faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito e que se tem reconhecido direitos econômicos e sociais dos menos prestigiados, conforme seu cabimento no Código Penal descrito no artigo 66 de forma genérica.⁹²

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 610-611.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral**. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Como expressa Paulo Busato:

O sujeito a ser considerado não é o indivíduo isolado, mas em seu contexto social, e o contexto social, a se ter em conta, hoje é de um mundo moldado segundo padrões capitalistas globalizados de exclusão. Esse mundo, sem dúvida, condiciona os sujeitos, formando uma massa de excluídos. Essa exclusão não é somente da participação na sociedade de consumo, mas do próprio espaço, levando a uma importante limitação da liberdade de escolha, o que aflige, diretamente, o conceito de culpabilidade.⁹³

De acordo com Paulo Busato, existiria sujeitos em tal estado de vulnerabilidade diante dos condicionamentos sociais que eles seria somente identificados e selecionados negativamente pelo sistema punitivo. Assim dá-se uma noção de co-culpabilidade, fundando no reconhecimento da existência de uma fração aumentada ou diminuída da culpabilidade do indivíduo que pertence à sociedade, como fator condicionante e restritivo das escolhas desses sujeitos.⁹⁴

Com base em Zaffaroni e Pierangeli “ há sujeitos que têm um menor âmbito de autor determinação, condicionado dessa maneira por causas sociais”.⁹⁵ Aquelas pessoas as quais foram retiradas as mínimas possibilidades de inclusão na sociedade,⁹⁶ com isso, “ a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.⁹⁷

Além disso Zaffaroni, crítica os ordenamentos penais, por reprovarem, com a mesma intensidade, pessoas que se encontram ocupando papéis diferenciados na estrutura social, evidenciando os casos decorrentes da situação econômica. O autor ainda complementa que ao reprovar com a mesma intensidade pessoas que estão em situações vantajosas e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma evidente violação do princípio da igualdade, que não significa tratar todos igualmente, mas sim tratar com igualdade quem se encontra em igual situação.⁹⁸

⁹³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015, p.551-552.

⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 105.

⁹⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Desse aspecto, somente poderíamos estabelecer juízos isonômicos de reprovabilidade individual pela conduta ilícita, se ao analisar o autor do ato injusto verificássemos que existiu, por parte do Estado, satisfação mínima de seus direitos fundamentais, ao contrário estaria evidenciado uma desigualdade material, desconfigurando o princípio da isonomia, pois haveria somente a igualdade formal. Assim se a sociedade não fornece as mesmas oportunidades para todos, e sim nega meios de desenvolvimento das capacidades individuais, existirá em consequência, sujeitos com menor âmbito de autodeterminação.⁹⁹

Como resultado, o magistrado ao aplicar uma penalização pelo ato cometido, deve identificar uma relação razoável entre a omissão do Estado em disponibilizar ao sujeito recursos para potencializar suas capacidades e seu ato praticado, vinculando a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade, estabelecendo critérios de aplicação de pena conforme a situação econômica do condenado, como o próprio código possibilita ao juiz aumentar a pena até o triplo quando constatar que pela condição financeira da pessoa a pena pode ser ineficaz.¹⁰⁰

Então ao ser verificado que a sociedade não ofereceu a todos as mesmas possibilidades, que lhe seja assumido parte da responsabilidade, pelas possibilidades que sonegou ao infrator. Ou seja, o infrator somente será culpável pelas possibilidades sociais oferecidas.¹⁰¹

Do ponto de vista criminológico Zaffaroni afirmar “não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo muito duvidosa”¹⁰², devendo levar em conta culpabilidade pela vulnerabilidade. Porém segundo a concepção de Zaffaroni existe um pequeno espaço entre a vulnerabilidade como uma condição geral para exclusão do sujeito e sua concreta efetivação no processo de criminalização secundária¹⁰³, ou seja, “um esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade”¹⁰⁴, o que caracteriza exatamente o espaço mencionado, que ao seu

⁹⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Trad. de Vânia Romano Pedros e Amir Lopes da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 266.

¹⁰³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 654.

ver é a culpabilidade pessoal, entendida como “ reprovação do esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade ao poder punitivo”.¹⁰⁵

A co-culpabilidade influencia na análise da potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa, porque ainda que se tenha uma ideia de possibilidade normal de conhecer a norma e de agir conforme ela, aquele cuja liberdade foi limitada pela estrutura social em que vive não consegue ter o mesmo nível de internalização de valores contidos na norma e nem pode ser submetido a um correspondente nível de exigência de atuação. Desse modo, tem quem entenda que a ideia de co-culpabilidade encontra-se em nosso direito positivo, tanto na observação da culpabilidade do art.59, como no elemento da fixação da pena na cláusula aberta descrita no art.66 do Código Penal.¹⁰⁶

4.1 CO-CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Grégore Moura, visualiza a co-culpabilidade como princípio constitucional que está implícito em nossa Constituição Federal, com base no artigo 5, parágrafo 2, ele conclui :

Aceitar a co-culpabilidade como princípio constitucional implícito ‘obriga’ o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos.

O reconhecimento do princípio da co-culpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art.5º, § 2º, da Constituição Federal.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 654.

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

¹⁰⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 113.

A co-culpabilidade refere-se a considerar o juízo de reprovabilidade que têm como essência a culpabilidade, e considerar a experiência social dos condenados, os quais tiveram suas oportunidades e assistências desamparadas, conectando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade do Estado que imputou suas penas.¹⁰⁸

Juarez Cirino dos Santos procura explicar a co-culpabilidade dizendo:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.¹⁰⁹

O princípio da co-culpabilidade reconhece como sendo co-responsável o Estado, ao se tratar do cometimento de alguns delitos os quais são praticados por indivíduos que possuem poucas condições de autodeterminação, condições sociais e econômicas o que deriva menor reprovação social, o que gera consequências não só ao se aplicar a pena mais também em sua execução.¹¹⁰

Grégore Moura expõe:

A aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.

Com efeito, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 265-266.

¹¹⁰ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão.¹¹¹

4.2 CO-CULPABILIDADE E O ESTADO

Ao analisar a palavra co-culpabilidade, cabe identificar que o prefixo “co” refere-se a estar junto, ou seja, em comum, daí a percepção que o Estado colabora indiretamente, sendo encarregado indiretamente também pelo cometimento de ilicitudes, quando deveria buscar maneiras de atenuar a criminalidade na procura do bem geral. E no que compreende o completo ao prefixo, o termo culpabilidade, denota que o Estado, não cumpriu com seu papel e se tornou inadimplente no cumprimento de seus deveres com os cidadãos, aqueles atinentes à inclusão socioeconômica dos agentes que cometeram infrações, o que deveria proporcionar aos incriminados que se encontram hipossuficientes e em decorrência disso levou a influência nas suas condutas delitivas, menor reprovabilidade.¹¹²

A palavra culpabilidade é utilizada como uma maneira de responsabilização indireta do Estado, já que o mesmo não cumpriu com suas obrigações constitucionais, o que acarretou consequências gerais, seja na cominação, aplicação ou a própria execução da pena e como resultado esse descumprimento de deveres gera uma diminuição da reprovação social do acusado.¹¹³

O Estado como possuidor do jus puniendi, não pode praticar crimes e muito menos sofrer sanções penais, porque ele não possui os elementos essenciais para tipificar a formação de um ilícito, ou seja, ele não tem vontade, o conhecimento, nem o discernimento, além de outras características que compõe o sujeito ativo do delito. Assim, a palavra co-culpabilidade é a mais utilizada na doutrina penal nacional e estrangeira, mesmo que não seja a mais apropriada para evidenciar a reprovação

¹¹¹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 38.

¹¹² MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹¹³ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

social do agente que em decorrência de suas condições de miserabilidade cometeu um delito.¹¹⁴

Rogério Grecco conceitua:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus 'supostos cidadãos'. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e 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.¹¹⁵

4.3 ORIGEM DA CO-CULPABILIDADE

A origem histórica do princípio da co-culpabilidade, está conectado diretamente ao surgimento do Estado Liberal, por mais que existam opiniões diversas, somente com as ideias iluministas e a criação dos Estados Liberais podemos encontrar tal princípio, pois naquela época não havia respeito pelos Estados e sim a noção de secularização e laicização. E com os iluministas, acarretou o liberalismo e o individualismo o que gerou profundas desigualdades sociais e a impressão que o Direito era um instrumento para controlar as pessoas e manter o controle daquelas classes sociais consideradas inferiores.¹¹⁶

Analisando por outro ângulo podemos dizer que a co-culpabilidade surgiu no direito socialista, pois a sociedade estava em busca não só da igualdade formal mais a material, o que leva as condições econômicas das pessoas. Dessa forma haveria uma co-responsabilização indireta do Estado porque não criou oportunidades iguais

¹¹⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 469.

¹¹⁶ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

para a inclusão de determinados cidadãos. Mas pode se dizer que a co-responsabilidade estatal surgiu com o Estado Liberal e o seu contratualismo, ou seja, o delito era uma maneira de ruptura do contrato social. E em consequência o Estado também rompe com o contrato social quando se omite em assegurar as condições mínimas de uma pessoa pode sobreviver e se desenvolver. Assim a co-culpabilidade é o reconhecimento jurídico, social e político da ruptura do contrato social por parte do Estado, que por causa disso deve assumir sua inadimplência e sua co-culpabilidade.¹¹⁷

A história aponta na utilização da co-culpabilidade às avessas, ou seja, erroneamente, privilegiando as classes dominantes por causa de suas condições sociais ao se aplicar a pena, e aplicando penas menos brandas aos quais não tinham esse critério de condições sociais mais elevadas, o que gerava penas de multas aos agraciados e aos desprovidos penas de lesões corporais e prisão. Aqui não se protegia os hipossuficientes e nem se tinha a busca da igualdade material.¹¹⁸

Como cita Grégore Moura:

A co-responsabilidade 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 (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.¹¹⁹

No direito penal brasileiro, temos disposições legais que de maneira indireta utilizam da co-culpabilidade para aumentar a reprovação. Como é o caso da lei conhecida como código de Defesa do Consumidor, lei n° 8.078/90¹²⁰, artigo 76, inciso IV, alínea a, e a lei que trata dos crimes contra a economia popular, lei n° 1.521/51¹²¹, artigo 4°, § 2°.

¹¹⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹¹⁸ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹¹⁹ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 46.

¹²⁰ Lei de 11 de Setembro de 1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

¹²¹ Lei de 26 de Dezembro de 1951 que trata dos crimes contra a economia popular.

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

I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou **por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima**; (grifo nosso)

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;

V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

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

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

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

I - ser cometido em época de grave crise econômica;

II - ocasionar grave dano individual;

III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - quando cometido:

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

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

O princípio da co-culpabilidade como modo de agravar a reprovação social e penal desvirtua sua finalidade, não se pode dessa maneira aumentar a reprovação penal, pois confronta o objetivo do princípio que foi criado.¹²²

Outro ponto que deve ser analisado e que gera muitas interpretações do que seria co-culpabilidade mas não é, e sim se trata da responsabilidade social, é a teoria da responsabilidade social que propunha Enrico Ferri.¹²³

Enrico Ferri retrata:

Todo sujeito ativo de delito é, portanto, sempre penalmente responsável, desde que o ato seja seu, isto é, expressão da sua personalidade, quaisquer que sejam as condições fisiopsíquicas em que ele o deliberou e executou. E as sanções defensivas contra ele só deverão ser condicionadas pela qualidade e quantidade, da sua diversa potência ofensiva.

A razão jurídica fundamental disto – que eu chamei, no campo teórico responsabilidade ‘social’ (isto é, para com a sociedade) e, no campo prático, responsabilidade ‘legal’ quando concretiza numa norma de lei, como o art. 18 do nosso Projeto de Código Penal – é por mim resumida nas palavras: “o homem é sempre responsável de todo o seu ato, somente porque e até que vive em sociedade”. Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado.¹²⁴

¹²² MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹²³ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹²⁴ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 232.

Para Enrico Ferri, a norma jurídica era designada para todas as pessoas que vivem em sociedade cumprirem, pois a defesa social era relevante, e se pode explicar da seguinte forma: todos os indivíduos que vivem em sociedade e que se recusam a respeitar as normas que lhes forem impostas serão responsabilizados por seus atos, respondendo assim por seus crimes cometidos, por se tratar de um ato anti-social. O resultado disso é a responsabilidade social, só por viver em sociedade você já está condicionado a respeitar e cumprir com as obrigações e regras sociais, e se essas regras contiverem na lei, sua responsabilização social passa a ser responsabilização penal.¹²⁵

O que disso tudo se assemelha a co-culpabilidade é que ambas se aproximam do Direito Penal, já que incluem à análise subjetiva a análise social do delito no caso concreto. Já o que as distinguem é que a responsabilidade social funda na ideia de defesa dos direitos do Estado perante aos direitos dos cidadãos, enquanto a co-culpabilidade defende os direitos dos cidadãos perante o descumprimento dos deveres constitucionais inerentes ao Estado.¹²⁶

A co-culpabilidade é a efetivação dos preceitos iluministas que tem como base a liberdade, justiça, fraternidade, igualdade e humanidade, e nossa Constituição Federal também se compõe desses preceitos. Ao analisar isso a luz do princípio da co-culpabilidade nos deparamos com a igualdade descrita no texto constitucional, reconhecendo todos como iguais perante a lei, sem qualquer distinção de natureza, porém essa igualdade é apenas formal, e a solução proposta seria tratar do mesmo modo os iguais e do mesmo modo os desiguais, na medida de sua desigualdade, só que existem vários níveis de desigualdades, além do que a igualdade é inerente a cada pessoa, cada um, pensa e tem como ideia uma definição diferente de igualdade, ou seja, a igualdade é vista como utopia. Por isso o princípio da co-culpabilidade quer que seja realizado a concretização do princípio da igualdade ou pelo menos uma diminuição da desigualdades sociais.¹²⁷

¹²⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹²⁶ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹²⁷ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Ao reconhecer o direito a igualdade ao condenado, aplicando de maneira concreta o princípio da co-culpabilidade, o tratamento dos iguais serão iguais e será diferenciado o tratamento dos desiguais conforme sua desigualdade, pois serão tratados de maneira própria.¹²⁸

Conforme Bobbio:

em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devem ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam consideram os concorrentes iguais. Basta formular perguntas do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas as escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições de família nas quais cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar os indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrigem uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.¹²⁹

Por isso é imposto ao Estado, que não cumpriu com suas obrigações, a diminuição da reprovação penal do agente que está em condições inferiores aos demais, como meta para atenuar as desigualdades. Desse modo o princípio da co-culpabilidade, interage com o princípio da igualdade disposto no art.5º, caput, da Constituição Federal.¹³⁰

¹²⁸ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 31-32. Sobre a igualdade de oportunidades, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 420-421.

¹³⁰ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

4.4 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Analisando outro princípio que está relacionado também com a co-culpabilidade, é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso III, assim esse princípio guia todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicado pelos três poderes republicanos. Esse princípio busca concretizar o mínimo para que uma pessoa possa se realizar como ter condições materiais de vida e moradia, ter oportunidades iguais, ter educação, alimentação, um emprego, entre outras. Partindo disso, se entende que para um ser humano, ser digno ele deve estar inserido socialmente, e essa dignidade da pessoa humana surge do personalismo axiológico, no qual o Direito tem como finalidade promover o bem estar dos sujeitos.¹³¹

O Direito Penal, analisado pelo princípio da co-culpabilidade, deve proteger o hipossuficiente, pois a co-culpabilidade admite a incompetência do Estado na promoção da dignidade da pessoa humana, assim deve atenuar os efeitos causadores da exclusão social derivados da desigualdade de oportunidades, visando o reconhecimento do condenado como sujeito de direitos e não como um objeto.¹³²

Outro princípio é a individualização da pena está previsto no art 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição, tem como objetivo limitar o poder punitivo do Estado, esse princípio incide nas três fases da pena, na sua previsão, cominação e execução. Analisado conforme a co-culpabilidade deve ser levado em consideração ao individualizar e materializar a aplicação e execução da pena, as condições sociais e pessoais do acusado, pois irá resultar em uma melhor efetividade em sua sanção penal.¹³³

O pluralismo jurídico é outro princípio a ser considerado, porque ele reconhece a diversidade, a liberdade, além do respeito a diferentes grupos da sociedade, o que concretiza a democracia, porque todos os indivíduos desses

¹³¹ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹³² MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹³³ MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

grupos têm opiniões diversas e sua participação é de extrema importância no que se diz respeito aos direitos e deveres instituídos pelas normas jurídicas dos cidadãos.¹³⁴

A Constituição Federal em seu art. 3º, inciso III, respeita as classes sociais marginalizadas, propondo a legalização do pluralismo jurídico, observando o direito da população minoritária, porque elas não possuem poder e muitas vezes não tem acesso aos direitos fundamentais dispostos na legislação, por isso se encontram excluídas e desprezadas.¹³⁵

Por último temos o princípio do garantismo penal proposto por Ferrajoli, que retrata que ao se aplicar a pena e produzir as provas em juízo, às vezes não se tem uma condenação que condiz com a realidade fática, por isso necessita de uma maior verificação da prova que foi produzida, para diminuir as incertezas, aumentando as garantias penais e processuais, tornando o processo mais adequado e mais justo, porque nesse caso estaria mais perto da verdade, porque existem provas que não expressam fielmente os acontecimentos que ocorreram o que dificulta o julgamento do condenado e pode causar injustiças.¹³⁶

O sistema penal analisado por Salo e Amilton de Carvalho, não deveria se restringir em relação ao princípio da co-culpabilidade aplicação nos casos decorrentes de condenação a penalizações alternadas ou cumuladas com multa, mas como afirmam devido “ a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena”.¹³⁷

Por meio do art. 66 do Código Penal, visto como, atenuantes inominadas, concebe-se a inserção do princípio da co-culpabilidade, pois não há caráter taxativo nesse artigo das causas de atenuação como ocorre no art. 65 do referido código. Desse modo, ao permitir a diminuição da pena do condenado em virtude da “circunstância relevante”, podendo ser anterior ou posterior ao delito, por mais que

¹³⁴ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹³⁵ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹³⁶ MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74.

não esteja prevista em lei, permite uma estrutura para a implementação de um instrumento de igualização e justiça social.¹³⁸

Ainda assim, a atenuante da co-culpabilidade não deve ser restringida somente à situação econômica do condenado, levando em consideração que está é somente uma das variáveis que integram o dever de prestação do Estado. Devendo ser analisada juntamente com a situação econômica também as condições de formação intelectual do imputado, pois é de extrema importância para verificação da dimensão de autodeterminação do sujeito.¹³⁹

Salo e Amilton de Carvalho apresentam como fundamento também o art 14, inciso I da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, pois conforme o dispositivo citado, uma circunstância que sempre atenua apenas é o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente. No direito penal é admissível, a utilização por analogia de dispositivos desde que não seja prejudicial ao réu, só que neste caso o dispositivo se refere a crimes ambientais outra espécie de conduta ilegal, sendo assim, uma aplicação ampliada no caso do direito penal.¹⁴⁰

Entende Salo e Amilton de Carvalho:

Se o conteúdo da culpabilidade é fornecido pela ideia de autodeterminação, se se trata da capacidade de o indivíduo motivar-se conforme a norma na concretude do caso, inegável que o grau de instrução (cultura) influencia sobremaneira o nível de percepção do sujeito (cognoscibilidade do ilícito) e na sua movimentação positiva ou negativa para o ato (exigibilidade de comportamento). Assim, impossível restringir o âmbito de validade da referida atenuante apenas aos crimes contra o meio ambiente, tendo em vista que possibilita uma avaliação concreta da relação homem-conduta delitiva, otimizando o modelo de culpabilidade pelo fato.¹⁴¹

Tal interpretação permite criar um mecanismo para diminuir a crueldade da ineficiência dos direitos sociais, econômicos e até culturais, fixando ao Estado uma

¹³⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

penalização, pela inobservância de sua própria legislação, concernente à estrutura do Estado Democrático de Direito. Além disso, a divisão de responsabilidade entre o Estado, a sociedade e o indivíduo que cometeu o ato delituoso, seria reformulado os critérios de aplicação da pena do art. 59, com o projeto de reforma do Código Penal, ficando da seguinte maneira¹⁴²:

Conforme Salo e Amilton de Carvalho:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena.¹⁴³

4.5 CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE OBRIGATÓRIA E CAUSA DE EXCULPAÇÃO

Além da análise da co-culpabilidade como atenuante obrigatória no Direito Penal, Salo e Amilton de Carvalho em sua obra analisaram a co-culpabilidade como uma causa Supra Legal de Exculpação, enquadrada na percepção do Movimento do Direito Alternativo (MDA), no que se diz respeito ao uso alternativo do direito. Nessa linha de raciocínio ligado a ensinamentos da Sociologia do Direito, admite a existência de direitos insurgentes, que elaborados pela sociedade e que precisam ser institucionalizados, ou seja, aqui averigua-se o pluralismo jurídico, não restrito somente a lei, mas ao reconhecimento de direitos emergentes.¹⁴⁴

Na estrutura jurídica do direito penal, a identificação do pluralismo jurídico, redimensiona a estrutura do direito como um todo, pois são incorporadas fontes penais diversas, relacionadas com o processo de descriminalização ou interpretação de maneira despenalizadora. No caso do princípio da co-culpabilidade que envolve

¹⁴² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79.

¹⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

direitos econômicos, sociais e culturais, a diminuição da pena não seria totalmente eficaz, mas haveria a necessidade em determinados casos de excluir a reprovabilidade do sujeito pela incidência desse princípio, como uma causa supralegal de exculpação.¹⁴⁵

Como entende Salo e Amilton de Carvalho:

Se, ao reconhecer a tese do pluralismo jurídico, a dogmática jurídica possibilita a incorporação de instrumentos supraleais para legitimação do direito penal, inafastável localizar o indivíduo em seu meio para produzir o juízo de reprovabilidade pelo fato. A constatação do pluralismo cultural, no interior de uma estrutura econômica radicada na desigual distribuição dos bens da vida, possibilita neutralizar a reprovabilidade penal, desde que empiricamente constatável a relação entre déficit dos direitos sociais e o delito.¹⁴⁶

Dessa maneira, utilizar do conceito de inexigibilidade com base nas condições de vida da população demonstra ser uma alternativa capaz de colaborar com a democratização do direito penal, diminuindo a indevida criminalização de pessoas que já foram penalizadas pelas suas condições de vida social.¹⁴⁷

O princípio da co-culpabilidade teve uma inovada construção teórica, que atualmente vem denominado como culpabilidade pela vulnerabilidade, na qual estabelece instrumentos de igualização material dos sujeitos nos casos de individualização da pena, em determinados casos, até opera como causa de exclusão da culpabilidade.¹⁴⁸

O capitalismo é apontado como causador da delinquência, por criar situações desiguais e desproporcionais entre as pessoas. Cria uma estrutura social de tamanha diferença que marginaliza uma parcela da população no mercado de trabalho e por consequência no mercado de consumo o que leva muitas vezes a

¹⁴⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 83.

¹⁴⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁴⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

indivíduos que estão em extremo estado de vulnerabilidade em decorrência dessa situação desigual.¹⁴⁹

Além disso, no que diz respeito à culpabilidade pela vulnerabilidade ela abrange o princípio da co-culpabilidade, que tem como pensamento garantista contemporâneo que o direito penal deve ser mínimo e o direito social máximo, utilizando do critério da vulnerabilidade, deve se efetivar o princípio da igualdade material, pra acabar dessa maneira com essas situações de marginalização que se tem pela profunda desigualdade na sociedade.¹⁵⁰

¹⁴⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁵⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho e após análise das doutrinas acerca do tema, pode-se afirmar que o princípio da co-culpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade no direito penal é aplicada no ordenamento nacional e apresenta-se como um instrumento valioso na busca pela justiça.

Analisando-se o princípio da co-culpabilidade pode-se definir que uma parcela da culpa pela conduta ilícita do indivíduo pertence ao Estado, e também a sociedade, seja pelo primeiro ser omissos em seus deveres, principalmente por não fornecer oportunidades iguais a todos os cidadãos ou por não garantir as condições mínimas de dignidade do sujeito, ou pela própria sociedade julgar esse indivíduo por suas características que são desprovidas econômica e intelectualmente e por suas próprias características físicas que não os favorecem. Tal atitude omissa de não oferecer espaço ao agente delituoso para se incluir na sociedade acaba por aumentar ainda mais a criminalidade e segregação dessas pessoas.

A base da consagração do princípio da co-culpabilidade tem origem na evolução histórica e normativa das teorias que fundamentam a própria culpabilidade. Seu início se deu com uma visão de que a culpabilidade se remetia a relação psicológica, ou seja, o vínculo entre o sujeito e o seu resultado praticado, de maneira subjetiva, porém essa vertente foi abandonada devido a sua insuficiência na justificação de vários elementos da culpabilidade. Em seguida, surgiu outra teoria, que foi a transição para o pensamento atual, que tinha como base a utilização de elementos normativos, e não apenas psíquicos, ligando a culpabilidade com algo exterior ao agente, uma reprovação que recai sobre o fato que é típico e ilícito, porém, de maneira semelhante, foi ineficaz por não contemplar todos os elementos da culpabilidade. Enfim tem-se a teoria normativa, que acabou por renovar o conceito de culpabilidade, e trouxe consigo o entendimento e aplicação de fatores conhecidos como a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao direito (exigibilidade de conduta diversa). Tornando-se assim a teoria mais completa e aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Um ponto importante observado com a realização do estudo sobre o tema foi que com a inserção do princípio da co-culpabilidade no meio jurídico nacional, realizou-se a análise sobre a possibilidade da atenuação da pena de condenados

por meio do artigo 65 e 66 do código penal, conforme autores como Salo e Amilton de Carvalho, permitiria a equalização e justiça social, levando-se em conta não somente a situação econômica mas condições que formam o intelecto do imputado. Além disso, passou-se a investigar a co-culpabilidade como causa supra legal de exculpação, como forma de uso alternativo do direito, onde apenas atenuar a pena não seria completamente eficaz à situação do réu, mas em alguns casos seria necessária a isenção da reprovabilidade.

O princípio da co-culpabilidade trouxe também uma inovação teórica, conhecida como culpabilidade pela vulnerabilidade, proporcionando mecanismos de igualdade material dos sujeitos ao individualizar suas penas, bem como operando em determinados casos como exclusão da culpabilidade. Esse pensamento garantista contemporâneo tem estrutura fundamentada de que o direito penal deve ser minimizado e o direito social maximizado, efetivando a igualdade material e abolindo situações de marginalização que decorre da desigualdade atual, a qual possui reflexos em decorrência do avanço do capitalismo.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Edouard, 2000, p. 31-32. Sobre a igualdade de oportunidades, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 10. ed. rev., e atual. Niterói: Impetus, 2008.
- HIRSCH, Hans Joachin. **Derecho Penal: El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal: obras completas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t, I, 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1963.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Arturo Rodríguez – Muñoz. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008

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

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. *La Culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española (tese de doutorado, inédita)*. Sevilla, 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1927.

WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho Penal alemán**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Trad. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. **Discursos Sediosos**. n. 14. Rio de Janeiro. Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Trad. de Vânia Romano Pedros e Amir Lopes da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca da Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro. Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. . Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl;PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral**. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.