



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
CURSO DIREITO**

**RAFAELA HERCULANO LIMA**

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO  
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**CAMPINA GRANDE – PB  
2014**

**RAFAELA HERCULANO LIMA**

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA  
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado no Curso de Graduação de  
Direito na Universidade Estadual da  
Paraíba em cumprimento à exigência para  
obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Esp. Iana K. C. de  
Carvalho.

CAMPINA GRANDE – PB  
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

L732p Lima, Rafaela Herculano

O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro [manuscrito] / Rafaela Herculano Lima. - 2014.  
32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.

"Orientação: Profa. Esp. Iana K. C. de Carvalho, Departamento  
de Direito Público".

1. Direito penal. 2. Co-culpabilidade. I. Título.

21. ed. CDD 345

RAFAELA HERCULANO LIMA

**O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE E SUA  
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no  
Curso de Graduação de Direito na Universidade  
Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

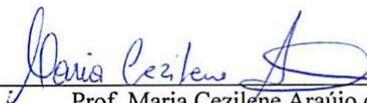
Aprovada em 13 / 02 / 2014



Prof. Iana K. C. de Carvalho/ UEPB  
Orientadora



Prof. Plínio Nunes Souza/ UEPB  
Examinador



Prof. Maria Cezilene Araújo de Moraes/ UEPB  
Examinadora

## RESUMO

O presente artigo possui como objetivo expor o entendimento doutrinário acerca do Princípio da Co-culpabilidade, bem como a possibilidade de sua aplicação e positivação no Direito Penal Brasileiro. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo aplicado à revisão bibliográfica, quando da conceituação e evolução sócio-política do elemento da culpabilidade como requisito para aplicação e quantificação da pena; da definição do princípio da co-culpabilidade e suas formas de aplicação e positivação no Direito Penal brasileiro. Restou demonstrada a completa possibilidade de aplicação do aludido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que embora este não possua previsão legal expressa, trata-se de um princípio constitucional, que assim como os demais, vincula a atividade do Poder Judiciário. Embora sua positivação não se faça obrigatória, visualizou-se que esta se faz necessária, para que conceda uma maior segurança jurídica e imperatividade ao instituto da co-culpabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Co-culpabilidade. Princípio Implícito. Positivação.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teve como objetivo geral analisar o princípio da co-culpabilidade, conceituando-o de uma forma ampla, contudo não exaustiva, e demonstrando que mesmo diante da ausência de sua previsão expressa no sistema jurídico brasileiro, é possível a sua aplicação de forma efetiva.

De forma não menos importante, buscou-se demonstrar a necessidade e a importância da positivação da co-culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, bem como os meios pelos quais esta inserção pode ocorrer.

Para isso, inicia-se o trabalho apresentando-se o conceito de culpabilidade, bem como a sua evolução sócio-política no Direito Penal, objetivando-se expor a grande relevância do elemento da culpabilidade dentro do conceito de crime, para só então adentrar no cerne da co-culpabilidade.

Embora não possua previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico, as mudanças sócio-políticas pelas quais vem passando a sociedade brasileira apontam para uma necessidade cada vez maior da adoção e aplicação deste princípio.

A co-culpabilidade, que será definida adiante de forma mais completa e criteriosa, consiste na divisão de culpa entre o agente delituoso e o Estado, tendo em vista a situação de vulnerabilidade na qual aquele indivíduo se encontra diante da

inércia estatal na concretização dos seus direitos sociais. Seu fundamento encontra amparo na impossibilidade de se exigir uma conduta diversa daqueles indivíduos que são socialmente excluídos e, conseqüentemente, selecionados pelo Direito Penal, que acaba por lhes aplicar as penas mais severas.

O Estado mostra-se inerte na efetivação das garantias constitucionais, devendo arcar com a parcela de culpa que lhe cabe pela marginalização de milhares de brasileiros que encontram no crime a saída para a sobrevivência na sociedade capitalista em que vivemos. O que se objetiva não é justificar a criminalidade como sendo uma consequência direta da pobreza, todavia, em diversos casos a situação de vulnerabilidade social do indivíduo que comete um delito tem ligação direta com a sua condição social de marginalizado, e isto não deve ser ignorado no momento em que Magistrado irá aferir o quantum da pena que lhe deve ser aplicada.

O Estado não pode exigir a mesma conduta de pessoas que ocupam condições distintas dentro da sociedade e, conseqüentemente deve analisar essa condição social diversa quando da aplicação do seu poder de punir. É isso que objetiva o princípio da co-culpabilidade.

Embora não possua previsão expressa no ordenamento jurídico, o aludido princípio encontra-se revestido de entornos constitucionais, o que possibilita a sua aplicação na esfera do Direito Penal Brasileiro. O art. 66 do Código Penal, que trata das atenuantes inominadas, também é uma norma legal que possibilita a aplicação do instituto da co-culpabilidade.

Atenta-se ainda, como mais adiante será demonstrado, para a possibilidade de este princípio vir a ser aplicado com fundamento no art. 59, do Código Penal, e no art. 187, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, sendo estas regras jurídicas que poderão vir a proporcionar ao magistrado a abertura jurídica necessária para a análise da situação socioeconômica do agente delituoso quando da aferição do quantum da pena a ser aplicada em sua sentença.

É com o objetivo de delinear as razões, as consequências e a possibilidade da imposição da aplicação do aludido princípio, uma vez que a sociedade brasileira encontra-se marcada por uma disparidade jurídica entre os seus cidadãos, que se apresenta o presente artigo.

O método utilizado na elaboração deste artigo foi o hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, pesquisa na legislação e em artigos científicos.

## 2 CONCEITO DE CULPABILIDADE

Ao tratar da culpabilidade, estamos diante de um dos eixos basilares do Direito Penal. Como bem asseverou Von Liszt, “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade, mede-se o progresso do Direito Penal”<sup>1</sup>.

No Direito Penal é possível encontrar-se três sentidos diversos para determinar a culpabilidade. O primeiro deles seria a culpabilidade como fundamento da pena, neste sentido, trata-se do fato de ser possível ou não a aplicação de uma penalidade ao agente de um fato típico e antijurídico, isto é, vedado pela lei penal. Neste caso, se exige que se faça presente outros requisitos, quais sejam, a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, sendo estes os elementos constitutivos do conceito dogmático de culpabilidade. Na ausência de um destes elementos, a aplicação da sanção penal fica impedida.

O segundo sentido seria a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Aqui a culpabilidade não funciona como fundamento da pena, mas sim como uma limitação desta, impossibilitando que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, juntamente com outros fatores como fins preventivos, a relevância do bem jurídico, dentre outros. Já na terceira acepção a culpabilidade é vista como conceito inverso ao da responsabilidade objetiva, ou seja, como identificadora e delimitadora da responsabilidade individual e subjetiva.

A reforma Penal ocorrida em 1984 modificou a forma como a culpabilidade figurava. No período anterior, a culpabilidade era tida como um dos elementos constitutivos do delito, sendo este entendido como fato típico, antijurídico e culpável. Era a chamada teoria tripartite do crime. Nesta visão, se o agente não fosse tido como culpado, a infração penal deixava de existir. Após esta reforma, a culpabilidade passou a ser vista como um pressuposto de aplicação da pena. Com a adoção da teoria finalista da ação, passou-se a entender que dolo e culpa, elementos que antes figuravam dentro do conceito de culpabilidade, fazendo com que esta fosse vista como elemento subjetivo do crime, migraram para a conduta típica. É a chamada teoria bipartida do crime. Assim sendo, a culpabilidade passa a ter uma função dupla. Serve, em relação à teoria tripartite para afirmar se o crime existiu, e em relação à teoria bipartida, para dizer se o agente é

---

<sup>1</sup> Fran Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, Madrid, Ed. Reus, t. 2, p. 390.

culpável. Contudo, em um ou outro caso, em um segundo momento, a culpabilidade irá servir como medida da pena.

Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo, “a culpabilidade é, assim, a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica”<sup>2</sup>. É a culpabilidade, juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade, que fundamenta a imposição de uma pena em nossa cultura jurídica.

Tem se expandido o pensamento de que do conceito de culpabilidade não se pode excluir de forma definitiva o dolo e a culpa. O dolo ocupa dupla posição. Em um primeiro momento, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas, e em um segundo momento, como portador do desvalor da atitude interna que o fato expressa.

No nosso ordenamento pátrio, a exigência de se analisar a culpabilidade para que se possa quantificar a pena, está prevista no art. 59 do Código Penal. Tal dispositivo ao mencionar a culpabilidade do agente como circunstância para afixação da pena, inclui a apreciação da intensidade do dolo e do grau da culpa.

A culpabilidade seria assim o grau de culpa que se pode atribuir a alguém que praticou uma infração penal. Ao se avaliar essa culpa, torna-se possível aferir se o agente deve ou não receber uma sanção por parte do Estado. Caso esta seja aplicada, a culpabilidade deverá ser novamente aplicada para quantificar essa pena.

Ao analisarmos essa segunda culpabilidade, qual seja, a que serve como medida da pena, observa-se a existência de uma subdivisão. É a chamada culpabilidade do fato ou de ato e a culpabilidade do autor. Na culpabilidade do fato entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. A censura, neste caso, deverá ser analisada em relação à gravidade do crime praticado. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Já na culpabilidade de autor, o que se leva em conta são as circunstâncias pessoais do autor do delito. Este é reprovado por sua personalidade, não pelo que fez, mas sim pelo que é. Nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli, “o homem é responsabilizado por sua conduta de vida, porque se considera que o delito é o resultado

---

<sup>2</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 21.

do modo com que o sujeito conduziu a sua vida, e, na realidade, a culpabilidade é a reprovação ao indivíduo por esta conduta de vida”<sup>3</sup>.

No sistema penal brasileiro, à luz do exposto no art. 59 do Código Penal, é bastante plausível a conclusão de que o nosso ordenamento adotou uma culpabilidade mista. O agente do delito não é punido apenas com base no fato que praticou, mas também em detrimento de quem ele é. Subsiste assim, um direito penal baseado no ser, direcionado também a pessoa do agente, em sua vida regressa. É nessa modalidade de culpabilidade que as considerações a serem traçadas acerca da co-culpabilidade ganham força e coerência. Isso se dá diante da situação de que a culpabilidade não deve ser vista apenas como um problema do indivíduo a qual é imputada, mas também do Estado, levando em consideração a sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade desse indivíduo.

Ou seja, a culpabilidade direciona para o Estado a necessidade de demonstrar a sua condição para que possa exigir o cumprimento das normas jurídicas pelo indivíduo, variando essa capacidade de exigir de acordo com cada pessoa, suas condições pessoais e seu relacionamento com o Estado.

### **3 EVOLUÇÃO SÓCIO-POLÍTICA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE**

A evolução de um Estado, em decorrência da evolução de sua sociedade, modifica também o Direito Penal, bem como os seus conceitos basilares. Com o elemento da culpabilidade não foi diferente, repousando seu conceito sobre diversas teorias ao longo dos tempos.

Todavia, a sistematização conceitual da culpabilidade data de período bem mais recente. Por volta do século XIX, com Adolf Merkel, e, sobretudo, com Binding, foram lançados os primeiros esboços das definições e estruturação contemporâneas da culpabilidade. Contudo, na segunda metade deste século, a teoria da liberdade de vontade começa a entrar em declínio, desconstruindo o conceito de culpabilidade do Direito Natural, possibilitando assim, o surgimento da concepção psicológica da culpabilidade, marco do Direito Positivo.

---

<sup>3</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de direito penal brasileiro: parte geral, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 5. ed . rev . e atual . – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 578.

### 3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Na Antiguidade, em se tratando de Direito Penal, observava-se, principalmente, a responsabilidade objetiva no fato. A teoria psicológica da culpabilidade tem estrita correspondência com o naturalismo-causalista, encontrando ambos o seu fundamento no positivismo do século XIX. Von Liszt reduz a ação a um processo causal originado do impulso da vontade. Nos dizeres deste, “a culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou”<sup>4</sup>, ou seja, a culpabilidade é a relação subjetiva entre o autor e o fato, é o vínculo psicológico que liga o autor ao resultado oriundo de sua ação.

Para Bitencourt, dentro dessa concepção psicológica, o dolo e a culpa não só eram duas espécies de culpabilidade, como também a sua totalidade, uma vez que não apresentava nenhum outro elemento constitutivo<sup>5</sup>.

No sistema proposto por Von Liszt e Beling, o delito estava dividido em dois aspectos: um interno e outro externo. Na parte externa o injusto penal era objetivo, compreendendo a tipicidade e antijuridicidade da ação. Já na parte interna, o delito era avaliado em seu aspecto subjetivo, composto pelos elementos psíquicos, representado pela culpabilidade.

Neste momento, fala-se então em uma responsabilidade subjetiva, na qual se verifica a indispensável necessidade de se apurar a culpa do autor da conduta. Para que fosse possível imputar-se determinada conduta delituosa a um sujeito, fazia-se necessária a análise da ausência ou presença da vontade ou da previsibilidade por parte do autor no momento da prática do delito.

A teoria psicológica, em sua concepção original, acreditava que somente seria possível afastar-se a culpabilidade diante de causas que eliminassem o vínculo psicológico. Essas causas seriam o erro, que excluiria o elemento intelectual, ou a coação, que iria suprimir o elemento volitivo do dolo, o qual, para essa teoria, era puramente psicológico.

Esta teoria prevaleceu durante parte do século XIX e parte do século XX, quando então inicia o seu declínio, passando a ser superada pela teoria normativa. Seu ponto mais criticado pelos penalistas foi o fato desta teoria reunir o dolo e a culpa *stricto sensu* como formas da culpabilidade. Ela reunia como espécies fenômenos totalmente diversos: o dolo e a culpa. Segundo Damásio de Jesus, se o dolo é

---

<sup>4</sup> Franz Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, Madrid, Ed. Reus, 1927, t. 2, p. 375.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar R., Tratado de Direito Penal, 15 ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 394.

caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécie de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade<sup>6</sup>. Era absolutamente incoerente visualizar a culpabilidade como algo puramente psicológico, tendo em vista que uma das suas formas de manifestação, a culposa, não tinha carácter psicológico.

Como bem asseverou Juarez Tavares:

Ao fazer-se depender a imposição de pena, unicamente, do vínculo psicológico entre o agente e o fato (antiga imputatio iuris, dos práticos), não se obtém uma resposta convincente ao fato de porque a punibilidade deixa de existir em caso de coação irresistível, em atendimento à ordem de superior hierárquico, desde que a ordem seja manifestamente ilegal, e em estado de necessidade exculpante<sup>7</sup>.

Isso implica dizer que o psicológico, por si só, não é capaz de determinar a culpabilidade do agente delituoso, faz-se necessária a análise de outros elementos para que esta seja aferida.

### **3.2 Teoria Psicológico – Normativa da Culpabilidade**

O grande fundador da teoria normativa da culpabilidade foi Reinhard Frank. Por intermédio deste, em meados de 1907, foram realizadas modificações no sistema anterior, notadamente no que se refere ao tipo penal e a culpabilidade. Frank foi o primeiro a afirmar que o aspecto psicológico que se faz presente no dolo ou na culpa não esgota por inteiro o conteúdo da culpabilidade, que também necessita ser censurável. Foram introduzidos elementos subjetivos e normativos ao tipo. A culpabilidade deixa de ser vista como mera relação psicológica entre o agente e o fato por este praticado, para constituir-se também de um juízo de censura ou reprovação pessoal.

A partir dessa teoria psicológica-normativa, dolo e culpa deixam de ser considerados como espécies de culpabilidade, assumindo o papel de elementos desta, embora não de forma exaustiva, tendo em vista que esta teoria, ao contrário da teoria psicológica, expõe que a culpabilidade necessita de outros elementos para aperfeiçoar-se.

---

<sup>6</sup> JESUS, Damásio E. de. op. cit. p. 460.

<sup>7</sup> TAVARES, Juarez. Teorias do delito, p. 31.

Tal concepção enxerga a culpabilidade como algo externo ao agente, não mais como um vínculo entre este o fato, mas sim como um juízo de valoração a respeito do agente. Passa a existir uma reprovação, uma espécie de censura que recai sobre o autor do fato, estando esta condicionada a existência de certos elementos: o primeiro deles que se faz presente desde o surgimento da culpabilidade, que é a imputabilidade, agora visto como elemento e não mais como pressuposto; o dolo ou a culpa, que deixam de ser vistos como espécies da culpabilidade para transformarem-se em um dos seus elementos; e por fim, o elemento que foi incluso no conceito da culpabilidade por Freudenthal, que é a exigibilidade de conduta diversa. Ou seja, a culpabilidade psicológico-normativa passa a compor-se dos seguintes elementos:

- Imputabilidade;
- Dolo ou culpa (elemento psicológico-normativo);
- Exigibilidade de conduta conforme ao Direito.

A partir desta nova concepção de culpabilidade, para que o agente pudesse ser punido pelo fato ilícito por ele praticado, além da presença dos elementos subjetivos (dolo e culpa), passa-se a exigir que nas condições em que este se encontrava, pudesse lhe ser exigida uma conduta em conformidade com o direito. Com a introdução desse elemento de natureza normativa, os problemas que anteriormente levaram ao declínio da teoria psicológica, como por exemplo, o da coação irresistível e o estado de necessidade exculpante, já possuíam uma forma de serem tratados na esfera da culpabilidade.

Todavia, essa teoria sofreu críticas também, e o ponto central desta é no fato de manter-se o dolo como elemento da culpabilidade. Conforme expões Bitencourt:

Por essa teoria, para haver dolo, como elemento da culpabilidade, fazia-se necessário que o agente quisesse praticar um fato típico e ilícito, com a consequência da antijuridicidade desse fato, isto é, sabendo que estava contrariando a ordem jurídica<sup>8</sup>.

Sendo a culpabilidade um fenômeno normativo, seus elementos deveriam ser também normativos. Todavia, apresentado como elemento da culpabilidade, o dolo não é normativo, mas sim, psicológico. Ele passa então a ser híbrido: psicológico, no tocante à vontade e consciência do agente, e normativo, pela consciência da ilicitude.

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar R., Tratado de Direito Penal, 15 ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 400.

Os problemas que a teoria psicológico-normativa continuava a enfrentar são, finalmente, superados pela teoria normativa pura, sustentada pelo finalismo de Welzel.

### **3.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.**

Por volta da década de 30, surge uma nova explicação para o que realmente seria a reprovabilidade. Nasce a teoria normativa pura da culpabilidade, tendo Welzel como seu precursor, na sua chamada teoria finalista da ação. A teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes pontos de sua evolução. Segundo Bitencourt, “uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo normativismo neokantiano, foi a extração da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade, a primeira construção verdadeiramente normativa, no dizer de Maurach”<sup>9</sup>.

Esta teoria parte da premissa de que a finalidade da ação, elemento intencional do ato, é algo inseparável da própria ação. Nos dizeres de Damásio de Jesus, “ela retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal, e retira do dolo a consciência da ilicitude e a coloca na culpabilidade”<sup>10</sup>. Como consequência, na culpabilidade passam a repousar apenas aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, repousando o objeto da reprovação no próprio injusto penal.

A teoria finalista acaba por redirecionar o estudo do Direito Penal, numa visão geral, adotando um novo conteúdo para a culpabilidade. Suas consequências mais significativas foram: a separação do tipo penal em tipos dolosos e culposos; o dolo e a culpa passam a ser vistos não mais como espécies ou elementos da culpabilidade, mas como integrantes da ação e do injusto penal.

Com a evolução trazida pela teoria normativa pura, a culpabilidade passa a ser composta, portanto, pelos seguintes elementos: a imputabilidade; a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato; e a exigibilidade de conduta adversa.

#### **3.3.1 Imputabilidade**

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar R., Tratado de Direito Penal, 15 ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 400.

<sup>10</sup> JESUS, Damásio E., Ibid. p. 459.

Segundo Bitencourt, “imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações”. Assim sendo, para que se possa falar em culpabilidade diante de uma determinada ação, é necessário que o agente tivesse a capacidade de agir em conformidade com o que determina a norma. Aquele que não possui liberdade e faculdade para comportar-se de modo adverso é, portanto, inculpável ou inimputável.

Welzel defende, portanto, que “a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um intelectual, e outro volitivo, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade”<sup>11</sup>.

Logo, a imputabilidade consiste na capacidade psíquica que o agente possa ter para agir de acordo com o que determina o direito, e de entender essa determinação legal. A ausência de um destes elementos é, pois, suficiente para afastar a capacidade de culpabilidade, ou seja, a imputabilidade penal.

### **3.3.2 Possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato**

Para que um fato danoso praticado por um indivíduo possa ser visto como reprovável, e, portanto, sujeito à sanção penal, é necessário que este conheça ou possa conhecer as circunstâncias que compõem o tipo penal por ele praticado. Em outras palavras, um sujeito que pratica um evento danoso, deve possuir, no momento em que o pratica, pelo menos a possibilidade de entender que aquele seu ato é tido como delito naquele aquele local onde ele agiu, para que a pena lhe possa ser justamente imposta.

### **3.3.3 Exigibilidade de conduta adversa**

O conhecimento do injusto penal por parte do agente, por si só, não é suficiente para ensejar a aplicação de uma sanção penal. Esta somente pode ser imposta quando o autor, diante de uma situação concreta, puder agir em conformidade com esse discernimento. Nos dizeres de Welzel, “Não se trata aqui da capacidade geral de decisão conforme o sentido, por conseguinte, da imputabilidade, que existe

---

<sup>11</sup> WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit., p. 216.

independentemente da situação dada, mas de possibilidade concreta do autor, capaz de culpabilidade, de poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto”<sup>12</sup>.

Assim sendo, para que a culpabilidade de fato se faça presente, é necessário que o agente pratique a conduta ilícita em condições normais, ou seja, em situação na qual ele devia e podia agir em conformidade com o direito. Segundo Mirabete, “só há culpabilidade se era possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente”<sup>13</sup>.

## **4 DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE**

Antes de se adentrar de forma mais aprofundada no que vem a ser o princípio da co-culpabilidade, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o conceito de princípio e sobre o princípio da culpabilidade.

### **4.1 Conceito de Princípio**

Nas palavras de Canotilho, “princípios são os fundamentos, bases ou alicerces do ordenamento jurídico, visando dar unidade, harmonia e coerência ao sistema jurídico”<sup>14</sup>.

Guilherme de Souza Nucci assevera:

Etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação<sup>15</sup>.

Rogério Greco, por sua vez, conceitua princípio como “as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> WELZEL, El nuevo sistema, cit., p. 125.

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>14</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da constituição. 6. Ed. Coimbra: Almeida, 2001, p.34.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 47.

Para o sistema jurídico, o princípio é visto como fonte, base, ponto inicial de algum instituto jurídico, norteando a interpretação da norma criada pelo legislador. É ponto de unidade, coerência e harmonia no sistema jurídico, encontrando-se em um patamar superior ao das regras normativas. Com o passar dos séculos, e, conseqüentemente, com a evolução da ciência jurídica, os princípios têm ganhado cada vez mais relevância na realização da justiça, em virtude de sua abstração, que lhe possibilita abarcar e solucionar um maior número de situações concretas do que a norma jurídica.

Os princípios, como fonte de interpretação que são, devem ser analisados de acordo com o momento histórico, político e socioeconômico de uma sociedade, uma vez que estes representam a concretização de valores gerais. Eles servem de base para a formação das diretrizes singulares de direito de uma determinada instituição jurídica, bem como de um código ou de um Direito Positivo. Assim sendo, abandona-se o antigo pensamento de que o princípio estaria entre o valor e a norma, como era exposto na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, pois, tendo em vista a sua atual força normativa, o princípio é uma espécie de norma. Assim nos ensina Canotilho:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios ( Norm-Prinzip, Norm um Grundsatz). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: as regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas<sup>17</sup>.

Existem duas espécies de princípios no ordenamento jurídico: os expressos e os implícitos. Expressos são aqueles que encontram seu fundamento em uma norma jurídica. Já os implícitos encontram seu fundamento no ordenamento jurídico como um todo, em virtude de suas normas éticas e morais. Ambos são muito utilizados, seja como fonte outrinde orientação na produção legislativa, seja como garantias aos cidadãos ou como fonte de interpretação dos textos legais.

Eis o entendimento doutrinário geral sobre o princípio:

Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como normas com alto nível de generalidade e informadoras de todo o

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, op. cit., p 1.146.

ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência<sup>18</sup>.

Importante destacar a grande importância assumida pelos princípios no Direito e no ordenamento jurídico como um todo. Em virtude da chamada “inflação legislativa”, os juristas necessitam, cada vez mais, voltar para as noções principiológicas para aplicar soluções aos casos concretos, para que não se tornem meros pesquisadores e aplicadores de leis, ao invés de conhecedores do Direito.

Portanto, é de suma importância consignar que os princípios, principalmente os constitucionais, devem ser vistos como elementos irradiadores, no qual se fundamenta todo um sistema jurídico.

#### **4.2 Princípio da Culpabilidade**

Em sua acepção mais elementar, o princípio da culpabilidade nos diz: “não há crime sem culpabilidade”. Nesta acepção, este princípio funda-se na aceitação de que o homem é um ser capaz de autodeterminar-se. Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Como já mencionado anteriormente, tem-se por reprovável ou censurável aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições que se encontrava, podia agir de outro modo.

Doutrina Assis Toledo:

Deve-se entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença, fundada na experiência da vida cotidiana, de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo<sup>19</sup>.

Trata-se de um dos pilares do sistema penal brasileiro, visto que é requisito necessário para a existência de um crime e, conseqüentemente, para a sua punição, previsto de forma expressa em nosso ordenamento constitucional, mais precisamente em seu art. 5, inciso LVII, que nos diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 49.

<sup>19</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p. 86-87.

Segundo Munõz Conde, a culpabilidade não se trata de um fenômeno isolado, individual, que afeta apenas o autor do fato delituoso, mas sim de um fenômeno social. Nos dizeres de Munõz:

Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade<sup>20</sup>.

Assim sendo, tendo por base o pensamento de Munõz Conde, a culpabilidade não seria algo concebido apenas no próprio agente, de forma individual, mas sim uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade. Ou seja, ele nos fornece um fundamento social para a culpabilidade, ao invés do tradicional fundamento psicológico.

Como já mencionado, culpabilidade deve ser vista de duas formas: como fundamento e como limite da própria pena. Logo, a sanção imposta ao indivíduo deve ser diretamente proporcional ao grau lesivo de sua conduta delituosa. Acentua Zaffaroni:

O princípio da culpabilidade abarca, portanto, dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta a direito. A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjunção de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e exclui quando não alcança a mínima<sup>21</sup>.

Em sua maioria, nos ordenamentos jurídicos mais evoluídos, prevalece a adoção da teoria da culpabilidade do fato. Isto significa que o juízo de reprovação recai sobre o fato praticado, onde se avalia os meios empregados pelo autor do fato, a

---

<sup>20</sup> Munõz Conde, Teoria Geral do Dleito, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988, p. 129.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul, Direito Penal Brasileiro Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 246.

lesividade da ação, as circunstâncias nas quais o mesmo foi praticado, dentre outros elementos.

Em nosso ordenamento jurídico a culpabilidade é tida em sua forma mista, ou seja, leva-se em consideração as circunstâncias do fato, mas também as condições pessoais do agente que o praticou. O art. 59, do Código Penal, é bastante claro ao determinar que na aplicação da pena, deve-se avaliar as circunstâncias pessoais do indivíduo, como seus antecedentes, os motivos que o levaram a praticar o injusto penal, dentre outros critérios. Trata-se do já mencionado “direito penal do autor”, onde o agente é punido pelo que é, e não pelo fato que cometeu.

É nessa figura do direito penal do autor que o princípio da co-culpabilidade ganha espaço e delimita as suas razões de ser. Um direito que puni o delito praticado com fundamento no “ser” do agente que o praticou, necessita de maiores limitações, tendo em vista que, muitas vezes, o homem não possui a opção de escolher como deseja ser, ele não domina integralmente a sua esfera de autodeterminação, pois vivemos em um contexto de forte e violenta segregação social.

Segundo nos ensina Salo de Carvalho:

Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, a uma parte de culpabilidade, da reprovação pelo fato, com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas. Se a sociedade não oferece a todos a mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros<sup>22</sup>.

É objetivando servir de meio para que o Estado, bem como a sociedade como um todo, assumam a parcela de culpa que lhe cabe na reprovação do fato delituoso cometido pelo indivíduo socialmente marginalizado, que se apresenta o princípio da co-culpabilidade.

### **4.3 Princípio da Co-culpabilidade**

Todo ser humano age em uma circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. O grau dessa autodeterminação é regido por

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 65.

circunstâncias individualizadas, que variam de acordo com o local, o nível de escolaridade, de moradia, dentre outros fatores que interferem de forma direta na constituição da personalidade de cada indivíduo. Assim sendo, por maior que seja o nível de desenvolvimento de uma sociedade, ela jamais será capaz de proporcionar oportunidades de forma igualitária a todos os cidadãos. Como consequência, algumas pessoas, influenciadas por sua condição social, acabam por possuir um menor âmbito de autodeterminação. Posto isso, não nos parece justo que a este sujeito seja atribuída estas causas sociais e sobrecarregá-lo com elas no momento da aferição de sua culpabilidade quando do cometimento de um ato delituoso.

É diante desta situação que se costuma enquadrar o conceito de co-culpabilidade, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Juarez Cirino dos Santos destaca-se como um dos primeiros estudiosos a desenvolver a ideia de co-culpabilidade. Ele nos explica de forma impecável o que seria esta:

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<sup>23</sup>.

Logo, segundo o princípio da co-culpabilidade, integrantes de determinadas classes sociais, ao cometerem algumas espécies de delitos, não devem ser responsabilizados de forma exclusiva pelo ato, pois não seriam os únicos responsáveis por ele, visto que a sociedade, que os exclui com suas condutas antijurídicas e anti-sociais, também possui a sua parcela de culpa, daí o prefixo “co”, indicando que a sociedade participa de forma indireta no cometimento do delito.

Segundo Grégore Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social,

---

<sup>23</sup> SANTOS, Juarez Cirino do. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: Forum, 2004. p. 265-266.

gerando consequenciais práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal<sup>24</sup>.

Assim sendo, o princípio da co-culpabilidade é um reconhecimento da parcela de culpa do delito que cabe também ao Estado, tendo em vista a sua ausência efetiva nas prestações materiais, sociais e culturais. Por mostrar-se omissivo em diversas obrigações sociais, este acaba por contribuir com a prática de alguns delitos, devendo arcar, assim, com a parcela que lhe cabe. Este princípio seria, pois, uma forma de promover uma menor reprovabilidade do sujeito que comete o delito em virtude de sua posição de marginalizado pelo Estado, que ainda é inerte no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com seus cidadãos, de forma mais expressiva no tocante ao aspecto econômico-social.

Seria então a co-culpabilidade uma forma de temperamento do juízo de reprovação que recai sob o agente do delito, tendo em vista que este, não raro, é impulsionado a cometer o ilícito por suas condições desfavoráveis, principalmente quando se trata de crimes patrimoniais. Esta parcela de culpa que se atribui ao Estado deve ser vista como uma causa de diminuição de pena ou, até mesmo, como excludente do delito, a depender da circunstância do agente, desde que a situação social deste esteja diretamente relacionada com a ocorrência do ilícito. Seria, pois, uma punição baseada na proporcionalidade e na razoabilidade, promovendo um Direito Penal mínimo, que não seleciona, não exclui e não marginaliza.

O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Para que se possa ilustrar, tomemos por base dois grandes objetos de desejo humano: o dinheiro e a ostentação. Estes elementos, inegavelmente, influenciam de forma direta no comportamento dos membros da sociedade, contudo, de forma bastante diversificada. Tanto o rico como o pobre desejam conquistá-los, mas o que os distingue, em sua maioria, são os meios utilizados para tanto, e os resultados advindos de suas

---

<sup>24</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 36-37.

ações. Enquanto o rico, detentor do poder, faz uso de engodo, valendo-se de facilidades como o meio político, por exemplo, que o faz sair impune de seus atos, o pobre apenas possui a violência como meio para seus intentos, e, em sua maioria, acaba sendo pego e condenado da forma mais severa possível pela lei penal. É diante desta imensa discrepância social, de desengano e indiferença pela figura do Estado e de seu direito punitivo seletivo, que o marginalizado acaba por fomentar o seu sentimento de revolta. Nesse contexto é que se encontra espaço para a teoria da co-culpabilidade, numa tentativa de mitigar os danos que são inerentes ao próprio sistema.

O princípio da co-culpabilidade objetiva minimizar a exclusão social existente no ordenamento jurídico por meio da materialização do princípio da igualdade substancial, possibilitando, assim, que a pena imposta ao delito cometido seja mais justa, levando-se em consideração as circunstâncias sociais que o motivaram.

O que se pretende não é uma responsabilização penal do Estado, visto que isso seria impossível, mas sim uma responsabilização social, que venha a reconhecer a inércia estadual no cumprimento de seus deveres para com a sociedade, impondo, assim, uma menor reprovação àquele agente marginalizado. Como bem assevera Juarez Cirino dos Santos, a co-culpabilidade da sociedade pode ser vista como uma valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos marginalizados<sup>25</sup>.

A aplicação do princípio da co-culpabilidade seria uma decorrência do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, tornando-o responsável, de forma indireta, pelo fato delituoso, contudo, com um imenso cuidado para não inverter erroneamente os papéis, transformando o Estado em criminoso e o agente em vítima.

Todavia, ao analisarmos a legislação penal brasileira, veremos que na verdade ocorre uma tipificação totalmente contrária a este pensamento, chamada por muitos como co-culpabilidade “às avessas”. Nos dizeres de Grégore Moura, seria a:

Tipificação de condutas dirigidas às pessoas marginalizadas, ou aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico, ou ainda como fator de diminuição e também aumento da reprovação social e penal<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 26.

<sup>26</sup> MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p. 44.

A lei penal por certo tempo tipificou condutas como a mendicância e a vadiagem, ao passo que quando trata de crimes tributários, expõe uma diversidade de benefícios ao acusado, dentre eles a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Isso nos mostra que condutas menos graves, e mais comumente praticadas por pessoas de baixa renda, são punidas de forma mais severa, ao passo que crimes de extrema relevância econômica e social, praticados em sua maioria por pessoas detentoras de poder econômico e político, são punidos de forma mais branda. Isso acaba por gerar um ciclo vicioso de revolta e violência social, aumentando de forma alarmante o índice de criminalidade.

Outro exemplo dessa chamada co-culpabilidade “às avessas”, pode ser encontrado quando analisamos o instituto da reparação do dano. Quando se trata de crime comum, é uma mera causa de diminuição ou atenuação de pena, contudo, em se tratando de crime contra a ordem tributária é causa de extinção da punibilidade. Fica, novamente, evidente a concessão de benefícios aos detentores do poder, visto que os crimes de natureza tributária, como já mencionado, são praticados por uma classe econômica mais abastada. Evidente, pois, a preferência do legislador por proteger a classe dominante, a qual, não por mera coincidência, este faz parte.

Fica evidente o desrespeito ao princípio da proporcionalidade, diante dessa falta de coerência e unidade no ordenamento jurídico penal brasileiro. Isto acaba por propagar a discriminação social e econômica por meio da discriminação legal em afronta direta a igualdade material.

Ocorre que muitas definições do que viria a ser o princípio da co-culpabilidade e até mesmo essa co-culpabilidade “às avessas”, acabaram por conduzir a um entendimento errôneo sobre este princípio, que é o ponto mais criticado pela moderna criminologia: a ideia de que a pobreza é a causa direta do delito. Neste sentido, assevera Zaffaroni:

Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensadores humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente, etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o

---

imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os comentem com menor rudeza ou mesmo com refinamento <sup>27</sup>.

Esse entendimento distorcido pode ser explicado pela ocultação da cifra dos crimes cometidos por pessoas de classe social mais elevada, os chamados crimes de “colarinho branco”. Nestes crimes se dá uma ocultação de sua ocorrência, em detrimento da grande visibilidade que se realiza sob os crimes cometidos por pessoas miseráveis. Tal fenômeno explica-se por diversos fatores, sejam eles de natureza social, jurídico-formal ou de natureza econômica. Desta forma, diante desta ocultação, ao compararmos a incidência da ocorrência de crimes comuns em relação aos de colarinho branco, teremos a falsa impressão de que aqueles ocorrem em escalas maiores. Todavia, ao computar-se a cifra oculta dos crimes cometidos por pessoas que detêm poder econômico, veremos que estes ocorrem em uma escala muito maior. Daí a errônea conclusão de que pobreza e crime estão correlacionados.

A crítica feroz realizada à teoria da co-culpabilidade é então fruto desse pensamento distorcido. A ideia de ter-se em conta a situação sócio-econômica do réu no momento da dosimetria de sua pena acabou por conduzir ao entendimento de que a miserabilidade seria a principal causa do crime, mas como já dito, não é assim que ocorre. O crime é um fenômeno social existente em todas as camadas sociais.

O que o princípio da co-culpabilidade objetiva é a verificação, de forma ampla, da situação social do réu no momento da dosimetria de sua culpabilidade pelo delito cometido, e não apenas a aferição de sua situação econômica. E no momento da aferição dessa culpabilidade por parte do réu, que seja levado em conta a sua marginalização social, que se dá, na maioria das vezes, pela inércia estatal no cumprimento de seus deveres político-sociais, bem como da sociedade como um todo, que segrega de forma explícita os menos abastados.

Na atual conjuntura social em que nos encontramos, a co-culpabilidade faz-se necessária como um meio de reorganizar a órbita jurídica penal. A classe social dos mais abastados se vê cada vez mais refém da violência e do perigo, mas na verdade não consegue visualizar que ela própria contribui para esse aumento da criminalidade, no momento em que exclui de forma violenta aqueles que não possuem nenhum suporte econômico e social.

---

<sup>27</sup> ZAFARRONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan. 2003, vol. 1, p. 48.

Vive-se em verdadeiras “prisões domiciliares”. Residências com muros cada vez mais altos, cercadas de grades, cercas elétricas, segurança eletrônica e física. Sair depois do anoitecer tornou-se uma verdadeira ameaça. E a pergunta é: o que causou tudo isso? Será que o Estado e a própria sociedade não colaboraram para incentivar esse panorama social em que nos encontramos?

É evidente que a questão é muito mais política do que criminal. Todavia, o Direito Penal continua a ser utilizado, erroneamente, para resolver questões sociais, reprimindo de forma mais severa os delitos que, em sua maioria, são cometidos por pessoas desafortunadas.

O Estado prefere gastar milhões construindo presídios, que construir escolas públicas de qualidade, que ofertar maiores chances de inserção do adolescente de classe baixa no mercado de trabalho. Ele paga um auxílio reclusão aos parentes do presidiário em valor superior ao salário mínimo ofertado ao trabalhador brasileiro.

Assim sendo, o que visa o princípio da co-culpabilidade não é a transformação do agente delituoso em vítima. De forma alguma. O que se objetiva é o reconhecimento da parcela que cabe ao Estado e a sociedade quando da aferição da culpabilidade do agente pelo cometimento do crime, verifica-se que as circunstâncias que o levaram a cometê-lo são fruto de uma ausência de inclusão social daquele indivíduo infrator, diante da inércia do Estado, devendo este arcar com essa parcela que lhe cabe, abrandando-se assim, a sua pena.

Se o Estado cobra de seus cidadãos uma determinada conduta, deve este ofertar meios mínimos para que aqueles sejam capazes de agir conforme as determinações legais.

## **5 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

O Princípio da Co-culpabilidade já foi positivado em diversos países, gerando diversas discussões a seu respeito, principalmente nos países latino-americanos, onde a figura do grande Jurista e Doutrinador Eugênio Raúl Zaffaroni, exerce papel de grande destaque na discussão deste instituto. Mesmo gerando grandes discussões e debates, que envolvem doutrinadores, juristas e legisladores no direito alienígena, a co-culpabilidade é tema ainda pouco discutido e estudado no direito brasileiro, panorama não condizente

com a atual conjuntura social, política, econômica e cultural na qual se encontra a nossa sociedade.

O Direito Penal brasileiro tem sido fonte de diversos estudos, tendo em vista que se trata de um campo do Direito ligado às mudanças sócio-políticas pelas quais a sociedade passa, e por influenciá-la por inteiro. Todavia, ocorre que esse estudo não tem tratado o Direito Penal sob a visão social, e é justamente isso que objetiva o princípio da co-culpabilidade: realizar essa ligação entre o Direito e a Sociologia.

Princípio pouco reconhecido no sistema penal brasileiro, a sua aplicação pouco ou nunca se dá nos casos concretos, sob a justificativa de que o mesmo não possui previsão legal expressa, o que impossibilita a sua efetivação. Contudo, esta não é a realidade.

O princípio da co-culpabilidade representa a concretização dos ideais revolucionários do iluminismo: liberdade, igualdade e humanidade. A Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo também essas ideias, sendo a co-culpabilidade implícita na Magna Carta de 1988, em decorrência dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Ao reconhecer a co-culpabilidade, o operador do Direito Penal passa de mero espectador da vida social para o papel efetivo de contribuinte na concretização da igualdade, por meio da redução das constantes desigualdades sociais existentes na sociedade brasileira.

O princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art.1º, inciso III da Constituição, vincula os aplicadores do Direito e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e tem sua efetivação através da conceituação do indivíduo como “ser humano”.

Um dos meios do Direito para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana é a proteção ao hipossuficiente, o que se dá por meio de legislações que visam igualar as partes envolvidas, como ocorre no direito do trabalho, direito do consumidor, dentre outros. No Direito Penal essa proteção é garantida pelo princípio da co-culpabilidade, não com o objetivo de igualar o indivíduo ao Estado, mas sim de reconhecer a ineficiência do Estado no que diz respeito a garantir a igualdade de oportunidades e busca reconhecer o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo.

O princípio da individualização da pena objetiva limitar o poder punitivo do Estado, possuindo, assim, ligação direta com o princípio da co-culpabilidade. Ao atuar

como o princípio que reconhece materialmente a reprovação social e pessoal do agente, a co-culpabilidade acaba por concretizar a individualização da pena, pois ela personaliza e materializa a aplicação da pena, sempre com base nas condições pessoais e sociais do autor do delito.

Logo, diante de tudo isso, o princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional que se encontra de maneira implícita no ordenamento jurídico. Uma vez que se trata de um princípio a sua positivação não se faz obrigatória para que seja possível a sua aplicação de forma efetiva, já que os princípios vinculam até mesmo o legislador e este por sua vez concretiza na norma os valores defendidos pelos princípios. Em se tratando do princípio da co-culpabilidade, este consagra os valores da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, como bem exposto anteriormente.

Assim sendo, não há que se questionar pela impossibilidade de sua aplicação por falta de previsão legal. Sua moldura de princípio e seus entornos constitucionais, lhe conferem status de direito subjetivo público por parte do cidadão socialmente marginalizado.

Cabe salientar, ainda, que existe uma abertura no Código Penal brasileiro que possibilita a aplicação da co-culpabilidade. Parcela da doutrina tem defendido a aplicação do mencionado princípio com fundamento no art. 66, do Código Penal. Este trata das atenuantes inominadas, que concede ao magistrado um âmbito de maior liberdade quando da aplicação da pena no caso concreto. Nos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli:

A cculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo o Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66<sup>28</sup>.

Assim sendo, torna-se possível a aplicação da co-culpabilidade na 2º fase da dosimetria da pena, concedendo-se a esta o papel de atenuante inominada, encarregada de possibilitar ao Magistrado a aferição da condição pessoal e social do agente do delito quando da aplicação de sua pena.

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.613.

## 5 DAS POSSIBILIDADES DE POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Embora não esteja previsto de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da co-culpabilidade vem ganhando força entre os doutrinadores na defesa pela sua positivação em nosso sistema. Prova disso é a existência hoje no Brasil de um anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro, apresentado por uma comissão de juristas, liderada por Miguel Reale Junior, que dentre as diversas modificações propostas, encontra-se a inserção do princípio da co-culpabilidade no art. 59, do mencionado código. Propõe-se a inclusão da co-culpabilidade no corpo do artigo, sob a justificativa de uma individualização da pena de forma mais abrangente<sup>29</sup>.

É de se destacar que quando da análise das circunstâncias judiciais, seja um momento realmente propício para a aplicação e aferição da coculpabilidade. Tal pensamento se dá porque é ao grau de censura atribuível ao agente, que se contrapõe a quantidade de censura que cabe ao Estado, o que torna possível a diminuição da reprovabilidade dirigida ao réu, na medida em que divide a parcela de culpa cabível ao agente do delito e ao Estado inerte.

Outra possibilidade de positivação do princípio da co-culpabilidade seria a sua inclusão no ordenamento como atenuante genérica, através da inserção de um novo inciso no art. 65, do Código Penal. O revestimento da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a aplicação do mencionado princípio, pois ter-se-ia menos arbítrio judicial e mais vinculação em sua aplicação.

---

<sup>29</sup> – Com a reforma proposta, o art. 59 apresentar-se-ia da seguinte forma:

“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:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semiaberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34” (grifos nossos)

(Disponível em HTTP: [\\www.mj.gov.br\s\codigo\\_penal\\_pgeral.htm](http://www.mj.gov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm))

O renomado doutrinador Grégore Moura, em seu livro intitulado “Do princípio da co-culpabilidade”, nos traz ainda, com base no direito alienígena, duas outras hipóteses de posituação da co-culpabilidade.

Uma das propostas seria a inclusão da co-culpabilidade no art. 29, do Código Penal. Tal artigo versaria:

Se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, em estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será reduzida de um terço a dois terços, desde que essas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido.

Assim, segundo Grégore Moura, na medida em que piores fossem as condições mencionadas no artigo, maior seria a redução da pena. Nos dizeres do mencionado doutrinador:

É, a nosso sentir, a melhor hipótese para a posituação da co-culpabilidade, pois é a mais consentânea com o Direito democrático e liberal, na esteira do garantismo penal, uma vez que permite melhor individualização da pena aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal, dirimindo qualquer dúvida nesse aspecto, com incidência na terceira fase de sua aplicação <sup>30</sup>.

Tem-se que esta seria uma das possibilidades mais prudentes de posituação do princípio da co-culpabilidade, na medida em que sua aplicação se daria na terceira fase de fixação da pena, o que tornaria possível a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, quando contra o agente não pesasse nenhuma circunstância desfavorável e fosse cabível a co-culpabilidade. Seria um enaltecimento sem precedentes do instituto em comento.

A outra hipótese proposta por Grégore Moura seria a posituação da co-culpabilidade através da sua inserção no ordenamento jurídico como causa excludente da culpabilidade. Segundo o autor:

A co-culpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade, visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que

---

<sup>30</sup> MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade Niterói: Impetus, 2006, p. 94

seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência exclusiva da inadimplência do Estado <sup>31</sup>.

Assim sendo, nota-se que por mais que o princípio da co-culpabilidade não possua previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a sua inserção vem ocorrendo de forma gradual, na medida em que a análise das circunstâncias pessoais pretéritas do réu vem ganhando uma visibilidade cada vez maior durante o procedimento da instrução criminal.

O art. 187 do Código de Processo Penal, que trata do interrogatório do réu, determina em seu parágrafo primeiro que o interrogando deverá ser questionado sobre o seu meio de vida, sua profissão e suas oportunidades sociais. Isso é uma demonstração clara da grande relevância que a vida regressa do agente delituoso possui.

No Brasil, a região Sul é a que se destaca na área jurídica na promoção do princípio da co-culpabilidade, através de uma visão moderna e contemporânea com a sociedade atual, conforme é possível se aferir do seguinte acórdão prolatado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

**EMENTA.** Embargos Infringentes. Tentativa de Estupro. Fixação de pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior vulnerabilidade social, menor culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 24/04/20000).

Embora, como já bem demonstrado anteriormente, já seja possível e cabível a aplicação da co-culpabilidade no Direito Penal brasileiro, tendo em vista se tratar de um princípio constitucional implícito, e que assim como os demais, vincula a atividade do magistrado, por uma questão de segurança jurídica, a necessidade de sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro é cada vez maior.

Por fim, importante salientar que embora ocorra a positivação da co-culpabilidade, o magistrado jamais poderá deixar de se atentar para a real existência de

---

<sup>31</sup> MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006, p.95.

compatibilidade entre a situação em que se encontra o agente e o delito por este cometido. Deve haver uma ligação direta e evidente que demonstre a vulnerabilidade social do réu ao cometimento do delito.

Como já mencionado anteriormente, o que se busca é uma responsabilização do Estado por suas omissões e inércias nas políticas sociais, e não uma inversão dos papéis, tornando o réu vítima e o Estado criminoso.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da co-culpabilidade estabelece o Estado deve assumir a parcela de culpa que lhe cabe no cometimento de determinados delitos, vez que a sua omissão na concretização das políticas sociais restringe o âmbito de autodeterminação dos cidadãos que destas necessitam.

O delito acaba por ser uma consequência do abandono social a que muitos estão sujeitos, encontrando na criminalidade o único meio de atingir os fins e metas impostos pela sociedade.

Embora não possua previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, foi claramente demonstrada a possibilidade de sua aplicação de forma efetiva em nosso sistema penal, tendo em vista tratar-se de um princípio constitucional implícito. Atenta-se ainda, para a possibilidade de sua aplicação através da previsão legal do art. 66 do Código Penal, que trata das atenuantes inominadas.

O atual panorama social, econômico, político e cultural em que se encontra a sociedade brasileira exige que algo seja feito com o objetivo de pressionar o Estado a assumir a parcela de culpa que lhe cabe na prática constante de delitos decorrentes da desigualdade social gritante, fruto da inércia estatal. O reconhecimento, aplicação e efetivação da co-culpabilidade em nosso sistema penal é meio apto para diminuir a exclusão social e proteger os que se encontram marginalizados e vulneráveis, contribuindo para a sua inclusão no convívio social.

A positivação do aludido princípio se mostra necessária para que a sua aplicação se torne obrigatória, podendo assim abarcar as diversas situações em que o infrator foi fruto do meio social em que se encontrava inserido, não devendo responder sozinho pela prática de um delito quando a sua situação de vulnerabilidade tolhia quase que por completa a sua capacidade de autodeterminação.

Como já exposto anteriormente, a culpabilidade pode ser positivada como circunstância judicial, através do art. 59 do Código Penal, ou como atenuante, na forma

do art. 65, também do Código Penal, sendo ainda possível a sua positivação como uma causa geral de diminuição de pena, ou, excepcionalmente, como causa de exclusão de culpa.

A possibilidade da aplicação de forma efetiva da co-culpabilidade já existe, como bem demonstrado, e deve ser colocada em prática. As possibilidades de sua positivação também são concretas, e mais que isso, se mostram necessárias para modificar a atual conjuntura social do Direito Penal brasileiro. O Estado deve arcar com a sua inadimplência no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum e a redução das desigualdades sociais, tornando-se o aludido princípio um direito subjetivo público do acusado quando o magistrado puder constatar no caso concreto, que o crime praticado pelo agente delituoso possui ligação direta com a sua condição social.

### **ABSTRACT**

This article aims to discuss the doctrinal understanding about the Culpability Principle as well as the possibility of its apply and positivization in the Brazilian Criminal Law. For this purpose, the hypothetical-deductive method applied to literature review is used to conduct a proper study of the conceptualization and socio-political evolution of the culpability element as a request of applying and quantification of the penalty; the definition of co-culpability principle and its forms of application and positivization of Brazilian Criminal Law. Furthermore, it was demonstrated the possibility of applying the mentioned principle in Brazilian Law, considering that although there's no legal provision, it's a constitutional principle, that like the others, binds the judiciary's activity. In conclusion, even though the principle's positivization hasn't be mandatory, it's necessary, to grant greater legal security and the imperative nature to the co-culpability's institute.

**Key words:** Co-culpability; Implicit Principle; Positivization.

### **REFERÊNCIAS**

BITENCOURT, Cezar R., **Tratado de Direito Penal**, 15 ed., Ed. Saraiva, 2010.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almeida, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FRAN VON LISZT, **Tratado de Derecho Penal**, Madrid, Ed. Reus, t. 2.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 14<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

MUNÔZ CONDE, **Teoria Geral do Delito**, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005

SANTOS, Juarez Cirino do. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Forum, 2004.

TAVARES, Juarez . **Teorias do delito**. 1. ed. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 5. ed . rev . e atual . – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WELZEL, **Derecho Penal Alemán**.

WELZEL, **El nuevo sistema**.