



Nayara Alves de Lacerda Campos

# A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

2014





FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## **A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal  
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, como requisito parcial à obtenção do  
título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

**Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade**

**Nayara Alves De Lacerda Campos**

Coimbra  
2014

Aos meus amados pais, Mário Silvio e Maria Elda.

## AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a todos os que, com palavras de confiança, estímulo e apoio contribuíram para a realização dessa dissertação.

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me conduzido ao caminho certo.

Aos meus queridos pais, Mário e Elda, pelo apoio, carinho e por terem sido sempre os maiores incentivadores dos meus estudos.

Ao meu amado, Vinícius, que foi o protagonista nessa minha jornada, que sempre esteve ao meu lado, mesmo que à distância, agradeço por ter me apoiado em todos os momentos, por me proporcionar o equilíbrio emocional que tanto necessitei, pela compreensão e paciência por meio de gestos de carinho, doçura e amor.

Aos meus familiares, em especial, aos meus avós, Ezequiel e Lindalva e ao meu irmão Túlio.

À Elisabete e José Geraldo, pelo apoio e carinho com que me acolheram.

Ao meu querido orientador, Sr. Dr. Manuel da Costa Andrade, a quem devo minha maior gratidão, admiração e consideração por ter acreditado na minha capacidade, por ter incentivado o meu projeto desde o início, expresso o meu agradecimento por todos os ensinamentos no mestrado.

Devo agradecimentos, ainda, a todos os professores do mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que muito contribuíram para a minha formação por meio dos proveitosos ensinamentos passados em aula.

A todos os colegas do curso de mestrado, em especial, as minhas queridas amigas, Larissa, Mariana, Ana Luísa e Téssia, com quem tive a honra de conviver e que mais do que colegas de curso, se tornaram amigas para a vida.

À Evelyn e Cristiane, pelo apoio e por toda a compreensão.

Ao Flávio Cardoso, por toda ajuda e apoio durante a realização deste trabalho.

Ao amigo, Rodolfo Franco, pela ajuda constante e pelo apoio contínuo.

Ao Lucas Anielo, por toda a ajuda prestada.

A todos os meus amigos, em especial, as minhas amigas queridas, Larissa, Lua, Andrezza, Yasmim, Laíse e Adele, por todo o apoio dado desde o início.

*“Punir o crime sem ferir a justiça é reprimir os maus,  
Proteger a inocência,  
Subtrair a fragilidade à opressão,  
Arrancar a espada da tirania,  
Manter a ordem na sociedade  
E assegurar a tranquilidade de seus membros.”*

*(Jean-Paul Marat)*

## RESUMO

O escopo deste trabalho é o estudo da Teoria da Culpabilidade, ainda pouco comentada na doutrina geral, mas de suma importância para a justiça penal e para o equilíbrio na aplicação da pena. Em apertada síntese, a referida Teoria busca, diante de um crime, atribuir ao Estado parte da culpa imputada ao autor do delito, posto que, de acordo com seus princípios, o crime não teria ocorrido caso o Estado tivesse cumprido suas obrigações estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. O direito penal moderno tem se preocupado com as causas anteriores ao momento do ilícito penal, instante em que a Teoria da Culpabilidade passa a fazer sua análise relativa à inadimplência do Estado para com os direitos básicos garantidos constitucionalmente ao cidadão. São essas falhas estatais que motivam o compartilhamento da culpa entre o criminoso e o Estado. Dentro desse cenário, a Teoria em questão será analisada sob algumas bases: a do direito penal brasileiro e a do direito penal comparado, dando-se ênfase à busca por um sistema penal mais equânime e humano, afastando-o da seletividade que ainda o permeia. Por todo o exposto, o direito penal não pode se abster de analisar as condições sociais e econômicas do agente de um delito, pois deve, antes, proteger bens jurídicos essenciais do indivíduo.

Palavras-chave: Culpabilidade. Seletividade. Omissões estatais.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims to analyze the Co-culpability Theory, which is still rare among scholars, but holds great significance to criminal court and to temperance in the imposition of a punishment. Such Theory, briefly, pursues, before a crime, to impute the State a part of offence attributed to the criminal, since, according to the Theory principles, crime would not have happened if the government had complied with its Constitutional obligations. The idea that holds the modern criminal law attention lies on the previous causes of the criminal offence, which is the moment the Co-culpability Theory starts analyzing the State default on assuring the citizens their fundamental rights set in 1988 Brazilian Federal Constitution. The State default raises the possibility of guilt division between the criminal and the State. This dissertation will look at the Theory within Brazilian criminal law and comparative criminal law, stressing the necessity for a more humane and equitable criminal system, moving it away from the undue prerogative surrounding it. Based on the above considerations, both State and Judiciary must consider the social and economic status of the criminal in order to protect his basic rights.

**Keywords:** Co-culpability. Undue prerogative. State default.

## ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo;

CP – Código Penal;

CPA – Código Penal Argentino;

CPP – Código de Processo Penal;

CF – Constituição da República Federativa do Brasil;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

DL – Decreto-Lei;

Ed. – Edição;

LCP – Lei de Contravenções Penais;

*Op. cit.* – *Opere citato*;

PPL – Pena Privativa de Liberdade

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal;

Trad. – Tradução;

TJ – Tribunal de Justiça;

V. – *Vide*;

Vol. – Volume;

# ÍNDICE

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PRINCÍPIOS</b> .....	12
2.1 Introdução.....	12
2.2 Princípio da Intervenção Mínima e Princípio da Adequação Social.....	12
2.3 Princípio da Isonomia.....	15
2.4 Princípio da Proporcionalidade.....	16
2.5 Princípio da Humanidade.....	17
2.6 Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Penal Subjetiva.....	20
<b>3 CULPABILIDADE</b> .....	22
3.1 Introdução.....	22
3.2 Vertentes da Culpabilidade.....	23
3.3 Evolução da Culpabilidade.....	24
3.3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade.....	24
3.3.2 Teoria Psicológica-normativa.....	25
3.3.3 Teoria Normativa Pura.....	25
<b>4 A COCULPABILIDADE DO ESTADO</b> .....	27
4.1 Introdução.....	27
4.2 Origem.....	28
4.3 Conceito.....	30
4.4 Análise Crítica da Coculpabilidade.....	35
4.5 Instrumentalização da Teoria da Coculpabilidade no Direito Penal brasileiro.....	42
4.6 Coculpabilidade Às Avessas.....	53
4.7 Críticas à Teoria da Coculpabilidade.....	56
4.8 Jurisprudência.....	60

<b>5 A COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>68</b>
5.1 Introdução.....	68
5.2 O Direito Penal de Portugal.....	69
5.3 O Direito Penal da Argentina.....	71
5.4 O Direito Penal do México.....	74
5.5 O Direito Penal do Peru.....	75
5.6 O Direito Penal da Bolívia.....	77
5.7 O Direito Penal do Equador.....	78
5.8 O Direito Penal do Paraguai.....	79
<b>6 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL – UMA VISÃO CRÍTICA DA DOGMÁTICA CRIMINAL.....</b>	<b>81</b>
6.1 Introdução.....	81
6.2 A Teoria do <i>Labelling Approach</i> – A seletividade arbitrária do Direito Penal.....	83
6.3 A Culpabilidade como uma busca para o Direito Penal Mínimo.....	88
6.4 Ressocialização e Dessocialização.....	94
<b>7 COCULPABILIDADE X SELETIVIDADE.....</b>	<b>101</b>
7.1 Introdução.....	101
7.2 A Culpabilidade como critério corretor da seletividade.....	102
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>111</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da Culpabilidade incita, fomenta a curiosidade por se tratar de um tema instigante e, ao mesmo tempo, pouquíssimo explorado pela doutrina em geral, dessa forma, faz-se necessário salientar que não existe ainda uma bibliografia e um estudo vasto sobre o tema tanto no Brasil, como também é um tema pouco visto na doutrina alienígena. Acredita-se que assim o é por ir de encontro a interesses das classes dominantes. Ademais, importa salientar que esse tema será abordado, no presente trabalho, basicamente com vistas ao Código Penal brasileiro, bem como à Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, será analisado tomando por base a realidade jurídica brasileira.

Portanto, é sabido que o direito como um todo não pode se afastar da realidade social, sobretudo no ramo do direito penal, que se ingere de forma clara na liberdade do indivíduo, logo, para que se aplique, efetivamente, a justiça equitativa, esta deverá caminhar lado a lado com a justiça social.

É de conhecimento notório que o direito penal tem a veemente tendência a ser uma parte do direito aplicada, de forma severa, às classes baixas da sociedade, assim, com o presente trabalho, propõe-se a busca de uma reflexão do direito penal e da sua atuação perante a sociedade atual.

Nesse contexto, insere-se a Teoria da Culpabilidade, que se baseia tomando por atenção e respeito ao que diz à Constituição Federal e à justiça social, ambas aplicadas ao direito

penal, com vistas a um direito penal mais humanitário, justo, equitativo e menos elitista e seletivo, fundamentando-se em um direito penal mínimo.

Nesse diapasão, extrai-se que a Cculpabilidade seria uma concorrência de culpa entre o sujeito que cometeu o delito e a sociedade que impulsionou o cometimento do crime por parte do agente. Assim, a supramencionada Teoria tem como objetivo principal o de fomentar o reduzido grau de reprovabilidade do agente que cometeu o delito em face da sua situação social, qual seja, a de hipossuficiente, e de esquecido pelo Estado, que é descumpridor de seus encargos constitucionais para com o indivíduo, primordialmente no semblante econômico-social.

Será desenvolvido com este trabalho não somente críticas ao direito penal mas, também, tentaremos apontar soluções tendo em vista a classe menos favorecida, já rotulada pela sociedade em geral como criminoso, demonstrando, ainda, como o direito penal seleciona, etiqueta, rotula e escolhe quem serão os criminosos da sociedade.

## 2 PRINCÍPIOS

### 2.1 Introdução

O real significado de “princípio” é tema bastante controvertido dentro da hermenêutica jurídica, o que acarreta a elaboração de vários conceitos sobre a referida espécie, e de diversos critérios que possibilitem sua distinção com regra.<sup>1</sup> Contudo, o trabalho aqui desenvolvido não possui o objetivo de buscar qual conceito e classificação mais adequados para as referidas espécies de norma. Por isso, adequação social, intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, culpabilidade, legalidade, igualdade e individualização da pena serão tratados como princípios.

### 2.2 Princípio da intervenção mínima e princípio da adequação social

A sociedade e o direito sempre tiveram uma relação muito próxima, chegando ao ponto de serem criados brocardos enunciando que não haveria o primeiro sem o segundo (*ubi societas ibi jus*) e vice-versa (*ubi jus ibi societas*). Essa íntima ligação se deve ao fato de o

---

<sup>1</sup> Ao analisar a literatura jurídica, percebe-se que há vários métodos que distinguem “princípios” de “regras”, como bem relata Virgílio Afonso da Silva: “Há autores que sustentam que entre *regras* e *princípios* há uma diferença de grau. A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2011, pág. 44.)

direito ser utilizado para regulamentar o convívio dentro da sociedade, organizando-a e evitando que o caos seja gerado.<sup>2</sup>

Contudo, a sociedade foi percebendo que determinadas condutas não poderiam ser regulamentadas e solucionadas de forma simplória. Havia a necessidade da criação de um ramo do direito mais rigoroso, que previsse condutas a serem configuradas como infração, bem como suas punições. Destarte, nasce o direito penal, o qual possui como finalidade precípua “proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”.<sup>3</sup>

Como se constata, as normas de direito penal só podem ser criadas com o fito de proteger os bens que são tidos como os mais essenciais para a sociedade. Isso se deve ao fato do referido ramo ser caracterizado pelo seu poder coercitivo e limitador de determinados direitos inerentes ao ser humano.<sup>4</sup> Em virtude disso, o direito penal não pode criminalizar qualquer tipo de conduta, devendo ser utilizado, apenas, como última opção, ou seja, de forma subsidiária, para os casos em que os outros ramos do direito não possuam capacidade para solucionar o problema. Desses argumentos, decorrem o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, que possui como finalidade evitar que o direito penal seja banalizado, isto é, que

---

<sup>2</sup> Sobre a necessidade de existir uma relação entre a sociedade e o direito, vale a pena destacar trecho do livro dos professores Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, pág. 25.)

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012.

<sup>4</sup> Pode-se fornecer como exemplo, a pena privativa de liberdade, a qual limita, por tempo determinado (salvo em países que preveem a prisão perpétua) o direito de ir e vir, preconizado pelo art. 5º, XV, da Constituição Federal brasileira.

haja um inflação legislativa, criminalizando condutas que poderiam ser resolvidas pelos direitos civis, direitos administrativos, direitos trabalhistas, entre outros ramos do direito.

Percebe-se que o direito penal deve criminalizar condutas que vão de encontro com os bens jurídicos essenciais, contudo, como identificá-los? Isso já passa por um processo político, no qual os legisladores farão uma valoração e decidirão se há a necessidade de que sejam protegidos pelo referido ramo do direito. Entretanto, há casos em que o legislador estabelece determinada conduta como fato típico, mas a sociedade não a vê como infração, praticando-a reiteradas vezes, ou seja, a norma incriminadora não está adequada socialmente.<sup>5</sup> A título de exemplo, pode-se citar o antigo art. 240 do CP brasileiro, que previa o adultério como delito. Esse texto normativo era visto como letra morta, pois a infração ali tipificada não era mais considerada uma conduta que abalasse as estruturas sociais, logo, este tipo penal não poderia continuar a existir no mundo do direito penal, tanto é que hoje não mais existe o delito de adultério.

Por isso, frisa-se que esses dois princípios são essenciais – como se constará no desenvolvimento do trabalho – à compreensão da Teoria da Culpabilidade, visto que, graças à inflação legislativa que um número elevado de pessoas, mormente as que não fazem parte da cúpula da sociedade, estão sendo presas por condutas, em alguns casos, não muito ofensivas à sociedade, gerando, destarte, um efeito dominó previsto há mais de duzentos anos<sup>6</sup>: quanto mais fatos típicos, mais criminosos e mais encarcerados.

---

<sup>5</sup> Sobre o tema, leciona Luiz Régis Prado: “A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999, pág. 83)

<sup>6</sup> Beccaria já previa o perigo ocasionado pela inflação legislativa no âmbito do Direito Penal como se pode constatar: “Para um motivo que leva os homens a cometer um crime, há mil outros que os levam a ações indiferentes, que só são delitos perante as más leis. Ora, quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais

### 2.3 Princípio da Isonomia

Esse princípio é fundamental para uma correta e adequada individualização da pena, e, por conseguinte, é primordial para a correta aplicação do instituto da Culpabilidade.

Sobre o princípio supramencionado, o doutrinador Salo de Carvalho, citando Zaffaroni, expressa que:

**“reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.”**<sup>7</sup> (Grifos nossos)

Logo, como bem fundamentado por Zaffaroni *apud* Salo de Carvalho, é, também, com fundamento nesse princípio que as penas poderão se adequar a cada caso concreto, sendo esta uma nítida e cristalina proposta da Teoria da Culpabilidade, como será analisado no transcorrer do presente trabalho.

---

se fará que sejam cometidos, porque ver-se-ão os delitos multiplicarem-se à medida que os motivos de delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passar de privilégios, isto é, de um pequeno número de senhores”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. EDIPRO: Bauru, 2010, pág. 117.).

<sup>7</sup> ZAFFARONI. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Vol. I. Depalma: Buenos Aires, 1986. Pág 59. *Apud*, CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 137.

## 2.4 Princípio da Proporcionalidade

Sempre que se analisa um princípio, é necessário ressaltar que não há como estudá-los sem levar em consideração os demais. O mesmo incorre com o da proporcionalidade, que se conecta, em maior ou menor grau, aos princípios da intervenção mínima, individualização da pena (em suas três fases, quais sejam, cominação, aplicação e execução), legalidade, dignidade da pessoa humana, humanidade, adequação social etc.

O direito penal, por proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, bem como por ser o único ramo do ordenamento jurídico que possui sanções que atingem direitos dispostos ao longo da Constituição da República Federativa do Brasil, possuindo uma alta relevância para a sociedade – podendo ser citado, como exemplos, a liberdade e a vida, visto que, neste caso, há a possibilidade de pena de morte, na hipótese de guerra declarada, conforme o art. 84, XIX, CFRB (art. 5º, XLVII, CFRB) – deve sempre observar a devida proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e a punição a ser aplicada ao autor. Não há sentido em se aplicar uma pena privativa de liberdade de 30 anos a um sujeito que furta um objeto no valor de US\$ 5,00, por exemplo.

Para que o princípio da proporcionalidade seja devidamente cumprido, é necessário que seja observado em dois momentos, como ressalta Nucci: o primeiro deve ser observado pelo legislador e tem o objetivo de “preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas”<sup>8</sup>, ou seja, os membros do poder legiferante devem analisar o

---

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, Pág. 249.

grau de importância de determinado bem jurídico à sociedade e, com base nisso, estabelecer uma pena adequada, sempre observando os limites que a Constituição brasileira estabelece.<sup>9</sup>

O segundo momento é direcionado ao juiz e tem como fito “fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime”<sup>10</sup>. Aqui se trata do caso em que o juiz fará a dosimetria da pena, devendo sempre observar as três fases (critério trifásico) determinadas pelo art. 68 do CP, isto é, pena-base, atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento da pena. Depois de seguir esse caminho, o magistrado se deparará com a pena adequada ao caso.

Portanto, o princípio da proporcionalidade é relevante ao Estado Democrático de Direito, pois evitará que o autor do crime receba uma pena que não seja adequada ao ato, bem como à lesão causada ao bem jurídico.

## 2.5 Princípio da Humanidade

Diante de tudo que já foi ressaltado, não se pode olvidar do princípio da humanidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CF).

Contudo, para compreendê-lo de forma adequada, é necessário fazer uma digressão histórica, porquanto percebe-se que a sociedade, combinada com suas normas (afinal, *ubi societas ibi jus, ubi jus ibi societas*), passou por uma tortuosa evolução. Respeitar o próximo

---

<sup>9</sup> V. art. 5º, XLVII, CFRB, o qual dispõe que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. BRASIL, *Constituição Federal* (1988).

<sup>10</sup> NUCCI, op. cit., Pág. 249.

pelo mero fato de ser humano é uma ideia recente, gerada no período iluminista e aperfeiçoada no pós-segunda guerra mundial. Além disso, ressalva-se que a própria noção de ser humano é recente, podendo-se citar como exemplo a período em que o Brasil aceitava a escravidão. Até a abolição de tal ato (1888), o negro era visto como um bem jurídico, ou seja, não era um sujeito de direitos, mas uma coisa, na qual uma pessoa detinha o domínio sobre ela.

Com a Revolução Francesa, berço dos direitos humanos<sup>11</sup> e apoiada pelos ideais iluministas (Rousseau, Beccaria etc.), foi elaborada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Apesar de conter apenas 17 artigos, o referido documento possui relevância histórica, haja vista prever direitos até então inconcebíveis pelo antigo regime, o qual era regido pela arbitrariedade do monarca que detinha poderes absolutos. A limitação é notável, podendo-se citar o art. 9º da citada declaração, o qual dispõe que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, **todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei**” (grifase).

Contudo, esses princípios universais nem sempre foram observados. Percebe-se que essas normas foram transgredidas no início do século XX, período marcado pelas duas grandes guerras mundiais, nas quais são estigmatizadas pelos terríveis atos praticados contra a humanidade, chegando-se a conclusão de que o ser humano é capaz de produzir atos tão

---

<sup>11</sup> Os Estados Unidos da América também tiveram a implementação de direitos com sua declaração de independência de 1776. Contudo, esses direitos têm de ser considerados fundamentais, pois, diferentemente da Revolução Francesa, os norte-americanos não tiveram a intenção de disseminar essas noções de direitos para o restante da humanidade.

atrozes que sua autodestruição acabaria sendo inevitável. Devido a isso, essa fase é conhecida como “Era da Catástrofe”<sup>12</sup>.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, a humanidade passou a agir no sentido de preservar-se. Foi criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>13</sup>. Em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual dispõe de direitos mínimos que um ser humano detém.

É óbvio que a implementação desses preceitos não foi imediata. Muitos países, apesar de terem assinados os citados tais tratados, não adotavam-nos. O Brasil é um exemplo. Durante 21 anos (1964-1985), os militares impuseram uma ditadura, a qual se mantinha sob a constante opressão e perseguição aos opositores políticos. A crítica ao governo era quase inexistente, porquanto a mídia era constantemente censurada. Artistas, políticos e todo e qualquer tipo de opositor eram presos, torturados, exilados e mortos.

Todavia, com o fim desse período, houve um movimento de redemocratização, na qual enseja na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo instaurado o Estado Democrático de Direito, que possui como um dos fundamentos, como já ressaltado, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, foram estabelecidos Princípios fundamentais necessários para humanizar a aplicação das penas ou de qualquer

---

<sup>12</sup> Período que compreende os anos de 1914 a 1945 (HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Companhia das Letras: São Paulo, 1995).

<sup>13</sup> As Nações Unidas, segundo sua Carta, tem como objetivos: “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm).

outra medida interventiva decorrente do direito penal. Pode-se citar, como exemplo, o art. 5º, XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe que não haverá penas (I) de morte, salvo no caso de caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (II) de caráter perpétuo; (III) de trabalhos forçados; (IV) de banimento; (V) cruéis.

## **2.6 Princípio da Culpabilidade ou Princípio da Responsabilidade Penal Subjetiva ou Pessoal**

O princípio a ser estudado neste item configura-se como um dos basilares do direito penal na modernidade.<sup>14</sup> Partindo da premissa fundamental de que não há crime sem culpa<sup>15</sup>, expresso no art. 5º, LVII, “b” da Constituição Federal brasileira, bem como implícito em vários dispositivos tanto da Magna Carta, quanto do Código Penal, em que para que se possa punir determinado fato como crime, alguém deve ser o culpado por este, por ser o responsável por produzir lesão ao bem jurídico alheio, ou seja, por ser o produtor do prejuízo causado a terceiro.

Ademais, esse princípio basilar pode ser traduzido também como um postulado político-criminal de que somente deve responder pelo delito penal quem o cometeu, logo, a pena não passará da pessoa condenada.

---

<sup>14</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2ª. ed. Forense: São Paulo, 2010. Pág. 49

<sup>15</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. Coimbra editora: Coimbra, 2009. Págs. 175 e ss.

Para que ocorra o crime, não basta tão somente que seja gerada uma lesão ao bem jurídico no plano objetivo, tem que se averiguar se a lesão ocasionada é culpa do sujeito, por isso que se fala em responsabilidade subjetiva, portanto, responsabilidade do sujeito.<sup>16</sup>

O doutrinador Cristiano Rodrigues propõe, para uma melhor compreensão, que seja feita uma divisão da palavra culpabilidade, afirmando que “O princípio deve ser visto como o princípio da “CULPA-HABILIDADE”, ou seja, da habilidade de ser culpado pela lesão a um bem jurídico tutelado, devido necessariamente à natureza dolosa ou culposa da conduta praticada pelo agente”.<sup>17</sup>

Portanto, quando determinada pessoa será a responsável por uma lesão? Quando atuar com dolo, intenção, ou agindo com culpa, no sentido de falta de cautela. Logo, *a contrario sensu*, sem dolo e sem culpa, não há o crime.

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, *ibidem*, pág.51

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 52.

## 3 CULPABILIDADE

### 3.1 Introdução

A Cocolpabilidade é um tema instigante que foi desenvolvido como um modo de resolver as incongruências que permeiam e assolam a sociedade.

Em geral, a Teoria da Cocolpabilidade defende que um indivíduo criado em um meio hostil, marcado pelo consumo de drogas, armas, pessoas, bem como pela dificuldade de acesso a emprego, devido a diversos fatores, como a falta educação, por exemplo, não poderá ser punido sozinho, pois o Estado não cumpriu seu dever, o que tornaria este também culpado de alguma forma.

Contudo, não se pode definir Cocolpabilidade tão somente em um único parágrafo, sendo, de suma importância, para compreendê-la melhor, fazer, primeiramente, uma análise do instituto da culpabilidade, mostrando toda a sua evolução, bem como os princípios<sup>18</sup> (os quais já foram analisados), e regras que dão suporte a todos os argumentos desenvolvidos neste trabalho.

Ademais, vale a ressalva de que a Cocolpabilidade deve ser observada como sendo um princípio que possui uma clara ligação com outros, tais como o princípio da intervenção mínima, o princípio da individualização da pena, o princípio da isonomia, entre outros.

---

<sup>18</sup> Vide Capítulo 2.

### 3.2 Vertentes da culpabilidade

A culpabilidade ainda hoje é um dos temas mais polêmicos dentro da Teoria do Delito, tendo sido introduzida no ordenamento jurídico como uma forma de balizar o *jus puniendi* por parte do Estado.<sup>19</sup> E, ao analisá-la, pode-se perceber que possui três vertentes diferentes, as quais serão analisadas abaixo.

A primeira vertente procura reconhecer a culpabilidade como princípio, que pode ser traduzida como sendo um sinônimo de responsabilidade penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade pode ser analisada como sendo elemento do conceito analítico de infração, o qual define crime como a soma do fato típico, antijurídico e culpável<sup>20</sup>. Neste caso, a culpabilidade pode ser observada como um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta praticada. Assim, essa vertente do instituto da culpabilidade, que figura como o terceiro elemento da conceituação analítica do crime, nada mais é do que o juízo de reprovação social incidente sobre o agente e o fato<sup>21</sup>.

E, em terceiro lugar, existe a vertente da culpabilidade que limita a pena<sup>22</sup> e presta fundamento a esta, ou seja, a pena deve se pautar de acordo com o grau de reprovação do agente e se este determinado agente deve ser punido com pena maior ou menor, a depender da reprovabilidade da conduta praticada.

---

<sup>19</sup> Roxin ensina que “nenhuma categoria presente na dogmática jurídico-penal é tão controvertida quanto a culpabilidade e “nenhuma é tão indispensável”. (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.)

<sup>20</sup> Tal conceito de delito é adotado pela corrente doutrinária tripartite, que é a corrente adotada de forma majoritária.

<sup>21</sup> Sobre o tema, Rógerio Greco afirma que a culpabilidade pode ser observada como “o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14ª. ed. Impetus: Niterói, 2012. Pág. 370.

<sup>22</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa*. In: Centro de estudos judiciários (org.). *Jornadas de Direito Criminal*, I, 1983. Págs. 64 e ss.

### 3.3 Evolução da Culpabilidade

A partir do século XIX, já se estudava o conceito de delito, em que a infração penal era desmembrada em subjetiva e objetiva. A parte objetiva se traduzia no fato típico e ilícito, já a parte subjetiva se referia à culpabilidade, composta por imputabilidade, culpa e dolo. Assim, surge a primeira teoria acerca da culpabilidade, conhecida como Teoria Psicológica da Culpabilidade, que será analisada a seguir.

#### 3.3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Esta Teoria surge na segunda metade do século XIX<sup>23</sup>, e foi extremamente influenciada pelo positivismo, com fulcro na teoria causal.

Para os estudiosos dessa Teoria, a culpabilidade seria uma mera ligação psíquica entre o sujeito e o resultado,<sup>24</sup> tendo como espécie da culpabilidade e elemento desta unicamente o dolo e a culpa, em *stricto* senso.

Dessa forma, para essa Teoria, a culpabilidade era observada como sendo tão somente um relato de uma relação psicológica, e que, contudo, não possuía qualquer elemento normativo, valorativo, era, puramente, a descrição de uma relação.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Quartier Latin: São Paulo, 2006.

<sup>24</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008, pág. 339.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 539-543.

Assim, Reinhard Frank, em 1907 publicou um estudo sobre a culpabilidade, no qual explanava que a culpabilidade não somente se esgotaria tendo como elementos o dolo e a culpa, devendo conter outros elementos além desses<sup>26</sup>.

### **3.3.2 Teoria Psicológico-Normativa**

Os pensadores dessa Teoria perceberam que o dolo e a culpa não poderiam figurar como espécies únicas da culpabilidade, como era analisado anteriormente e, com isso, buscaram uma nova definição, qual seja, a de introdução de outros elementos além do dolo e da culpa, quais sejam, a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade.<sup>27</sup>

Assim, a culpabilidade passa a ser analisada como sendo uma afeição levada pelo sujeito ativo do fato, mas derivado da ordem jurídica, onde o agente ficaria com esse sentimento de culpa pelo resultado obtido.

### **3.3.3 Teoria Normativa Pura**

Já essa Teoria ingressa no ordenamento jurídico com a finalidade de superar o erro das Teorias passadas, na qual esta elimina da culpabilidade os elementos do dolo e a culpa, e assim, ambas deixam de ser elemento da culpabilidade, não mais recaindo sobre a reprovação do juízo.

---

<sup>26</sup> BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Quartier Latin: São Paulo, 2006.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Saraiva: São Paulo, 2002. pág. 460.

Na realidade, o que ocorreu foi uma transferência do dolo e da culpa para a conduta do autor<sup>28</sup>, ou seja, ficaria a imputabilidade e a inexigibilidade de conduta diversa como elementos da culpabilidade, e foi acrescentado a estas o potencial conhecimento da ilicitude, como será observado abaixo, através das palavras dos doutrinadores, Zaffaroni e Pierangeli:

“[...] para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuricidade de sua conduta, e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha. Estes dois pilares da reprovação jurídica dão um conteúdo certo e difícil ao capítulo da culpabilidade.”<sup>29</sup>

Dessa maneira, o hodierno conceito do instituto é uma decorrência do finalismo proposto pelo estudioso, Hans Welzel, sendo este o posicionamento amplamente adotado no Brasil.

---

<sup>28</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012. Pág. 418.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 542-544.

## 4 A COCULPABILIDADE DO ESTADO

“A lei é feita para todos,  
Mas só ao pobre obriga.  
A lei é teia de aranha,  
Em minha ignorância tentarei explicar,  
Não a temam os ricos,  
Nem jamais os que mandam,  
Pois o bicho grande a destrói  
E só aos pequeninos aprisiona.”  
(Martín Fierro)

### 4.1. Introdução

Conforme explicita o professor Cristiano Soares Rodrigues<sup>30</sup>, a Teoria da Cculpabilidade, que tem forte liame com o direito penal socialista, possui raízes com o surgimento do Estado Liberal, se confundindo muitas vezes com este, fundamentando-se nas ideias iluministas e nos direitos socialistas. Entretanto, este é um tema difícil de ser situado historicamente, pois como será demonstrado, a Teoria da Cculpabilidade não foi, desde o seu surgimento, positivada na legislação dos variados países.

---

<sup>30</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. Forense: Rio de Janeiro. 3ª ed. 2010, pág. 44.

## 4.2 Origem

De fato, como retromencionado, situar o Princípio da Culpabilidade em termos de origem histórica não é uma tarefa fácil, posto que a doutrina como um todo, tanto a brasileira, quanto a estrangeira, não sabe precisar com certeza o ano em que a Teoria nasceu. Contudo, conforme a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>31</sup>, a Teoria *sub examine* teria suas origens no momento da Revolução Francesa, baseada nas ideias de um médico, jornalista e revolucionário radical chamado Jean-Paul Marat<sup>32</sup>. Ele afirmava que uma punição “somente seria justa em uma sociedade sem justiça distributiva”<sup>33</sup>, assim, os pensamentos desenvolvidos pelo jornalista<sup>34</sup>, Marat<sup>35</sup>, conforme atestam Zaffaroni e Pierangeli, delatavam a completa ilusão do pensamento iluminista de que a pena mais justa seria justamente a pena retributiva, já que esta é a pena que retribui o mal causado, ou seja, que retribui o crime, por meio de punição. Entretanto, em uma sociedade com ausência de justiça distributiva não haveria que se falar em pena retributiva, conforme o pensamento de Marat<sup>36</sup>.

De acordo com os estudiosos retromencionados, Zaffaroni e Pierangeli:

---

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág. 547.

<sup>32</sup> Jean-Paul Marat (1743-1793). “Nasceu na Suíça, foi um médico, filósofo, teorista político e cientista mais reconhecido como jornalista radical fundador do jornal *L'Ami Du Peuple* e político da Revolução Francesa, ficou conhecido por amar as pessoas e odiar os reis, nobres, vilões. Marat, o amigo do povo.” (Wikipedia.) [www.wikipedia.org/jean-paul\\_marat](http://www.wikipedia.org/jean-paul_marat). Acesso em 22.10.2013.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 245-246.

<sup>34</sup> Jean-Paul Marat em 1789 fundou o seu próprio jornal, chamado de *L'Ami du peuple* (O Amigo do Povo).

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 245-246.

<sup>36</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Págs 27 e 88.

“Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais [...]”<sup>37</sup>

O pensamento do médico, filósofo e político Marat, que foi um dos líderes da Revolução Francesa, consistia em uma verdadeira rediscussão do direito penal, o qual deveria ter um maior critério para ser aplicado em virtude das tamanhas desigualdades presentes na sociedade e, assim, esse pensador explana que, se a sociedade, de fato, fosse igualmente justa, ao mesmo delito cometido por diferentes cidadãos deveria ser imposto igual castigo, independentemente de raça, cor, classe social, credo, para que tivessem do Estado tratamento igualitário.

Nas palavras de Marat:

“Tenho dito que ao mesmo delito que deve infligir-se igual castigo a todo delinquente. Contudo, esta lei não seria justa a não ser num Estado fundado sobre a igualdade e cujos seus membros gozassem mais ou menos as mesmas vantagens.”<sup>38</sup>

Por outras palavras, como já exposto acima, as ideias do filósofo Marat se consubstanciam em noções de que caso a sociedade fosse totalmente equânime, poderia se prever um direito de punir igualmente a todos. Contudo, já naquela época, era sabido que o tratamento igualitário a todos os cidadãos era utópico, até mesmo para o revolucionário, Marat.

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2010. Pág. 547.

<sup>38</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 88.

Portanto, como o tratamento igualitário já naquela época era ilusório, deveria haver uma forma justa de punir. Para o médico<sup>39</sup>, a lei justa seria aquela que estivesse em consonância com a primeira de todas as leis, ou seja, estar a lei em conformidade com a natureza.<sup>40</sup>

### 4.3 Conceito

De início, recomenda-se aclarar a denominação da Teoria ora analisada, qual seja, da Culpabilidade, onde o prefixo “co”, tem como significado “estar junto”<sup>41</sup>, fazendo nos lembrar de institutos como a coautoria, concurso de pessoas, em que determinada pessoa pratica um delito juntamente com outra. Logo, a Culpabilidade seria uma divisão de responsabilidade, uma *mea culpa* da sociedade.

Já o seu complemento, ou seja, o vocábulo restante excluindo-se o “co”, a culpabilidade, é usada para a Teoria de forma a imputar responsabilidade ao ente estatal de forma indireta em virtude da sua inadimplência face a deveres contidos na Constituição Federal de 1988 que não foram cumpridos, como o direito à habitação, saúde, trabalho digno, educação, entre outros, e

---

<sup>39</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Págs. 27 e 88-89.

<sup>40</sup> De acordo com o autor, Jean-Paul Marat, estar de acordo com a natureza, se fundamenta na vida pregressa do indivíduo desde a sua criação, ou seja: “levando-se em consideração o sexo, a idade, a natureza, o estado, a fortuna dos delinquentes e todas as possíveis demais circunstâncias do delito é que se pode julgar em sã consciência e arbitrar adequadamente a pena merecida.” Dessa forma, continua o autor: “De dois perjuros, aquele que desde a infância teve despertados seus sentimentos de honra é mais criminoso que aquele que, abandonado à natureza, nunca recebeu qualquer educação”. MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 89.

<sup>41</sup> PINTO, Simone Matos Rios. *O Princípio da Culpabilidade em uma Análise Garantista do Direito Penal*. Belo Horizonte, 2009. pág. 40.

que ocasionam (ou deveriam ocasionar) uma redução no *quantum* da pena a ser aplicado aos seus cidadãos e, por conseguinte, uma responsabilização penal do Estado<sup>42</sup>.

Assim, o princípio *sub examine* recai na premissa maior do instituto da culpabilidade, como se fosse uma procura pela correção das desconexões, da incoerência e da situação de anormalidade ocasionada em grande parte pelo Estado (ente que deveria assegurar direitos a todos), que prevê expressamente no seu texto legal a garantia de direitos individuais e fundamentais<sup>43</sup> para a pessoa humana, e não as cumpre.

Conforme alude Eugenio Raul Zaffaroni acerca da conceituação da Culpabilidade:

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

---

<sup>42</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro - Niterói. 2006. Págs. 66-68.

<sup>43</sup> BRASIL, *Constituição Federal*, 1988. “Art. 6º São direitos sociais a **educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.” (Grifos nossos).

el hecho – con la que deve cargar la sociedad en razón de las posibilidades que no ha dado injusta. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpable por su hecho, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea que hay una parte de la culpabilidad – del reproche por el hecho – con la que deve cargar la sociedad en razón de las posibilidades que no ha dado. Esta es la idea que plasma la fracción 1ª del §5 del StGB de la DDR Del 14 de enero de 1968: ‘Um hecho se comete culpablemente cuando el autor pese a las posibilidades que se Le hayan dado para una conducta socilmente adecuada, realice, mediante actos irresponsables, el tipo legal de um delito o crimen.’”<sup>44</sup>

Assim, nesse diapasão, a Coculpabilidade, visa a um julgamento mais humanitário, tenta apaziguar, reduzir a seleção que o direito penal faz em relação aos hipossuficientes, até pelo fato de que a Teoria foi inserida em um contexto de socialismo penal; sendo assim, a Coculpabilidade busca reaver desequilíbrios sociais<sup>45</sup> entre os indivíduos de forma a modular a ausência de racionalidade do poder punitivo estatal.

Para Zaffaroni, a sociedade não consegue oferecer a todos os cidadãos possibilidades idênticas. Assim, diante desse cenário de desequilíbrio de oportunidades, esta sociedade, por meio do Estado, deverá ser punida.

Assim, com a implementação de forma efetiva dessa Teoria, o magistrado poderá, anteriormente à averiguação da culpabilidade e da aplicação da sanção penal, se pautar pela

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Imprenta: Buenos Aires, Hammurabi, 1981. Pág 167.

<sup>45</sup> Seguindo esse posicionamento, merece destaque, as rebuscadas palavras de Simone Matos Pinto, a qual afirma que “O Princípio da Coculpabilidade incide sobre a culpabilidade, buscando corrigir as incoerências da culpabilidade vista como regra. Propicia um julgamento mais comprometido e humanitário, procurando restaurar desequilíbrios sociais, visando verificar as condições de vulnerabilidade das pessoas no meio social e dividir com o Estado e com a sociedade a culpabilidade destas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 enuncia em seu preâmbulo a busca pelo exercício de direitos sociais, em prol de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social”. PINTO, Simone Matos Rios. *O Princípio da Coculpabilidade em uma Análise Garantista do Direito Penal*. Belo Horizonte, 2009. Pág 55.

Coculpabilidade, procurando aplicar o direito penal com a devida atenção à justiça equitativa, de forma a tornar concreto esse ensinamento.

Conforme Salo de Carvalho:

“Somente poderiam ser estabelecidos juízos isonômicos de reprovabilidade individual pelo ato delitivo se, na análise do autor socialmente referido, for constatado que existiu, por parte do Estado, satisfação mínima de seus direitos fundamentais.”<sup>46</sup>

Resta evidente que, conforme explanado no excerto acima, deve, o juiz, se atentar para aplicar o direito penal, visando à justiça equitativa em razão das omissões estatais em relação aos Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, pois, se o Estado não foi capaz de proporcionar aos seus membros as mesmas oportunidades, que este, o Estado, assuma o seu grau de responsabilidade, que será feito por meio da Teoria da Coculpabilidade.

Conforme os ilustres doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli acerca da conceituação do supramencionado Princípio:

“Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. [...] Em consequência há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da

---

<sup>46</sup> CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 138.

culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "co-culpabilidade", com a qual a sociedade deve arcar.<sup>47</sup>

Nesse sentido, a Teoria da Cocolpabilidade pode ser observada como sendo um fragmento, uma parte de responsabilidade que contem o Estado em determinados crimes cometidos por certas pessoas para as quais foram negados os seus direitos, garantias individuais e fundamentais, como alimentação, saúde, educação, salário digno, lazer, moradia, entre outros<sup>48</sup>. Dessa maneira, o Princípio da Cocolpabilidade pode ser observado como sendo uma *mea culpa* da sociedade, do Estado como um todo e do indivíduo que praticou a infração penal.

Assim, o Estado, por ser um ente jurídico e político que possui como desígnio a organização da sociedade, e que tem o dever primordial, com fulcro na Magna Carta, de realização das imposições fixadas na Constituição, e não na omissão destas, como ocorre hodiernamente, deve ser punido por descumprir os deveres constitucionais a que se obrigou, através da CF.

Em consonância ao exposto acima, afirmam Zaffaroni e Pierangeli, acerca da por eles denominada também como “menor culpabilidade”<sup>49</sup>, ou seja, da Cocolpabilidade, que:

“[...] existem pessoas que dispõem de meios econômicos e de graus de instrução superiores aos dos outros, estes, frequentemente, em graus de carência bem marcados. O princípio acerca disso está em que, **se a sociedade outorga, ou permite alguns, gozar de espaços sociais dos**

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág. 547.

<sup>48</sup> BRASIL, Constituição, 1988. “Art. 6º São direitos sociais a **educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.” (Grifos Nossos).

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág. 744.

**quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação da culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação,** pois, não se pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. **Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais.**”<sup>50</sup> (Grifos nossos).

Dessa forma, fica cristalina a importância da Teoria da Culpabilidade dentro de um contexto social, a fim de que, as mazelas, citadas no excerto acima, sejam reduzidas, com a aplicação do instituto, como será analisado.

De acordo com o exposto, a Teoria da Culpabilidade ingressa não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em um ordenamento jurídico quase que mundial, como será observado no decorrer do trabalho.

#### **4.4 Análise Crítica da Culpabilidade**

É cediço que o Estado, com a implementação da Magna Carta de 88, figura como um Estado Democrático de Direito e, assim, encarregou-se de uma parte significativa em relação ao desenvolvimento socioeconômico da sociedade em geral. Dessa forma, o ente estatal se obrigou a cumprir os direitos fundamentais, conforme já mencionado, de forma, a distribuir

---

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 744-745.

tais direitos de maneira isonômica aos indivíduos. Contudo, como o Estado não tem logrado êxito em cumprir tais deveres, como investir largamente em educação, moradia, saúde, criação de vagas de trabalho, etc, ele deve responder por suas falhas, deve ser penalizado por suas omissões, pois, o Estado se comprometeu a cumprir com essas obrigações primárias para que se cumpra a ordem social da sociedade.

Nesse sentido, a Teoria da Cocupabilidade surge para suprir algumas dessas falhas estatais, uma vez que ela reside na divisão da culpabilidade como juízo de reprovabilidade entre o sujeito ativo da infração penal e o Estado. Entretanto, somente se pode falar em Teoria ou Princípio da Cocupabilidade caso o cidadão, que tenha cometido o crime seja uma pessoa fruto do meio social para o qual o Estado tenha sido negligente, omissivo, não se tendo feito presente em relação a seus deveres. Assim, caso haja uma relação entre a mencionada omissão estatal e o cometimento do delito, o Estado deve ser responsabilizado de alguma forma.

Nessa senda, e conforme o entendimento do ilustre doutrinador e Ministro da Suprema Corte Argentina, o garantista Eugenio Raúl Zaffaroni,<sup>51</sup> a Cocupabilidade tem como alicerce a verificação de que, se nenhuma sociedade consegue garantir oportunidades a todos os seus componentes, o juízo de reprovação criminal deverá se adequar a cada caso, onde deverão ser consideradas as condições sociais a que o agente, no caso concreto, está sendo submetido.

Assim, conforme o pensamento de Marat, precursor da Cocupabilidade:

“A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª. ed. Editar: Buenos Aires, 2002, pág. 656.

para com os seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis.”<sup>52</sup>

Assim sendo, o tema da Cocolpabilidade tem, desde logo, uma função primordial, qual seja, a de moderar o juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente que cometeu o delito, visto que, especialmente em crimes patrimoniais o sujeito que cometeu uma determinada infração penal é quase que forçado pelas ínfimas e irrisórias condições de vida e pela sociedade, a praticar o delito, até porque nem todos os membros de uma sociedade podem usufruir da liberdade de escolher entre uma ação lícita e outra ilícita, pois os modos de vida desse cidadão infrator são completamente desfavoráveis. Há, ainda, a ampla falta de emprego para esse indivíduo, que não tem outra saída que não seja o cometimento da infração penal, até porque, a própria sociedade, que é incriminadora e seletiva, menospreza essa pessoa, colocando-a para escanteio, sendo tal cidadão oprimido pelas forças econômicas, que praticamente o impulsiona a cometer um delito.

Conforme leciona Nilo Batista:

“Em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.”<sup>53</sup>

Nessa senda, citamos um dos primeiros defensores da aplicação do referido princípio no Brasil, Juarez Cirino dos Santos,<sup>54</sup> para quem a Cocolpabilidade seria um tipo de valoração

---

<sup>52</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág. 29.

<sup>53</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11<sup>a</sup>. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2007. pág. 105.

compensatória do ônus de responsabilidade aplicada a determinados indivíduos da coletividade que se deparam como recuados socialmente em face das condições sociais desfavoráveis. E assim, o castigo pelo cometimento de uma infração penal seria dividido entre este indivíduo e o Estado.

Nessa mesma linha de pensamento, os ilustres doutrinadores Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho afirmam que:

“[...] tal interpretação possibilita, no interior da dogmática jurídico-penal, criar um mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo ao Estado-Administração, via Judiciário, uma “sanção”, mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito que congloba, como vimos, a matriz do Estado Liberal e do Estado Social.”<sup>55</sup>

Ainda explana Salo de Carvalho que:

“O entorno social e as circunstâncias na qual a pessoa está inserida, deste [sic]<sup>56</sup> esta perspectiva, deve ser levado seriamente em consideração na VALORAÇÃO do delito e na aplicação da pena. Assim, é fundamental ao magistrado identificar eventual relação entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido.”<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Freitas de Bastos: Rio de Janeiro, 2005, pág. 207.

<sup>55</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2ª Edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, Pág. 79.

<sup>56</sup> A palavra citada pelo autor deve ser compreendida como “desde”, e não, “deste”, como se lê no texto citado.

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 138.

Sendo assim, algumas pessoas, ao praticarem certos crimes, devem ser punidas, todavia, não devem ser penalizadas sozinhas, pois não são de maneira exclusiva responsáveis pelo crime. Dessa forma, o Estado tem a sua cota de culpa em certos delitos praticados por certas pessoas, tendo como fator e condição principal a carência, a falta de circunstâncias mínimas que viabilizem a materialização da dignidade da pessoa humana do indivíduo.

Então, conforme o supramencionado pelos pensadores Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, esta seria a forma mais equânime, mais justa, de se medir o grau de culpabilidade da conduta praticada pelo agente, para que o magistrado consiga fixar uma dosimetria de pena com fulcro na supracitada falha estatal.

Por isso, conforme sustenta o ilustre autor Luiz Flávio Gomes:

“Os que podem conquistam alguns objetos do desejo fraudulentamente. Os que não podem o fazem (quando o fazem) violentamente. Os consumidores sem meios para consumir são os excluídos que se obrigam a algum tipo de ilegalidade (quando querem se apoderar de algum objeto do desejo).”<sup>58</sup>

Segundo o supracitado doutrinador, assim como os ricos, os pobres também almejam buscar seus objetos de anseio. O que diferencia um do outro muitas vezes, são as formas utilizadas para se conseguir o objeto fruto do desejo, assim como o resultado de suas ações. Pois, ao hipossuficiente, somente lhe resta usar de violência para alcançar os seus propósitos, posto que o Estado foi omissivo para este agente, vez que não logrou êxito em assegurar os direitos basilares. Assim, o infrator acaba, quase que na totalidade das vezes, a ser condenado

---

<sup>58</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Sexo, poder, dinheiro e rolex. Renan, Mônica, Mendes Junior e Luciano Huck*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1651, 8 de Janeiro de 2008. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10832>. Acesso em: 28 de Fevereiro de 2013.

com o máximo de rigor possível, não sendo o castigo, proporcional ao crime, mesmo tendo o Estado uma parcela de culpa por ter sido omissor dos deveres para com estes indivíduos.

Seguindo a mesma linha de pensamento acerca da Cocolpabilidade, acentua o renomado penalista Rogério Greco:

“A teoria da cocolpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.”<sup>59</sup>

E é nesse aspecto de disparidades, desigualdades sociais, como foi bem analisado e reportado pelo excerto acima, que se visualiza a falta de crença no Estado, e de um direito penal equânime e justo, ocorrendo, portanto, uma certa banalização do direito criminal.

Infelizmente, os mais leigos, incentivados pelos alvoroços da mídia, acreditam que, quanto maior o número de normas que criminalizem condutas, e quanto menor for a menoridade penal, mais seguro o Estado ficará, o que é uma falácia.

Não é o direito penal que tem que ser mais severo, rígido, ampliado ou alterado de forma a tipificar uma maior quantidade de delitos, mas, antes as políticas públicas é que devem ser modificadas de forma a melhorar, principalmente, a educação. O alicerce de toda e qualquer

---

<sup>59</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012. Pág. 412.

sociedade somente se constitui por meio da formação adequada de seus membros, que se dá, essencialmente, como já referido, por meio da educação, que, infelizmente, é um direito do cidadão que o Estado não consegue cumprir.

Conforme as palavras de Marat: “Não basta ocupar o pobre. É necessário instruí-lo”<sup>60</sup>, ora, fica extremamente claro que já em meados dos anos 1790, se percebia que é com base na educação que a sociedade consegue formar bons cidadãos, e que, até os dias atuais, o Estado não consegue garantir uma boa educação para os seus indivíduos, e dessa forma, o Estado em vez de formar bons cidadãos por meio da educação e, conseqüentemente, do trabalho, cria maus cidadãos, muitas vezes por sua própria culpa e, além disso, os pune de forma severa.

Assim, em vez de o direito penal ser uma busca pela justiça, com leis penais justas e sábias, por meio das quais o castigo serviria para melhorar o indivíduo e não para escravizá-lo, o direito penal se mostra um direito altamente punitivo e seletivo, no qual existe um nível alto de negligência por parte do Estado, que não logra êxito para com seus deveres constitucionais em relação aos serviços públicos basilares que as pessoas possuem por direito.

Por tudo isso, o Estado acaba por fomentar mais ainda a sensação de não inclusão de determinados indivíduos. É dentro se contexto social que o Princípio da Cocolpabilidade busca se consolidar, como sendo uma alternativa e uma tentativa de amenizar, de apaziguar os diversos danos causados pelo próprio sistema.

---

<sup>60</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 82.

#### 4.5 Instrumentalização da Teoria da Culpabilidade no Direito Penal brasileiro

É mister desde logo ressaltar, conforme os ensinamentos de Cristiano Rodrigues<sup>61</sup>, que a referida Teoria não envolve tão somente a vulnerabilidade econômica, engloba a vulnerabilidade educacional, as condições de formação intelectual do cidadão (o indivíduo acaba por perder por vezes, quase que na sua totalidade, o senso de educação), abarca, também, a vulnerabilidade moral (que é ter o senso moral corrompido pela situação em que vive, pelo ambiente familiar em que vive). Todas essas vulnerabilidades são essenciais para que se investigue a autodeterminação do agente.

Tome como exemplo, uma pessoa que vive em um ambiente familiar com pais drogados, pessoa que constantemente vê e convive com traficantes armados, e o Estado se omite, nada faz para propiciar a esse cidadão uma melhoria de vida, assim, o indivíduo acaba perdendo o senso do que é certo e do que é errado. Logo, a Teoria não se alicerça tão somente na necessidade econômica do indivíduo, embora este também seja um fator, porém, não é o único condicionante à Teoria da Culpabilidade.

Dessa maneira, o magistrado, ao proceder e fixar o *quantum* da pena em determinados crimes cometidos por determinados sujeitos, não poderia simplesmente “fechar os olhos” e esquecer tais omissões estatais que foram essenciais para o cometimento do ilícito por parte do sujeito, até pelo fato de que, como o Estado não garante, não supre, e pior, retira do indivíduo os meios de subsistência, este se vê quase que obrigado a cometer o delito e, desse modo, as

---

<sup>61</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2ª. ed. Forense: São Paulo, 2010 Págs. 206-213.

enormes influências das desigualdades sociais devem ser consideradas em favor do agente quando da análise da pena.

Conforme Salo de Carvalho:

“[...] os atos de omissão estatal, em relação aos coletivos marginalizados devem ser valorados na configuração do crime e na aplicação da pena.”<sup>62</sup>

Dessa forma, o castigo que esse infrator sofrerá deve ser ao menos reduzido, abrandado, para que se chegue a uma pena equânime, proporcional e justa, visto que aos olhos da referida Teoria, esse agente não é o único culpado pelo delito, tendo o Estado a sua parcela de culpa. Assim, o ente estatal deve ser responsabilizado por não ter desempenhado o que se comprometeu na Constituição Federal de 1988 e, em razão desse descumprimento, deve ser penalizado de alguma forma, por isso, a sociedade como um todo deve arcar com parcela dessa culpabilidade.

Nas palavras do doutrinador Cristiano Soares Rodrigues:

“Esse entendimento mais amplo e democrático torna-se a forma mais adequada no mundo de hoje para se alcançar os fins pretendidos por um Direito Penal garantista e de intervenção mínima, sendo que isso só é possível através da concreta adoção da chamada Teoria da Culpabilidade em nosso ordenamento jurídico.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 140.

<sup>63</sup> RODRIGUES, Cristiano Soares. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. Método: São Paulo. 2ª ed. 2010. Pág. 206.

Portanto, como o magistrado na prática poderia aplicar a Teoria, de forma a dizer que o Estado é corresponsável, ou seja, também é culpado, em um determinado crime cometido por determinada pessoa? Entendemos que existem quatro formas para tanto, que serão analisadas abaixo.

Primeiramente, como uma circunstância judicial prevista no artigo 59<sup>64</sup> do Código Penal brasileiro. Todavia, este artigo por si só não seria capaz de reduzir a pena ao agente, pois o magistrado não poderia reduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Dessa forma, o juiz somente poderia fixar a pena-base no mínimo legal, que, geralmente, no dia a dia, é o que ocorre para agentes primários e com bons antecedentes, logo, se o indivíduo for primário e possuir bons antecedentes, o que adianta o Estado ter sido corresponsável no delito, ou seja, omissos nos seus deveres de Estado, se a pena para esse infrator primário e que possui bons antecedentes ficará estacionada, não sofrerá quaisquer modificações? Logo, essa proposta de aplicação da Teoria consubstanciada nesse artigo é válida, porém, pode sofrer falhas, como a já referida acima, logo, não seria a melhor solução de inclusão da Teoria, para o nosso entendimento.

A segunda proposta se concretizaria por meio da positivação do instituto no rol de atenuantes do artigo 65<sup>65</sup>, do Código Penal brasileiro, criando, assim, uma alínea no referido

---

<sup>64</sup> BRASIL, *Código Penal*, 1940. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às **circunstâncias** e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas.**” (Grifos nossos).

<sup>65</sup> BRASIL, *Código Penal*. “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

artigo mencionando a Teoria para que se atenuie a pena do agente que se enquadrar nos parâmetros por ela traçados e, enquanto esta positividade não se concretizar, poderia ser aplicada a Teoria da Culpabilidade como uma forma de atenuante genérica, com fulcro no artigo 66<sup>66</sup>, do referido Código Penal, por não ter uma delimitação taxativa acerca da atenuação de pena, que é o que ocorre, hodiernamente, quando o magistrado utiliza a Teoria na dosimetria da pena.

Vale ressaltar que essa aplicação com base no artigo 66<sup>67</sup> do CP seria somente para iniciar a aplicabilidade da Teoria, pois, mesmo a Teoria sendo utilizada de forma genérica com fulcro nesse artigo, não nos parece ser a melhor solução a de utilizar a Teoria para tão somente atenuar a pena do agente de forma genérica, sem a Teoria ser positivada efetivamente.

Em outras palavras, o que se pretende na segunda proposta é adequar a Teoria da Culpabilidade para que esta seja prevista expressamente no rol do artigo 65 do CP como uma atenuante específica, e assim, atenuar a pena do agente, pois, com a adoção da Teoria no artigo 65 do Código Penal, diferentemente se esta fosse usada como parâmetro pelo artigo 66 do CP (como é mormente utilizada hoje, e sem qualquer obrigatoriedade), a Culpabilidade

---

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

<sup>66</sup> BRASIL, *Código Penal*. “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de **circunstância relevante**, anterior ou posterior ao crime, **embora não prevista expressamente em lei**.” (Grifos nossos).

<sup>67</sup> Afirma Salo de Carvalho que: “a norma do art. 66 (atenuantes inominadas) possibilita a sua recepção na ordem jurídico-penal face ao caráter não-taxativo das causas de atenuação.” CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 140.

passaria a ser realmente e efetivamente empregada, já que esta referida Teoria ficaria expressamente prevista no corpo do artigo 65 do CP.

Assim, como supracitado com o fundamento na circunstância da atenuante genérica, a que se refere o artigo 66 do CP, o magistrado poderia vir a atenuar a pena desde logo, caso se convencesse da possível existência de uma circunstância relevante para tanto, e como não há rol taxativo de atenuação, ficaria a cargo dele, caracterizando-se como uma liberalidade atenuar a pena do agente. Assim, este pode ser o fundamento para a aplicação do instituto nos dias atuais, enquanto a Teoria não é positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, afirma Zaffaroni:

“a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66.”

Portanto, se o Estado foi omissivo nos seus deveres mais basilares, ele tem que arcar com parte dessa pena e dessa responsabilização por ser corresponsável pelo fato de a pessoa ter cometido o crime, posto que o Estado fora negligente para com os seus deveres previamente estipulados conforme alude a Constituição Federal da República, assim, deve assumir a sua parcela de culpa, de responsabilidade.

Conforme as sábias palavras de Jean-Paul Marat:

“Não devemos castigar aos desgraçados pelo mal que os obrigamos a cometer, reparemos nossas injustiças ou ao menos não exijamos nada aos oprimidos pela sorte.”<sup>68</sup>

Por isso, o juiz pode fundamentar o uso do instituto na vulnerabilidade econômica, na miserabilidade social, na interferência do meio, na vulnerabilidade intelectual, na ausência de condições, no desespero, com tudo que nasce da omissão do estado, e dessa ausência dos deveres basilares o juiz expõe que o estado é corresponsável e, portanto, atenua-se a pena do agente com base no exposto acima.

A terceira proposta, e de pronto podemos adiantar que essa é a melhor proposta a nosso ver, e essa é a proposição que melhor se adequa aos anseios sociais do mundo moderno, sendo esta a que se enquadra de forma mais equânime e justa, seria a de acrescentar ao artigo 29 do CP um novo parágrafo, com a finalidade de que a Teoria da Culpabilidade seja utilizada como sendo uma causa efetiva de diminuição da pena e, desse modo, a pena poderia vir a ficar aquém do mínimo legal, conforme explica a terceira fase de aplicação da pena. Por conseguinte, a pena sofreria uma redução de 1/3 a 2/3, conforme a análise caso a caso por parte do juiz.

Dessa maneira, acrescentar-se-ia um novo parágrafo ao artigo 29 do Código Penal, nos seguintes moldes: “Caso o agente esteja sujeito a baixas condições de sobrevivência, condições econômicas e sociais, no qual viva em um estado de miserabilidade extremo em razão das falhas e omissões do Estado, que não cumpriu com os seus deveres e garantias

---

<sup>68</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Págs 79-80.

fundamentais do homem, e desde que tais condições sejam condicionantes para o crime praticado, e que entre eles exista relação, a pena do agente poderá ser diminuída de 1/3 a 2/3”.

E a quarta e última proposta, cujo uso não exclui o das últimas, de plano, é a proposta mais audaciosa, uma vez que a Cculpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade ou, ainda, poderia ser considerada como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme ensina o doutrinador, Grégore Moura:

“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 seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é consequência exclusiva da inadimplência do Estado.”<sup>69</sup>

Nesses mesmos moldes, explana o doutrinador Cristiano Rodrigues que:

“Não restam dúvidas de que as atuais condições de vida em sociedade, permeadas pela fome, miséria, pobreza, pelo analfabetismo e pela mortalidade, demonstram que a aceitação das causas supraleais de exclusão da culpabilidade, ligadas ao elemento exigibilidade de conduta diversa, é uma pungente necessidade, por isso a instrumentalização e aplicação da Teoria da Cculpabilidade do Estado urge e se faz mister numa dogmática penal moderna.”<sup>70</sup>

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, expressa Juarez Cirino dos Santos:

---

<sup>69</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro - Niterói. 2006. pág. 95.

<sup>70</sup> RODRIGUES, Cristiano Soares. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. Método: São Paulo. 2ª ed. 2010. Pág. 206.

“[...] as hipóteses legais de inexigibilidade não incluem condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade, porque ampliariam a impunidade. Mas, quando a exceção torna-se a regra (condições sociais adversas), os critérios também devem mudar: se o crime constitui resposta normal de sujeitos em situação social anormal, então os critérios de inexigibilidade devem incluir as condições sociais adversas, determinantes da anormal motivação da vontade.”<sup>71</sup>

Destarte, os doutrinadores que defendem essa corrente afirmam que, tendo em vista a anormalidade em que o sujeito vive, em razão desse estado caótico de miserabilidade, e pelo fato de o Estado ter sido negligente em relação a esse cidadão, deve-se construir uma causa de exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa, já que, nas condições em que o autor se encontra, nas condições sociais extremamente adversas, por culpa do Estado, não lhe seria exigível uma outra conduta que não a praticada. Diante deste cenário, este cidadão deve ser desculpado, ter a sua culpa excluída em função da inexigibilidade de conduta diversa, como sendo, portanto, causa supralegal de exculpação.

Para o médico e filósofo Marat:

“Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros

---

<sup>71</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Teoria do Crime. São Paulo: Acadêmica, 1994, pág. 71, apud, CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul. Pág. 142.

poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam as leis.”<sup>72</sup>

Por todo o exposto, concordamos que, por exemplo, caso uma pessoa que vive em condições miseráveis, que não teve estudo, educação, saúde, alimentação, profissão, moradia, lazer, que vive debaixo de pontes, que é abandonada pela sociedade, que é viciada em drogas, que convive com o tráfico diariamente, com violência física, violência sexual e esta pessoa comete um crime ligado a todo esse contexto social, a esse meio e circunstâncias em que vive, será que essa pessoa está em uma situação normal?

É essa a visão que abre espaço para dizer que a Cculpabilidade pode se fundamentar na base da anormalidade das circunstâncias criadas pelo Estado para que se diga que é inexigível conduta diversa desse cidadão no que tange a criminalidade praticada, ou seja, o Estado amplia a sua situação de anormalidade e com base nessa anormalidade tem que arcar com as consequências, quais sejam: situação anormal e inexigibilidade de conduta diversa, em razão da anormalidade criada pelo próprio Estado omissivo, e com base nesses fundamentos, é que se dá início à construção de uma causa de exculpação do autor por inexigibilidade de conduta diversa com base na cculpabilidade do Estado.

Então, diante do quadro até aqui apresentado, não pode ser considerada normal a situação de miserabilidade, analfabetismo, fome, pobreza, vulnerabilidade moral e social que o Estado muitas vezes impõe a pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, tirando delas até mesmo a dignidade inerente a todo ser humano.

---

<sup>72</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 74.

Por isso que, alguns doutrinadores apostam na moderna proposta da criação de mais uma causa para a inexigibilidade de conduta diversa, em decorrência da aplicação do instituto da Culpabilidade, e na clara imprescindibilidade de um direito penal moderno e democrático, sendo este associado, ainda, a uma visão político-criminal adequada às realidades sociais de cada caso concreto, a fim de se garantir um direito penal mais justo, equilibrado e humano.

E enquanto a proposta de se positivizar a Teoria da Culpabilidade como sendo mais uma causa de exclusão da culpabilidade não colocada em prática, não se concretizar no ordenamento jurídico, os autores sugerem a aplicação do referido instituto como sendo, portanto, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Um dos poucos exemplos que nos parece evidente para o uso da Teoria como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade seria a de um aborto econômico<sup>73</sup>, ou seja, o aborto praticado pela mulher que vive em condições de miséria, e por isso, por não suportar na ideia de ver o seu filho passando pela mesma situação, acaba por cessar a gravidez, cometendo o aborto para evitar o futuro sofrimento da criança. Ora, a mãe, no caso hipotético, somente cometeu a infração penal porque se viu quase que obrigada a cometer o delito. Nesse caso em tela, deve-se excluir a culpabilidade do crime, pois se faz presente o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, visto que não poderia ser exigível da mãe outra conduta diferente.

Conforme indica Fernando Capez, as causas supraleais de exclusão da inexigibilidade são:

---

<sup>73</sup> RODRIGUES, Cristiano Soares. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. Método: São Paulo. 2ª ed. 2010. Pág 211.

“aquelas que, embora não previstas em lei, levam à exclusão da culpabilidade. Há duas posições quanto a sua existência: 1ª) o Tribunal de Justiça de São Paulo sustenta que inexistem causas supralegais, com o principal argumento no sentido de que é inaplicável a analogia *in bonam partem* em matéria de dirimentes, já que as causas de exculpação representam, segundo a clara sistemática da lei, preceitos excepcionais insuscetíveis de aplicação extensiva; 2ª) o Superior Tribunal de Justiça entende, contrariamente, que existem outras causas de exclusão da culpabilidade além das expressamente previstas, argumentando no sentido de que a exigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro princípio geral da culpabilidade. Contraria frontalmente o pensamento finalista punir o inevitável. Só é culpável o agente que se comporta ilicitamente, podendo orientar-se de modo diverso. Adotamos a segunda posição.”<sup>74</sup>

Portanto, pelo exposto acima, e pelos fundamentos expostos pelos pensadores, parece ser cabível o enquadramento do instituto da Culpabilidade do Estado como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade por ser inexigível do autor uma conduta diversa da praticada.

Entretanto, reconhecemos que mesmo com toda a omissão do Estado em relação aos direitos e garantias fundamentais, a Teoria da Culpabilidade não deve ser aplicada com o intuito de se extinguir por inteira a culpabilidade do agente, pois isso pode vir a causar discrepância entre a culpa efetiva do causador do delito e a realidade fática. Busca-se, também, evitar a banalização do direito penal, e que a aplicação da teoria ora em análise não cometa injustiças ainda maiores ao ser entendida de forma ampla.

---

<sup>74</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume I. 15ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

É evidente que os causadores de delitos não podem ficar impunes, e a Teoria não busca a descriminalização de condutas infratoras, mas, para tanto, cabe ao magistrado analisar a realidade do caso concreto para se estabelecer o grau de reprovação gerado pela conduta praticada e, também, o quanto de culpa – se é que a teve – o Estado deve arcar por ter sido negligente no cumprimento dos direitos constitucionais de seus cidadãos.

Para nós, essa é a melhor forma de tutelar uma aplicação justa e equilibrada do direito penal, que deve ser pautado pela prudência e coerência na aplicação da Teoria da Cculpabilidade, para se excluir – ou não – toda a culpa do agente.”

Por isso que, a nosso ver, o melhor uso da Teoria da Cculpabilidade será feita com fulcro na terceira proposta por nós apresentada, assim, ocorreria a correta posituação da Teoria em questão na terceira fase da aplicação da pena, ou seja, reduzindo-se o *quantum* da pena do agente de 1/3 a 2/3. É nessa proposta que se percebe a aplicação efetiva da igualdade jurídica; assim, a Cculpabilidade seria mais bem aplicada para a realidade do Brasil, bem como para a realidade dos países sul-americanos<sup>75</sup> e países em desenvolvimento.

#### **4.6 Cculpabilidade Às Aversas**

Em contrapartida à tese de atenuação da pena em razão da Teoria da Cculpabilidade, surge a ideia de Cculpabilidade às aversas, que, conforme reza a doutrina, pode se manifestar de três formas<sup>76</sup>, quais sejam: a de aplicação de pena mais flexível para os que cometem os chamados “crimes de colarinho branco”, a tipificação de delitos direcionados a pessoas

---

<sup>75</sup> Vide Capítulo 5.

<sup>76</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro - Niterói. 2006. Pág. 74.

marginalizadas e, por fim, como forma de aumentar a reprovação penal, vertentes que veremos abaixo.

A primeira vertente consiste em inverter toda a ideia da referida Teoria. Ou seja, é o Estado trabalhar com a responsabilidade penal na forma invertida do que propõe a Cculpabilidade.

Assim, essa primeira perspectiva se relaciona com a forma mais branda de se punir infrações penais cometidas pela camada mais alta da sociedade, ou seja, por pessoas que possuem poder econômico alto, que cometem os chamados “crimes de colarinho branco”, como por exemplo, crimes tributários, em que o Estado, no lugar de punir com o mesmo rigor de outros crimes, abranda a situação do sujeito ativo de tais infrações penais. Como por exemplo, a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos crimes tributários, previdenciários, conforme a Lei 10.684 de 2003, no seu artigo 9º, § 2º<sup>77</sup>, bem como o artigo 168-A do Código Penal.<sup>78</sup>

A Cculpabilidade, como já dito anteriormente, propõe que quem tem menos condições, menos direitos, menos capacidades, detenha mais benefícios, como a pena diminuída, a redução da responsabilidade e, até mesmo a extinção da culpabilidade. Entretanto, no próprio código penal existe demonstração clara de o Estado estar fazendo o

---

<sup>77</sup> BRASIL. *Lei nº 10.684*, de 2003. “Artigo 9º, § 2º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

<sup>78</sup>BRASIL, *Código Penal*. “Art. 168-A: Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º É **extinta a punibilidade** se o agente, espontaneamente, declara, confessa e **efetua o pagamento das contribuições**, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.” (Grifos Nossos).

inverso, dando privilégios a criminosos que tem mais condições aquisitivas<sup>79</sup>. E isso é o oposto ao que versa a Teoria da Culpabilidade.

A segunda vertente se traduz em relação aos delitos que somente podem ser cometidos por determinadas pessoas, como por exemplo, aquele que trata o artigo 59<sup>80</sup> (vadiagem) e o artigo 60 (mendicância), ambos da Lei de contravenções penais, DL número 3.688/41. O delito da mendicância, que sofreu revogação, punia o fato de o indivíduo mendigar pelas ruas, entretanto, só há esse tipo de situação em função das falhas do Estado.

Nesse condão, resta claro que a vadiagem, que ainda continua vigente no ordenamento jurídico brasileiro, é um delito altamente discriminatório, sendo, ainda, resquício da culpabilidade do autor, o que faz propagar a seleção e estigmatização por parte do direito penal, uma vez que a tipificação delitiva é direcionada àquelas pessoas cujas necessidades o Estado foi incapaz de suprir. Sabe-se que é dever do Estado garantir aos cidadãos melhores condições de vida para que possam, por si só, buscar um trabalho com salário digno.

Dessa forma, essa vertente vai de encontro ao que prega a Teoria da Culpabilidade, na medida em que o Estado cria delitos para culpar pessoas que não têm um emprego. Ora, grande parte desses cidadãos que não possuem emprego se deve a falhas estatais, como omissão na educação digna e de qualidade, ofertas de emprego, etc. *A contrario sensu*, o Estado não poderia, de forma alguma punir essa pessoa por determinados crimes, pois esse sujeito é produto falha estatal, da culpabilidade do ente estatal, portanto, pode-se dizer que o

---

<sup>79</sup> RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2010. Págs. 210-213.

<sup>80</sup>BRASIL. *Lei nº 3.688*, de 1941. “Art. 59: Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses.”

Estado foi negligente e omissivo em relação a esse cidadão, constituindo-se motivo para este indivíduo ser beneficiado com a divisão da culpa.

E a terceira vertente se relaciona com o fato de o Estado imputar mais responsabilidade a quem tem melhores condições socioeconômicas que, mesmo assim, comete um crime. Diante dessa situação, o Estado deveria punir mais severamente, pois o indivíduo possuiu todos os benefícios sociais, como moradia digna, boa educação, saúde, lazer, trabalho. Mas essa é uma perspectiva eminentemente acusatória, que serve como fundamento para o artigo 59, “caput”, do CP, com a qual não concordamos.

Portanto, a Cculpabilidade vista por essas perspectivas deve ser evitada e, principalmente no tocante as duas últimas, é totalmente rechaçada, pois acaba por entrar em confronto com a real finalidade da Cculpabilidade.

#### **4.7 Críticas à Teoria da Cculpabilidade**

Para o escritor Fábio Guedes Machado,<sup>81</sup> a Cculpabilidade analisada como uma condição obrigatória de redução de pena ou até mesmo da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, merece ser, no tocante a esta última, totalmente rejeitada por ampliar exacerbadamente a imputabilidade e a consciência da ilicitude.

Para o supramencionado autor<sup>82</sup>, há, erroneamente, com o advento e implementação da Teoria da Cculpabilidade, uma presunção absoluta que o dito “cidadão vulnerável”, ou hipossuficiente, ou ainda, o indivíduo “anormal”, encontra-se pouco desenvolvido em relação

---

<sup>81</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. 1ª Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2010, Pág. 191.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 192.

ao cidadão “normal”, assim, por não ter qualquer condição de direcionar seu comportamento como um homem “normal” faria, caso cometa uma infração penal, deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pela prática do delito.

Assim, para o autor, fica clara a incongruência em presumir de forma plena que o cidadão dito “anormal”, por não saber o que está fazendo, caso este cometa um delito ligado ao estado de hipossuficiência em que vive, deve ter a sua pena reduzida ou até mesmo extinta. Ademais, conclui afirmando que caso a teoria for positivada irá afetar por demais a segurança jurídico-penal.

Outra crítica desse mesmo autor se relaciona à falta de métodos que definam quais seriam as formas para a mensuração do grau de reprovabilidade de uma conduta de certo agente em relação ao meio socioeconômico que este se insere, para que se permita, dessa forma, a aplicação da Cculpabilidade. Assim, como não existe tal forma de medição desse grau de reprovabilidade, não há a possibilidade de avaliar como as negligências do Estado, poderiam contribuir para impulsionar o agente a cometer uma infração penal.

Salo de Carvalho<sup>83</sup> sustenta que sempre tem um meio de o infrator praticar uma conduta diferente da cometida, ou seja, há meio de não cometimento do crime, não se justificando o cometimento do delito somente pelo fato de o cidadão possuir menor âmbito de autodeterminação ante às circunstâncias do caso concreto, nomeadamente em relação às condições socioeconômicas que este vive. Portanto, existe a possibilidade de uma escolha diferente da cometida, de uma conduta diversa da praticada no devido caso concreto. Dessa maneira, este autor entende que, não haveria uma forma de justificar os motivos pelos quais

---

<sup>83</sup> CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Lumen Juris, 2ª ed. 2002, apud, SILVA, João Carlos Carvalho. Delineamentos Teóricos para a Compreensão do Princípio da Co-culpabilidade no Marco de uma Hermenêutica Jurídica Alternativa. CONPEDI: Fortaleza, Junho de 2010.

outras pessoas que vivem em condições semelhantes às daquele que cometeu um crime não cometem delitos.

O professor Emanuel M. da Rosa critica severamente a Teoria da Cocolpabilidade, alegando que:

“[...] não se trata de um eventual agravamento ou diminuição da pena em face do que ele é pura e simplesmente em face de sua personalidade, que representaria um inaceitável direito penal do autor, mas sim um juízo cognitivo sobre o que o indivíduo faz daquilo que é, concentrando-se na sua personalidade na realização da conduta e, no caso da análise da cocolpabilidade, da verificação do contexto de formação da personalidade e em como isso atuou de forma decisiva na realização do delito de modo até mesmo a possibilitar uma diminuição da pena que seja justa e condizente com o grau de reprovação de sua conduta considerando elementos que lhes são particulares.

Assim, **verifica-se que considerar uma eventual responsabilidade concorrente do Estado na ocorrência de delitos cria uma falsa percepção da possibilidade da divisão de uma concorrência de culpas entre o agente do delito e a própria sociedade, sob o pretexto de que a exclusão de condições e oportunidades sociais pudesse ser o único fator criminógeno, quando, na realidade, o que se verifica é justamente o inverso. Em que pese dificuldades enfrentadas por conta da exclusão econômica e social a grande maioria das pessoas sujeitas a tais condições não envereda para o crime.** Ademais, **tal solução é falsa**, uma vez que não atinge diretamente o cerne o problema – a exclusão social – mas ao contrário, o implementa, na medida em que retira o caráter preventivo da pena, e em momento algum se volta à essência da questão – a obrigação do Estado no fornecimento de condições dignas de vida e

desenvolvimento à todas as pessoas, nos termos do texto constitucional.<sup>84</sup>”  
(Grifos nossos).

Portanto, o supramencionado doutrinador entende que não se pode considerar o Estado como sendo corresponsável por um delito que não cometeu, alegando, para tanto, falta de oportunidades sociais iguais a todos os indivíduos, afirmando que nem todos que não possuem condições adequadas de vida (os excluídos socialmente) precisam necessariamente enveredar para o mundo do crime, e ainda afirma que seria como um prêmio: delinquir e ainda ter a pena atenuada.

Assim, esta autora alerta que a Teoria da Cculpabilidade deve ser aplicada com cautela por parte do magistrado, devendo-se analisar cada caso com afinco, buscando-se a valoração que o juiz achar pertinente, a depender do caso concreto. É evidente que deve ocorrer uma ponderação na aplicação da Teoria, pois, como já foi mencionado, este instituto não se aplica a qualquer criminoso, e tampouco para qualquer crime, devendo ocorrer um estudo isolado em cada caso.

Nessa senda, ficaria a cargo do magistrado mensurar o grau de reprovação da conduta do agente, atentando para a responsabilidade causal do ente estatal e, com isso, não se geraria qualquer insegurança jurídica, muito pelo contrário, ocorreria uma segurança jurídica para o indivíduo que sabe que o Estado que foi falho no cumprimento dos seus deveres e, será responsabilizado em conjunto com o agente.

Ademais, vale a ressalva de que o cidadão vulnerável em grande parte das vezes, é condicionado a ingressar em um mundo delituoso, por falta de oportunidades, e pelas falhas do

---

<sup>84</sup> ROSA, Emanuel Motta da. *Aspectos da co-culpabilidade no direito penal brasileiro*. Novembro de 2013. <http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/11/30/aspectos-da-co-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro/>. Consultado em: 5 de Abril de 2014.

Estado em relação à preservação dos direitos e garantias fundamentais dos homens, e com isso, o meio social, a marginalização, bem como a exclusão social, são fatores que condicionam o indivíduo ao mundo delituoso, tendo este cidadão um restrito âmbito de escolha, em comparação ao cidadão comum, o chamado indivíduo “normal”. Em consonância a esse pensamento, vale explanar que a miserabilidade (a exclusão social, a omissão estatal) não é o único fator preponderante para o ingresso na vida delituosa, como criticou o professor Emanuel M. da Rosa, mas, são sim, fatores condicionantes e impulsionadores para o ingresso na vida criminosa.

#### **4.8 Jurisprudência**

A jurisprudência brasileira vem reconhecendo e por vezes aplicando (em especial a quinta turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), mesmo que de forma bem contida e reprimida, a Teoria da Culpabilidade, o que demonstra uma visão moderna do DP e uma percepção mais constitucional, conforme será demonstrado abaixo, por meio de alguns julgados:

“Ementa: Roubo – Concurso – Corrupção de menores – Culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de *bis in idem* – Inepta e a inicial do delito de corrupção de menores (Lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o consequente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase

inquisitorial. **O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – Réu. Recurso improvido, com louvor a juíza sentenciante. (...) Entretanto, pela espécie de delito praticado (roubo de tênis, camiseta, relógio, boné), verifica-se evidente influência do sistema de desigualdades sociais vigente em nosso país, que, ao mesmo que marginaliza parcela da população, estimula o consumismo desenfreado para todos, mesmo para aqueles aliados das relações de consumo pelo pouco poder aquisitivo.** Isso estimula a disputa por bens da moda e acirra o confronto de classes sociais. Note-se que esse apelo consumista atinge notadamente os adolescentes (que é o caso dos autos, pois mesmo o réu, embora penalmente imputável, tinha apenas 19 anos quando do fato, sendo ainda adolescente), **portanto não se pode usar de maniqueísmo e imputar totalmente aos agentes a responsabilidade por essa conduta punível, para qual toda a sociedade contribui (e justamente por isso – toda a sociedade é responsável, e não o indivíduo em particular – é que não é justo as vítimas sofrerem as consequências, merecendo, sem dúvida, proteção penal).** Circunstâncias normais, tratando-se de típico crime de roubo praticado por adolescentes. De consequências, fica registrado que não houve nenhum prejuízo pelas vítimas, pois recuperaram integralmente seus pertences. Não houve contribuição das vítimas. Sopesadas tais circunstâncias, tenho que fica no mínimo o grau de reprovabilidade da conduta. (16 fls.). (Apelação Crime nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/3/2001). Apelação-crime n. 70002250371.<sup>85</sup> (Grifos Nossos).

EMENTA: PENAL. CRIME TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, I, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E

---

<sup>85</sup> Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)

MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA NA RAZÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ART. 66, DO CP. PENA DEFINITIVA REDUZIDA PARA 1 (UM) ANO. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA PELA DETRAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1- Presentes os elementos definidores da prática criminosa do crime previsto crime previsto no art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, do Código Penal, consubstanciados na autoria e na materialidade, a apontar que o acusado, em 08/12/2009, por volta das 12:10h, adentrou o prédio do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, localizado no Município de Campina Grande, com o escopo de subtrair bens ali existentes, não logrando o seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. 2- O acusado foi condenado às penas de dois anos de reclusão em regime fechado em razão da reincidência e multa fixada R\$ 170,00 (cento e setenta reais). 3- A prova da materialidade repousa no laudo pericial que repousa às fls.42/50, dando conta da destruição dos vidros da indigitada repartição federal. 4- Hígida a sentença no tópico que reconhece a prática por parte do acusado do crime de tentativa de furto qualificado, não se logrado demonstrar que o real intento do acusado era, na verdade, a destruição do patrimônio. 5- Apesar de na fase do inquérito policial ter confessado perante a Autoridade Policial que destruíra os vidros para poder adentrar no prédio e subtrair metais, como cobre ou alumínio, e vir depois a negar em juízo, afirmando que assim procedeu por ter sido vítima de tortura, o laudo pericial que repousa às fls. 25/26, faz cair por terra a alegação. Além disso, os seus antecedentes criminais apontam ser contumaz nessa modalidade de delitos (fls. 31/35). 6- Melhor sorte não socorre a alegação de que os atos do acusado foram praticados sob o efeito de drogas e bebidas alcoólicas, no caso, o conjunto probatório aliado à circunstância em que foi flagrado não logram afastar a culpabilidade, **porém, o fato de sua situação de vulnerabilidade, miséria absoluta que o leva a viver sem moradia fixa nas ruas da cidade, autoriza a diminuição de sua pena, a teor da previsão do art. 66 do CP.** 7- Possibilidade

de, para o caso concreto, uma solução mais benéfica para o acusado, no reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo, morador de rua, que não completou os estudos, vivendo à margem da sociedade, catando lixo para sobreviver, acatando a sugestão, tanto do Ministério Público Federal local quanto da Procuradoria Regional, no reconhecimento da co-culpabilidade do Estado, no dizer da doutrina garantista para reduzir-lhe a pena. 8- Mantendo inalterado o cômputo inicial até a segunda fase da dosimetria da pena, em que se chegou a 3 (três) anos de reclusão, aplico a redução em virtude da tentativa, art. 14, II, parágrafo único, do CP em 2/3 (dois terço) tornando definitiva a pena em 1 (um) ano de reclusão, reduzindo proporcionalmente a pena de multa para R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais). 9- Noticiando os autos que o acusado se encontra preso desde 08/12/2009 e, em razão da pena reformada para 1 (um) ano de reclusão, deve ser acolhido o requerimento do eminente Procurador Regional da República para decretar a extinção da pretensão executória estatal pela detração, art. 42, do Código Penal. Apelação parcialmente provida, decretação da extinção da pretensão executória pela detração. Decisão em: 17 de fevereiro de 2011. ACÓRDÃO 00005328120104058201, ACR - Apelação Criminal – 7868, Relator(a) Desembargador Federal: Hélio Sílvio Ourem Campos, TRF5, 1ª TU, DJE - Data::25/02/2011. (Grifos nossos).<sup>86</sup>

“Ementa: Embargos infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. **teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni)**. Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes n. 70000792358, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS,

---

<sup>86</sup> Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>

Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).”<sup>87</sup>  
(Grifos Nossos).

“Ementa: estatuto da criança e do adolescente. apelação. ato infracional análogo ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. **teoria da coculpabilidade do estado.** inaplicável. confissão espontânea. valoração. incabível. medida socioeducativa de internação adequada. recurso não provido. 1. **somente se aplica a teoria da coculpabilidade do estado quando for comprovado que a marginalização do menor ocorreu por omissão do estado.** não havendo comprovação, referida teoria não pode ser invocada como escusa para a prática de atos infracionais. 2. não há como considerar a confissão como elemento indicador para a imposição de medida a ser aplicada ao adolescente, à época dos fatos, à medida que tal circunstância não demonstra necessariamente arrependimento, além de não constar dentre as previstas pela norma de regência a serem observadas para a fixação da medida. ademais, a medida socioeducativa estabelecida no estatuto da criança e do adolescente é distinta da pena corporal estabelecida no código penal brasileiro, em que ocorre a submissão do agente ao sistema trifásico de dosimetria da pena. 3. demonstrada a prática de ato infracional equivalente a porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, mantém-se a decisão monocrática que prescreveu ao adolescente a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, não superior a três anos, por ser a mais indicada, levando-se em conta a natureza grave do ato infracional praticado, bem como a situação pessoal, social e familiar do adolescente. 4. recurso não provido. Tribunal de Justiça do Distrito

---

<sup>87</sup> Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)

Federal, APR 235426820118070009 julgado em 03/04/2012.”<sup>88</sup>  
(Grifos nossos).

“Ementa: penal e processual penal. porte de arma de uso permitido. artigo 14 da lei n. 10.826 /03. dois réus. preliminares. inconstitucionalidade da lei n. 10.826 /03. não cabimento. provas ilícitas. apreensão de arma de fogo dentro de lote particular sem autorização do proprietário. desnecessidade. estado de flagrância. crime permanente. provas insuficientes. impossibilidade. depoimentos de policiais. valor probante. **teoria da coculpabilidade do estado. atenuante genérica do artigo 66 do código penal.** recursos desprovidos. 1. não há falar em inconstitucionalidade da lei n. 10.826 /03, nem tampouco de seu artigo 14 , porquanto nenhuma lei infraconstitucional é considerada inconstitucional até que ela seja declarada, possuindo a presunção de sua legalidade. 2. é vedado ao magistrado de segundo grau, monocraticamente, ou mesmo ao órgão fracionário, reconhecer a inconstitucionalidade em concreto de lei, ainda mais ante os termos da súmula vinculante n. 10, da suprema corte. 3. deve ser rejeitada a preliminar de obtenção de provas ilícitas, em decorrência da apreensão de arma em lote particular sem a autorização de seu proprietário e durante a noite, quando esta ocorreu em estado de flagrância e conforme artigo 5º , XI , da constituição federal, a prisão em flagrante pode ser feita em qualquer horário, independente de expedição de mandado judicial e até mesmo sem autorização do dono do lote onde esta ocorreu. 4. não há falar em provas insuficientes quando o arcabouço probatório acostado aos autos se mostra seguro e coeso, mediante os depoimentos dos policiais, em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, que de forma segura, presenciaram as dispensas das armas pelos réus. 5. o delito em

---

<sup>88</sup> Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

questão é de mera conduta e de perigo abstrato, pois sua consumação se dá apenas com a prática de um ou alguns dos verbos descritos no tipo, não importando se a arma tenha gerado concretamente algum dano, basta que ela seja apta a produzir lesão à sociedade, pois a ofensividade é presumida, ou seja, não há necessidade de resultado naturalístico. 6. não há falar em **teoria da coculpabilidade do estado sob o pretexto de marginalização dos réus, porquanto a omissão do estado não foi efetivamente comprovada, não se podendo aplicar a atenuante genérica descrita no artigo 66 do código penal.** 7. liminares rejeitadas, e, no mérito, recurso desprovido. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, APR 105659020108070005 julgado em 25/05/2011.<sup>89</sup> (Grifos nossos).

Toda essa jurisprudência supramencionada acaba por demonstrar que os Tribunais, ainda que de forma tímida, contida e reprimida, estão atentos à Teoria em análise, podendo-se observar que alguns magistrados a acolhem e outros a rejeitam.

Contudo, quando essa Teoria é mencionada pela defesa no processo como forma de atenuação da pena, ela pode não ser acolhida pelo Tribunal em determinado caso concreto. Entretanto, acolhendo ou não a Teoria, pode-se afirmar que os Tribunais não só a reconhecem, como também debatem sobre ela, o que só a faz ganhar importância na jurisprudência.

Quando a Teoria da Coculpabilidade é acolhida, nomeadamente pelo 5º Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os magistrados se atentam às configurações tanto no âmbito econômico, quanto no plano social que rodeiam o homem. Sendo aplicada ao caso, identifica-se o início de um progresso não só no direito penal, mas um avanço e progresso no ordenamento jurídico como um todo.

---

<sup>89</sup> Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

Ademais, no processo de evolução para um DP moderno, no qual a seletividade deverá cair por terra, mesmo existindo um caminho que será percorrido a longo prazo pela jurisprudência, é perceptível que a Teoria será aplicada pelos magistrados, até porque, já existe uma certa discricionariedade no Código Penal do Brasil para a efetiva utilização da Teoria da Culpabilidade, dentro dos moldes do Art. 66 do CP, do referido diploma legal, como já foi amplamente demonstrado.

## 5. COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

### 5.1 Introdução

Conforme expõe Heleno Cláudio Fragoso, o direito penal comparado na América Latina sofreu grande influência do direito estrangeiro que é grandemente repressivo e, nas suas palavras:

“reflete a crise generalizada com que hoje se defronta o Direito Penal e a inadequação às realidades nacionais. O fenômeno da criminalidade, nessa parte do mundo, está intimamente relacionado com as condições de uma estrutura social opressiva, profundamente injusta e desigual. O legislador ingenuamente pretende resolver com o instrumental punitivo problemas sociais.”<sup>90</sup>

Contudo, contrariamente ao exposto por Heleno Cláudio Fragoso, e como será demonstrado a seguir, a Culpabilidade foi positivada por diversos países, primordialmente pelos países emergentes, nomeadamente os países da América Latina.

Assim, indo de encontro a um caminho oposto ao traçado pelo doutrinador supramencionado, tais países vêm, reconhecendo a parcela de culpa do Estado em diversas situações, em delitos cometidos por determinadas pessoas, à medida que a Culpabilidade é positivada em suas respectivas legislações.

---

<sup>90</sup> s.a. *Revista de Direito Penal*, nº 24, Jan-Dez, 1979. Forense: Rio de Janeiro. Págs 23-24.

Nessa senda, passaremos a tratar da Cculpabilidade no direito penal alienígena e, assim, passaremos a tratar, pela lógica do trabalho, a Teoria no direito penal de Portugal, passando em seguida para os países latino-americanos, com referência à Teoria no direito penal argentino, já que foi neste país, por meio do desenvolvimento do pensamento do doutrinador Eugenio Raúl Zaffaroni que a Teoria em análise se desenvolveu com uma maior amplitude.

## 5.2 O Direito Penal de Portugal

Há, no Código Penal português, dois artigos aos quais pode se adequar a Teoria da Cculpabilidade, mesmo o tema não estando positivado na legislação portuguesa, sendo este caso semelhante ao do Brasil.

Primeiramente no artigo 71, número 2, alínea “d”, do Código Penal português, que expressa que, para que haja uma determinação da pena, esta deverá ser feita em função da culpa do sujeito ativo, e o tribunal, na sua fixação deve considerar as condições pessoais do agente e a sua situação econômica<sup>91</sup>, conforme veremos abaixo:

“Art. 71. Determinação da medida da pena.

1. A **determinação da medida da pena**, dentro dos limites definidos na lei, é **feita em função da culpa do agente** e das exigências de prevenção.

---

<sup>91</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, 1982. Livro I, Título III: Das Consequências Jurídicas do Facto; Capítulo IV: Escolha e Medida da Penal; Secção I – Regras Gerais. Artigo 71, n.2, “d”.

2. Na **determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente** ou contra ele, considerando, nomeadamente:

(...)

**d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;**<sup>92</sup>  
(Grifos Nossos).

Dessa forma, poder-se-ia aplicar a Teoria da Culpabilidade com fulcro no artigo supramencionado, pois é de responsabilidade do juízo analisar as condições pessoais do infrator, bem como as condições econômicas, podendo observar se o Estado foi omissivo para com os direitos basilares desse indivíduo, caso exista qualquer relação entre este e o delito ora praticado.

Adiante, o Código Penal de Portugal ainda afirma que pode ocorrer uma atenuação especial da pena, ou seja, uma atenuante geral, conforme diz o artigo 72, número 1, que é o que conhecemos no Brasil por atenuante inominada (ou atenuante genérica), verificada quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime que reduzam destacadamente a ilicitude do fato, a necessidade da pena ou a culpa do autor.<sup>93</sup>

Dessa forma, alude o artigo 72, número 1, que:

“Art. 72. Atenuação especial da pena:

1. O tribunal **atenua especialmente a pena**, para **além dos casos expressamente previstos na lei**, quando **existirem circunstâncias** anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, **que**

---

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Almedina: Coimbra, 2005. Págs. 25-32.

**diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.**<sup>94</sup> (Grifos nossos).

Assim, e com base no artigo citado acima, poder-se-ia aplicar o instituto da Culpabilidade afirmando que o Estado, por ter sido negligente, deve ser punido por meio da sentença proferida pelo magistrado, pois um determinado cidadão que só comete o delito por falhas, omissões, negligências estatais e por ausência dos direitos e garantias fundamentais, a depender do caso concreto, merece ter a pena reduzida.

Por todo o mencionado, é plenamente aceitável a aplicação do Princípio da Culpabilidade no Direito português, uma vez que, o próprio CP de Portugal permite tal aplicação implicitamente nos casos demonstrados, devendo a defesa do agente incitar a Teoria para que o magistrado possa ponderar o uso desta, analisando o caso concreto.

### **5.3 O Direito Penal da Argentina**

O Código Penal argentino foi o primeiro a adotar de forma incisiva o Princípio da Culpabilidade, que se faz presente desde o ano de 1921, sendo que o grande defensor da Culpabilidade no país é Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> PORTUGAL, *Código Penal*, 1982. Art. 71, n.1.

<sup>95</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni é ministro da Suprema Corte Argentina. Ainda, é professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela Universidade Católica de Brasília e pelo Centro Universitário FIEO, vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal. Suas teorias são amplamente difundidas no Brasil, tendo publicado livros em co-autoria com Pierangeli e com Nilo Batista em português. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenio\\_Ra%C3%BAI\\_Zaffaroni](http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenio_Ra%C3%BAI_Zaffaroni). Acesso em: 16/03/2014.

Assim, a Teoria referida está contida nos artigos 40 e 41 do Código Penal da Argentina, como veremos a seguir:

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

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño e del peligro causados.

2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, **la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria e la dificultad de ganarse em sustento próprio necesario y de los suyos**, la participación que haya tomado el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de viso del sujeto, de la víctima y las circunstancias del hecho el ma medida requerida para cada caso.” (Grifos nossos).

Dessa forma, é inegável a presença da Teoria no direito penal argentino e, assim como no Brasil, a Culpabilidade incide no cálculo da 2ª fase da dosimetria da pena, que conhecemos por circunstâncias que atenuam a pena, conforme o artigo 65, do Código Penal brasileiro.

Por fim, explica ainda Zaffaroni acerca do artigo 41 do Código Penal da Argentina, que:

“Se entiende por ‘co-culpabilidad’ la parte de ésta que corresponde a la sociedad en la limitación del ámbito de libertad del sujeto, que muchas veces se plantea como problema de responsabilidad moral. Es muy cierto que, planteado en estos términos, más que un problema dogmático, parecería ser un problema de ‘filosofía penal de sobremesa’. Pero la cuestión deja de ser una ‘responsabilidad moral’ de la sociedad y pasa a ser un problema práctico para el dogmático y el juez, cuando la reconoce la ley y se la descarga al autor. **Eso es precisamente lo que hace nuestro CP en su art. 41, en que resalta particularmente la ‘co-responsabilidad’ en cuanto a las motivaciones económicas: ‘los motivos que lo determinaron a delinquir’ y, particularmente, ‘la miséria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos’**”<sup>96</sup> (Grifos nossos).

Portanto, resta mais que evidente que o direito penal argentino reconhece e utiliza a Cocolpabilidade como forma de mensurar a pena do agente nos casos concretos, e como bem fundamentado acima pelo doutrinador Zaffaroni, a Cocolpabilidade está contida no CPA, quando menciona, em seu artigo 41, que, o magistrado deve levar em consideração, na dosimetria da pena, a motivação econômica, bem como os motivos que foram determinantes para que o sujeito cometesse a infração penal, primordialmente se fundados da miserabilidade do agente.

---

<sup>96</sup> ZAFFARONI. Eugenio Raúl. *Teoria del delito*. Ediar: Buenos Aires, 1973. pág. 541.

#### 5.4 O Direito Penal do México

A presença da Cculpabilidade no México é similar ao da Argentina. A Teoria consta do artigo 52, V, do Código Penal Federal do México, sendo utilizado, nesse país, como uma circunstância judicial, analisada na 1ª fase da dosimetria da pena, na qual se fixa a pena base.

A grande diferença para o Brasil, bem como para outros países, é que no México a Cculpabilidade pode ser aplicada também para as medidas de segurança, como veremos abaixo:

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

V – la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, **las condiciones sociales e económicas del sujeto**, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.”<sup>97</sup> (Grifos nossos)

Fica evidente que a Teoria vigora nesses países e que deve ser utilizada de forma ampla para uma maior segurança jurídica no campo do direito penal, com a finalidade de buscar um direito penal mais humano, igualitário e justo.

---

<sup>97</sup> MÉXICO, *Código Penal Federal*, 14/08/1931, Título Tercero, Capítulo I, Artículo 52, V. Disponível em: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=264549](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=264549). Consultado em: 14 de Fevereiro de 2014.

## 5.5 O Direito Penal do Peru

Como bem retrata o doutrinador Manuel Espinoza, a Cculpabilidade pode ser observada no artigo 45 do Código Penal do Peru. Nas palavras do retromencionado doutrinador:

“El art. 45 del C.P. consagra el principio ‘Jus Poenali’ de la ‘CO-CULPABILIDAD’ de la sociedad y del Estado en la comisión del delito, como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta en el momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las ‘CARENCIAS SOCIALES QUE HUBIERE AFECTADO AL AGENTE’.

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley el intereses generales colectivas de la comunidad regulados por el Derecho positivo; por tanto, se está aceptando una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo que les respecta en la conducta delictiva de los infractores penales, como ‘MEA CULPA’ conceptúa el art. 45° del C.P. en el reconocimiento oficial del Estado, que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera en la sociedad. En atención a lo estatuido, disminuye o desaparece la co-culpabilidad en la misma medida que el delincuente ha tenido las oportunidades materiales, sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportase según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivencia social que requieren al hombre

socialmente útil, además conducta a Derecho y a normas éticas. Por ‘MEA CULPA’ que tiene el efecto de enervar o atenuar el derecho de castigar (Jus Puniendi) que el Estado ejerce en nombre de la sociedad.”<sup>98</sup>

Dessa maneira, fica evidente que, assim como outros ordenamentos jurídicos alienígenas já positivaram o instituto da Cocolpabilidade, o Peru também o fez, no artigo 45, I, do seu Código Penal de 1991, como será demonstrado por meio da letra do artigo em questão.

Assim, conforme o artigo 45, 1, do Código Penal do Peru:

“Artículo 45 – Presupuestos para fundamentar y determinar la pena. El juez al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener em cuenta:

1. Las carências sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de Ella dependen.”<sup>99</sup>

Assim, fica claro que com a positivação da Cocolpabilidade busca-se que ela seja um critério corretor da seletividade que permeia o sistema penal, estabelecendo, assim, critérios de fundamentação e determinação da pena, tendo como alicerce a miserabilidade do agente, como demonstrado acima.

---

<sup>98</sup> ESPINOZA, Manuel. *Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo*. Revista jurídica Cajamarca – Peru. Ano III, número 9. Outubro-Dezembro de 2002. <http://www.ceif.galeon.com/Revista9/penal.htm>. Consultado em: 17 de Maio de 2014.

<sup>99</sup> BOLDRINI, Luan Campos. *Da cocolpabilidade penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25909>. Acesso em 16 de Maio de 2014.

## 5.6 O Direito Penal da Bolívia

Assim como em todos os supramencionados países sul-americanos, a Bolívia também reconhece e aplica a Teoria da Culpabilidade, onde é utilizada como uma circunstância judicial<sup>100</sup> para aferir a personalidade do agente e, assim, caso um indivíduo tenha cometido um crime em razão das tamanhas desigualdades sociais, por não ter tido as mesmas oportunidades que outros cidadãos, aplica-se a Culpabilidade como forma de atenuação genérica, conforme o estipulado nos artigos 37 e 38, bem como no artigo 40, todos do Código Penal da Bolívia, como será demonstrado abaixo.

“Art. 37.- Fijación de la Pena

Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito:

1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

Art. 38 – Circunstancias

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y **su situación económica e social.**

b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones

---

<sup>100</sup> GONZÁLEZ, Paola Andrea Tabilo. *Análisis Dogmático y Jurisprudencial de la Atenuante de Irreprochable Conducta Anterior del Delincuente*. Chile - Santiago, 2009. [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo\\_p/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo_p/html/index-frames.html). Consultado em: 12 de Maio de 2014. Págs. 23-24.

personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva. Se tendrá en cuenta asimismo: la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

Art. 40 – Atenuantes Generales

Poderá también atenuarse La pena:

1. **Cuando el autor há obrado por motivo honorable, o impulsado por la miseria.**<sup>101</sup> (...)” (Grifos nossos).

## 5.7 O Direito Penal do Equador

A Teoria da Culpabilidade também se faz presente no Código Penal do Equador, onde, contudo, é positivada com algumas limitações, quais sejam: só é permitida em delitos contra o patrimônio, sendo utilizada como uma forma de atenuação da pena, conforme o estabelecido no artigo 29, XI, do Código Penal, como será visto abaixo.<sup>102</sup>

“Art. 29.- Son **circunstancias atenuantes** todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma

<sup>101</sup> CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria da Pena: História e Direito Comparado*. 2007. <http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=83>. Consultado em: 13 de Maio de 2014.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ, Paola Andrea Tabilo. *Análisis Dogmático y Jurisprudencial de la Atenuante de Irreprochable Conducta Anterior del Delincuente*. Chile - Santiago, 2009. [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo\\_p/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo_p/html/index-frames.html). Consultado em: 12 de Maio de 2014. Pág. 24.

ocasionada en La sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

[...]

11°.- **En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción.**”<sup>103</sup> (Grifos Nossos.)

Assim, esse Código Penal nomeia hipóteses para atenuação da pena por meio da Cocolpabilidade, nomeadamente em delitos que envolvam a propriedade, vinculando o critério de atenuação da pena à indigência, bem como à família numerosa, e à falta de trabalho ao indivíduo.

## 5.8 O Direito Penal do Paraguai

A Teoria da Cocolpabilidade é reconhecida pelo ordenamento jurídico do Paraguai, sendo aplicada como uma circunstância judicial em benefício do autor do crime, conforme expressa o artigo 65 do Código Penal paraguaio.<sup>104</sup>

“ Artículo 65.- Bases de la medición

<sup>103</sup> EQUADOR, *Código Penal*. [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=195754](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=195754). Consultado em: 13 de Maio de 2014.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ, Paola Andrea Tabilo. *Análisis Dogmático y Jurisprudencial de la Atenuante de Irreprochable Conducta Anterior del Delincuente*. Chile - Santiago, 2009. [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo\\_p/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo_p/html/index-frames.html). Consultado em: 12 de Maio de 2014. Págs. 25-26.

1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.

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

[...]

5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho;

6. **la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas.**<sup>105</sup> (Grifos Nossos)

Por todo o exposto, fica evidente que a Cculpabilidade é um instituto presente na doutrina alienígena, e de forma primordial foi demonstrada sua importância nos países da América Latina, uma vez que, tais nações possuem extrema semelhança histórica com o Brasil, notadamente com relação à brutal desigualdade social, colocando em risco sua democracia.

Ademais, em virtude das desigualdades sociais presentes nesses países criados pelo próprio ente estatal e pela sociedade, há o reconhecimento da culpa do Estado, de forma a reconhecer a Cculpabilidade nos diversos ordenamentos jurídicos, como foi analisado.

---

<sup>105</sup> PARAGUAI, *Código Penal*. [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/prv/sp\\_pry-int-text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/prv/sp_pry-int-text-cp.pdf). Consultado em: 13 de Maio de 2014.

## 6 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL – UMA VISÃO CRÍTICA DA DOGMÁTICA CRIMINAL

“As leis são teias de aranha, em que as moscas grandes passam e as pequenas ficam presas.”  
(Honoré de Balzac)

### 6.1 Introdução

É sabido que o funcionamento do sistema penal engloba diversas áreas, como a história, filosofia, sociologia, criminologia, e com a aplicação efetiva do instituto da Culpabilidade ocorreria, caso a teoria fosse efetivamente aplicada, certa redução do caráter seletivo por parte do direito penal e, por conseguinte, este se tornaria um pouco mais humano e justo.

Desse modo, é evidente que diversas arbitrariedades foram cometidas durante todo o período histórico do direito penal, e assim, o marco inicial para a crítica do direito penal surge da noção de que todo o sistema penal, desde as suas origens é seletivo.<sup>106</sup>

Assim, esse sistema criminal atua de maneira a oprimir e a marginalizar os grupos sociais que se encontram na base da pirâmide social; e dessa forma, o direito penal privilegia

---

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El sistema penal y el discurso jurídico*. In: La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Fabian J. Di Placido Editor: Buenos Aires, 2000. Pág. 47.

os interesses da classe social que é detentora do poder, gerando um sistema punitivo estatal que somado à ausência de racionalidade primitiva, desenvolve-se de modo a incidir, com maior rigidez, naqueles que são considerados pela classe dominante, os “inimigos” da sociedade, estigmatizando-os.<sup>107</sup>

O direito penal deveria ser utilizado para reprimir as drásticas consequências das mazelas e das desigualdades sociais, contudo, o que se percebe, é que nas condutas chamadas “desviadas” cometidas pela classe baixa, aos olhos da classe dominante, tais condutas merecem uma atenção maior e, conseqüentemente, uma resposta mais imediata e rígida do que delitos praticados pelos membros da elite social.

Já em meados dos anos 70, Foucault asseverava que:

“Há um problema que há muito tempo me interessa, é o do sistema penal, da maneira como uma sociedade define o bem e o mal, o permitido e o não permitido, o legal e o ilegal, a maneira como ela exprime todas as infrações e todas as transgressões feitas à sua lei. [...] Uma coisa é certa: o sistema repressivo ou mesmo o sistema penal não é mais suportado pelas pessoas”.<sup>108</sup>

Dessa maneira, fica evidente a crítica ao direito penal seletivo, que se desvincula em relação à dogmática penal e a realidade social, como será analisado.

---

<sup>107</sup> Ensina Zaffaroni que: “O sistema penal está obrigado sempre a selecionar, porque essa imensa disparidade entre a criminalização primária e a capacidade operativa das agências de criminalização secundária, necessariamente o levam a selecionar, e toda a atividade que é seletiva é residual por não reconhecer o princípio da igualdade, que implica um certo grau de violência, de arbitrariedade e, portanto, de corrupção. Estas são características estruturais do exercício do Poder Punitivo; e por ser estruturais não as podemos suprimir nunca. Só podemos atenuá-las”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El sistema penal y el discurso jurídico*. In: *La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones*. Fabian J. Di Placido: Buenos Aires, 2000. Pág. 47).

<sup>108</sup> FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Trad. de Vera Lúcia de Avellar Ribeiro. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2003. Pág. 32.

## 6.2 A Teoria do *Labelling Approach* – A Seletividade arbitrária do Direito Penal

A Teoria da Rotulagem (igualmente designado de teoria da etiquetagem ou ainda de perspectiva interacionista<sup>109</sup>, em razão da influência exercida pelo interacionismo simbólico, e também conhecida como *Labelling Approach*) desenvolvida nos anos 60 através da chamada criminologia crítica, tem por finalidade primordial a demonstração do crime como sendo uma qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, ou por outras palavras, a teoria da etiquetagem constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, entre outros.

Deste modo, de acordo com o *Labelling Approach*, é a reação negativa da sociedade que provoca o comportamento desviado, isto é, a delinquência. Como bem elucida Vera de Andrade:

“Uma conduta não é criminal "em si" (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. **A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a "definição" legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a "seleção" que etiqueta e estigmatiza um autor como**

---

<sup>109</sup> Assim como ressalta Figueiredo Dias, *labelling approach* (nome utilizado, sobretudo, na criminologia norteamericana) e perspectiva interacionista (expressão mais usada na criminologia europeia), embora sejam encarados como nomes pertencentes ao mesmo grupo de concepções, não são sinônimos. Isto porque, além da perspectiva interacionista ser mais ampla que o *labelling approach*, do ponto de vista sociológico, este último possui um enfoque psicológico que não é realçado na referida perspectiva. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *A Perspectiva Interacionista na Teoria do Comportamento Delinquente*. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro. Coimbra, 1981, Pág. 7).

**criminoso** entre todos aqueles que praticam tais condutas”<sup>110</sup> (Grifos nossos).

Nesta senda, o pensador Alessandro Baratta explana:

“[...] a **criminalidade não é uma qualidade ontológica, mas sim um status social que é atribuído** através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reacção”<sup>111</sup> (Grifos nossos).

Assim, para a criminologia crítica, a conduta não possui propriamente a qualidade de desvio, mas, lhe é atribuída uma etiqueta em razão da seleção do indivíduo como criminoso pela sociedade, pelo processo de definição de crime pelo legislador, dessa forma, o processo de rotulagem pode propiciar a mudança da identidade do infrator, de modo a favorecer o desenvolvimento de uma futura carreira criminosa, assim, qualquer indivíduo estigmatizado está suscetível à delinquência.

Por isso, o delinquente não seria aquele que infringisse a lei, mas sim, aquele que se tenha atribuído com sucesso o rótulo de criminoso, onde o delito seria uma construção social, e não um fato em si. O desvio seria uma consequência da aplicação de regras e sanções ao infrator, sendo desviante aquele a quem se aplica a etiqueta, e no qual o comportamento

---

<sup>110</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista CCJ/UFSC, nº 30, 1995, pág. 26.

<sup>111</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Trad. Álvaro Búnster.. 4ª Ed. Siglo Veintiuno Editores, 1993. Pág. 121.

desviante seria aquele que as pessoas definem como desviante, portanto, o desvio não seria uma qualidade do ato que o indivíduo realiza, logo, não seria o ato em si que seria desviado, mas, o significado que é atribuído ao ato.

O entendimento segundo o qual a diferença entre atos delinquentes e não delinquentes deve ser procurada no rótulo atribuído pelas outras pessoas a tais atos (e não nos atos em si), que constitui a ideia central da orientação em apreço, ideia essa que foi acentuada por Howard Becker.

Nas palavras de Figueiredo Dias,

“O que leva, no extremo, a considerar que a sociedade não tem rigorosamente os delinquentes que merece, mas verdadeiramente os delinquentes que quer, pois que a delinquência não é tanto uma categoria objectiva do comportamento, quanto sobretudo uma categoria do estatuto social”<sup>112</sup>

Nesta seara, ressalta-se que a ideia acentuada pelo estudioso Becker<sup>113</sup>, de que a sociedade tem os criminosos que quer ter, que surge em contraposição ao entendimento de Lacassagne, traduzido na frase “a sociedade tem os criminosos que merece”, simboliza todo o pensamento propugnado pela Teoria da Etiquetagem. Isto porque cada sociedade tem os criminosos cujo comportamento criminalizou, investigou e puniu, ocorrendo o que os autores designam por “efeito-de-funil” (além de o legislador criminalizar determinadas condutas, a

---

<sup>112</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delincente*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro. Coimbra, 1981, Pág. 18.

<sup>113</sup> Salienta-se que esta construção criminológica teve como expoentes máximos: Howard Becker, Edwin Lemert, Erikson, Harold Garfinkel, Erving Goffman, Thomas Scheff, J. Kitsuse, entre outros. Neste âmbito, destaca-se Becker que é considerado o “pai”, ou seja, o fundador desta corrente criminológica, designadamente através do seu clássico *Outsiders* (H. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York: Free Press, 1963) sendo esta considerada a obra central do estudo do *Labelling Approach*.

polícia e o ministério público, apenas investigam alguns determinados crimes e o tribunal somente condena alguns agentes, nomeadamente indivíduos da classe baixa da sociedade, o que demonstra a cristalina existência de uma atividade altamente seletiva das instâncias formais de controle, ou seja, a Polícia, o Ministério Público, os Juízes e, conseqüentemente, uma atuação totalmente desigual por parte destes).

Seguindo essa linha de pensamento, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como “delinquentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais.”<sup>114</sup>

Assim, é possível concluir, em consonância com esta linha de pensamento, que é a justiça penal que escolhe e seleciona os crimes que quer punir, nomeadamente as infrações cometidas pelas classes sociais mais desfavorecidas, privilegiando os detentores do poder e aqueles que cometem os crimes chamados de “crimes de colarinho branco”, como será visto ulteriormente.

Neste âmbito, os célebres doutrinadores Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade alvorecem:

“É, por exemplo, recorrente a denúncia do contraste entre a legislação, extremamente rarefeita, que pune a criminalidade de *white-collar*, e a

---

<sup>114</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral*. Volume 1, 10ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág 60.

malha particularmente apertada da legislação que incrimina as pequenas ofensas contra o património”<sup>115</sup>

Todo esse cenário nos transmite a idéia de que a sociedade funciona com base numa hierarquia de poder, dividida entre aqueles que ditam as leis e aqueles que ficam marginalizados ao cometerem um delito. O direito penal, então, se restringe ao papel de um mero instrumento em favor dos detentores do poder em detrimento das classes sociais inferiores, desfavorecidas, que, quando praticam um crime, sujeitam-se a um elevado grau de intolerância por parte da sociedade e do sistema legal. Portanto, acredita-se que, com a utilização efetiva e coerente da Teoria da Culpabilidade estatal, haveria uma brusca da seleção e da estigmatização no direito criminal.

Nesse mesmo sentido, explanam os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli:

“O criminoso é simplesmente aquele que se tem definido como tal, sendo esta definição produto de uma interação entre o que tem o poder de etiquetar (“teoria do etiquetamento ou *labelling theory*”)<sup>116</sup> e o que sofre o etiquetamento, o que acontece através de um processo de interação, de etiquetamento ou de criminalização.”<sup>117</sup>

Zaffaroni e Pierangeli continuam, afirmando que:

---

<sup>115</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2.ª reimpressão. Coimbra Editora: Coimbra, 1997, pág. 257.

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág 290.

<sup>117</sup> Conforme explicam Zaffaroni e Pierangeli acerca da importância da Teoria do Etiquetamento ou *labelling theory*: “Esta teoria é a que pôs em relevo importantes críticas às instituições totais (GOFFMAN), ao condicionamento de carreiras criminosas, como parte do processo interativo de criminalização (BEKER, LEMERT, MATZA, CICOUREL), e a criação de um estereótipo criminoso com que se orienta a criminalização (CHAPMAN).” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág 290.

“Tudo isso demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social.”<sup>118</sup>

Dessa forma, resta claro que os índices de criminalidade aumentam de forma exacerbada, pois são fortemente influenciados pela marginalização social, que tem sua origem no rótulo que a sociedade impõe à população miserável, demonstrando que o sistema penal é claramente influenciado pela classe social e pelos estereótipos.<sup>119</sup>

### **6.3 A Cculpabilidade como busca para o Direito Penal Mínimo**

O instituto de política criminal, conhecido por direito penal mínimo, tem por fundamento o uso do direito penal como sendo a *ultima ratio*, ou seja, último instrumento a ser utilizado pelo Estado, devendo prevalecer o caráter fragmentário do direito penal.

Como já anteriormente afirmado, a Teoria da Cculpabilidade busca, na grande parte das vezes, responsabilizar o Estado juntamente com o agente cometidor do delito, ora atenuando a pena, ora excluindo-a. Sendo que, de forma inexorável, com a positivação na dogmática brasileira da Teoria da Cculpabilidade, iria ocorrer uma redução da rígida aplicação do direito penal, buscando minimizar as falhas estatais em relação aos direitos econômicos, culturais, sociais dos cidadãos.

---

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo: 2013. Pág 73.

<sup>119</sup> s.a. *Revista de Direito Penal*, nº 24, Jan-Dez, 1979. Forense: Rio de Janeiro. Pág. 22.

Assim, resta evidente que a mencionada Teoria caminha ao lado do direito penal mínimo, que é um ideal a ser perseguido pelo garantismo penal. Por isso, a Culpabilidade pode ser vista como sendo um corolário destes, já que estes institutos de políticas criminais buscam, na verdade, a necessidade de ponderação em relação à conduta cometida e ao bem jurídico protegido, devendo ser observado com cautela o grau de lesividade da conduta ilícita do sujeito.

Além disso, é necessário verificar se a conduta merece realmente uma pena, pois não se deve punir o crime quando se pode preveni-lo, até pelo motivo de que, para o direito penal mínimo, o direito criminal deve ser observado como sendo a última medida a ser tomada, como referido acima.

Ainda, é mister ressaltar que, para se propagar verdadeiramente, uma justa lei criminal, ao impor uma punição é imprescindível modificar e corrigir os culpados, não somente para satisfazer a justiça, mas também, para reeducá-los, não somente puni-los cegamente e de forma rígida. É importante fomentar meios mais sensatos para que a leis sejam cumpridas, com o devido respeito.<sup>120</sup>

Ademais, sabe-se que um processo demanda altos custos ao Poder Judiciário, logo, condutas mínimas, irrisórias, não devem se tornar demandas processuais para não se perder tempo e dinheiro com processos insignificantes e este ainda gerar custos para o Estado. Destarte, com base no direito penal mínimo, este ramo do direito, ou seja, o direito penal, somente deveria ser utilizado em casos estritamente necessários, quando não possa haver uma punição por outro ramo do direito.

---

<sup>120</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Págs 84-85.

Nas sábias palavras de Luigi Ferrajoli:

“O **direito penal mínimo**, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um **ideal de racionalidade e certeza.**”<sup>121</sup> (Grifos nossos).

Com efeito, o direito penal mínimo busca mecanismos de se evitar excessos na aplicação do direito penal, pautando-se no que chamamos de garantismo penal, ou seja, deve-se atribuir ao sujeito uma máxima proteção quanto a suas garantias individuais previstas constitucionalmente.

O magistrado deve atuar, no caso concreto, de forma a minimizar o *jus puniendi*. Assim, esse resultado pode ser obtido por meio do uso concreto da Teoria da Culpabilidade tendo, o juiz, respaldo na discricionariedade e na interpretação fática, como forma de diminuir o âmbito de atuação do direito penal, buscando, assim, uma aplicação mínima do direito criminal.

E dessa forma, com a efetiva aplicação do Princípio da Culpabilidade como já exaustivamente explanado ao longo do trabalho, ocorreria certa aproximação entre a realidade dos fatos e a dosimetria da pena a ser aplicada ao sujeito, indo ao encontro do direito penal mínimo e ao garantismo penal, como forma de tentar harmonizar a pena à realidade fática.

Ademais, o doutrinador Grégore Moura sabiamente elenca motivos pelos quais o direito penal mínimo atrelado à Teoria da Culpabilidade modificaria o atual paradigma do direito penal, quais sejam:

---

<sup>121</sup> FERRAJOLI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006. Pág 102.

“a) a positivação da co-culpabilidade gera mais uma disposição na legislação penal, que atenuará ou diminuirá a pena do cidadão. Com efeito, teremos maior possibilidade na concessão de benefícios legais como o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, dentre outros;

b) diminuição da população carcerária, propiciando um avanço no caminho para solucionar o problema da superlotação das prisões brasileiras;

c) o reconhecimento da prescrição em tempo mais curto;

d) o propiciamento da não-intervenção penal em casos extremos de exclusão social, ou nos casos em que essa exclusão social, econômica e cultural leve o agente ao desconhecimento da lei e, às vezes, a erro, por desconhecer a ilicitude do fato.”<sup>122</sup>

Dessa forma, conforme bem explanou o supracitado estudioso, a positivação da Teoria da Culpabilidade reduziria as diversas mazelas impostas pelas condições precárias e falhas do sistema penal atual.

Contudo, se faz necessária a ressalva de que a aplicação de um direito penal mínimo no Brasil se encontra em desuso atualmente, ou melhor, tal modelo de intervenção penal mínima sequer foi amplamente aplicado.

Conforme ilustram Zaffaroni e Pierangeli:

**“Faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao**

---

<sup>122</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Impetus. Rio de Janeiro - Niterói. 2006. Págs. 168-169.

invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da vida penal. **Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra da ordem, agora, é criminalizar**, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica.”<sup>123</sup> (Grifos nossos).

Dessa maneira, percebe-se, em virtude de inúmeras decisões do STJ, STF, e dos Tribunais em geral, que existem diversos processos em aberto de indivíduos que sofreram denúncia pelo membro do Ministério Público por delitos de furto, roubo ou até mesmo por tentativas destes, de coisas e valores insignificantes.

Como exemplo, pode-se destacar o emblemático caso da empregada doméstica Maria Aparecida de Matos, 24 anos, que no dia 24 de maio de 2005, deixou a prisão, após um período de um ano e sete meses, presa por tentativa de furto de um xampu e condicionador no valor total de R\$ 24 (vinte e quatro) reais<sup>124</sup>. A liberdade chegou somente com o HC impetrado no STJ, uma vez que o TJ de São Paulo negou provimento. Maria Aparecida perdeu a visão devido a torturas e brigas que sofria enquanto estava encarcerada. Pode-se, nesse

---

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág 21.

<sup>124</sup> Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8933392/habeas-corpus-hc-43513-sp-2005-0066321-0/inteiro-teor-14101672>. Consultado em: 20 de Março de 2014.

infeliz caso, se prender a inúmeros princípios basilares, seja o da insignificância, bagatela, a clamada atenuante inominada do art. 66 do CP, bem como a aplicação do instituto da Cocolpabilidade.

O que se pode perceber é que na verdade, além do indivíduo ter praticado uma conduta que possui corolário no princípio da insignificância, e obviamente, possui respaldo na Teoria da Cocolpabilidade, a ordem, no caso retromencionado, foi a de criminalizar a agente, se contradizendo aos pensamentos do direito penal moderno e do respeito à Dignidade da Pessoa Humana, e assim, o que se pode perceber é que o direito penal mínimo, como em tantos outros casos, não foi utilizado desde o início para se pautar o caso concreto, e sim o direito penal do máximo rigor, e até mesmo, a “Cocolpabilidade às avessas”, já que houve a reprovação social e penal de uma pessoa já rotulada pela sociedade e pelas instâncias formais de controle.

Por fim, fica a crítica a essa falácia que é a aplicação efetiva do direito penal mínimo aos casos concretos, e que, a Teoria da Cocolpabilidade poderia ter sido aplicada ao caso acima, e assim, vale a ressalva e o reforço de que em alguns casos, a pena deve ser deixada de ser aplicada, uma vez que é desproporcional ao estado e às condições precárias em que a pessoa vive.

E assim, fica evidente que as pessoas que dispõem de meios econômicos limitados e de grau de instrução inferior, os indivíduos que são estigmatizados e rotulados pela sociedade, que sofrem de desigualdades socioeconômicas e que cometem uma determinada infração penal em razão dessas condições precárias de vida e com o escopo de sobrevivência, não devem sofrer uma punição tão exagerada e exacerbada, e para tais casos semelhantes, existe a Teoria da Cocolpabilidade a fim de tentar apaziguar e conter as mazelas que entornam o meio

social em razão do estado de necessidade desses indivíduos que vivem à margem da sociedade e que necessitam e lutam, constantemente, em busca da sua sobrevivência. E assim, a Teoria da Culpabilidade deve ser utilizada para contornar tais casos e para se fazer exercer de forma efetiva e paulatina o direito penal mínimo.

#### **6.4 Ressocialização e Dessocialização**

No direito penal português, a pena tem uma finalidade preventiva. Sob essa ótica, importa distinguir entre as finalidades de prevenção geral e as finalidades de prevenção especial. Dessa forma, enquanto a finalidade de prevenção geral tem em vista a comunidade, a finalidade de prevenção especial logra atingir cada um dos seus membros. No artigo 40<sup>125</sup> do CP, o legislador português, ao determinar que a pena visa à proteção de bens jurídico-penais e à ressocialização do agente da prática do delito, consagra as finalidades de prevenção geral e especial positivas, respectivamente. Em sede de prevenção geral positiva, pretende-se evitar que a comunidade pratique infrações penais, dando-lhe a conhecer o que acontece com os seus membros se praticarem um crime. Já no tocante à prevenção especial positiva, o agente da prática do delito é sujeito à sanção criminal para obstar que, no futuro, volte a praticar o crime, mediante a sua ressocialização<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> PORTUGAL, Código Penal. “Art. 40. Finalidade das penas e das medidas de segurança.

1.A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a **protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.**”<sup>125</sup> (Grifos nossos).

<sup>126</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. Págs. 41-56.

No Brasil, com a reforma penal de 1984<sup>127</sup>, e na edição do artigo 59<sup>128</sup> do Código Penal, bem como no artigo 1º<sup>129</sup> da Lei de Execução Penal, passou-se a adotar como fim da pena a Teoria Mista, admitindo-se, por conseguinte, o caráter retributivo-preventivo da pena, na medida em que se pretende prevenir o delito, punir, reeducar e recolocar no entorno da sociedade o infrator<sup>130</sup>.

Dessa forma, é perceptível que na legislação de ambos os países há nitidamente o objetivo de reinserção do infrator no meio social, sendo este, portanto, dever do Estado e direito do recluso<sup>131</sup>, de forma a recuperá-lo e ressocializá-lo, a fim de diminuir a probabilidade de reincidência, sendo atualmente esta a finalidade da pena, ou seja, uma pena mais humanitária. Contudo, o que ocorre é que o mal causado pelo encarceramento vai de encontro a esses objetivos traçados em ambas as legislações, como será analisado a seguir.

Em conformidade com o supracitado, explica a doutrinadora Anabela M. Rodrigues, que:

“[...] a pena perdeu, em grande parte, a sua função de cunho retributivo. O direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade – uma <<amarga necessidade>>, como já foi dito – e a

<sup>127</sup> Conforme Damásio de Jesus, com o advento do Estado Democrático de Direito não mais se admite uma pena unicamente retributiva. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas*: anotações a Lei 9.714/98. 2ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2000. Pág. 26.

<sup>128</sup> BRASIL, *Código Penal*. “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

<sup>129</sup> BRASIL, *Lei nº 7.210 de 1984*. “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.**”<sup>129</sup> (Grifos nossos).

<sup>130</sup> Bitencourt entende que a ressocialização não é o principal objetivo da pena, mas que esta deve ser perseguida.

<sup>131</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. Instituto brasileiro de Ciências Criminais. n.º. 11 IBCCRIM: São Paulo, 2000. Págs. 85-87.

pena ganha uma finalidade não escatológica mas terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes.”<sup>132</sup>

Dessa forma, em conformidade com o que preceitua os estudos do *labelling approach* por meio da criminologia crítica, em uma sociedade capitalista, a pena serve somente como mecanismo de controle dos marginalizados, de forma a conservar e manter as desigualdades sociais, com a finalidade de preservar o poder nas mãos da classe dominante. E esse processo faz com que aquele indivíduo que cometeu um delito e se encontra cumprindo castigo, em vez de ser reinserido gradualmente na sociedade, encontre, na realidade, obstáculos no seu retorno *a posteriori* ao meio social. Então, o indivíduo que, por vezes, antes mesmo de ser punido, já não tinha oportunidades razoáveis de vida, pode se transformar, no retorno à sociedade, em um desviante secundário, voltando a praticar crimes, pois o Estado não promove meios e formas adequadas de inserção do transgressor no contexto da sociedade.

Assim, o Estado, por suas falhas citadas ao longo da pesquisa, primeiramente delimita e seleciona quem serão os criminosos, e depois faz com que esses desviantes primários se tornem reincidentes, pois o ente estatal e as mazelas do cárcere não ressocializam o sujeito.

É nesse sentido que surge a questão, a problemática que pretendemos demonstrar.

Ora, o Estado, muitas vezes, como já foi extensamente analisado e demonstrado ao longo do presente trabalho, não logra êxito no cumprimento dos deveres a que se obriga perante o cidadão.

---

<sup>132</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002. Págs. 30-31.

Assim, o cárcere funciona como uma “escola de criminosos”, fazendo com que o indivíduo reincida e, posteriormente, adote uma carreira criminosa.

É evidente que aqui não se quer demonstrar que a classe baixa somente comete delito em razão das omissões estatais, mas, antes, que o ente estatal, com o sistema de encarceramento atual, não é capaz de ressocializar, ou melhor, não é sequer capaz de socializar o infrator, e até mesmo o dessocializa, já que indivíduos que cumprem PPL ficam retidos de um convívio social saudável e, assim, a possibilidade de ressocialização e reintegração na sociedade é ínfima.<sup>133</sup>

A pena desumana em relação ao delinquente, conforme alerta Alberto Silva Franco:

“[...] não exerce sobre ele nenhuma influência positiva no sentido de reinserção social e desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária, após um processo de reinserção às avessas, ou seja, uma dessocialização.”<sup>134</sup>

O Estado, em vez de atuar previamente à prática de uma infração penal por parte do delinquente, devendo buscar promover políticas públicas de melhoria de vida dos cidadãos, além de buscar a preservação dos meios de vida adequados, não cumpre seu papel e, além disso, quando o indivíduo comete um delito penal, é punido por meio de um sistema de privação de liberdade. Contudo, o indivíduo sequer se ressocializa, pelo contrário, muitas

---

<sup>133</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002. Pág. 32.

<sup>134</sup> FRANCO, Alberto Silva; et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997. Pág 509.

vezes, a convivência no presídio o dessocializa<sup>135</sup>, como afirmado anteriormente, e quando retorna à sociedade, apresenta grandes chances de voltar a delinquir.

Sobre dessocialização, alude Anabela Rodrigues:

“Diz-se que, quando o contributo empírico põe em evidência os efeitos dessocializadores da prisão, o principal objectivo deve ser não tanto a socialização *quanto evitar a dessocialização* do recluso.”<sup>136</sup>

Conforme explana Alessandro Baratta, a efetiva dessocialização se concretiza em razão de dois fatores<sup>137</sup>, quais sejam:

1. A chamada por ele de “desculturação”, ou seja, a falta de devida adaptação de condições para se viver em liberdade. A restrição da percepção do mundo além do cárcere e a limitação dos valores da sociedade.

2. E a “prisonalização”, se perfazendo na ideia de que o encarcerado, nos limites da penitenciária, foi “educado”, “ensinado”, para ser um criminoso, constituindo essa ideia no seguinte aforismo de que o cárcere é uma “escola de criminosos”, e que o transgressor deve assimilar a cultura carcerária<sup>138</sup>.

E por isso, em razão desses fenômenos, é que se torna falha a tentativa de reinserir o transgressor no seio da sociedade.

Conforme esse pensamento, explica Anabela Rodrigues:

“De facto, a criminologia tem revelado que a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de

<sup>135</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002. Págs. 45-48.

<sup>136</sup> Ibidem. Pág. 45.

<sup>137</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Renavan: Rio de Janeiro, 2002. Pág. 186.

<sup>138</sup> TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003. Pág. 29.

dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade.”<sup>139</sup>

Por isso que, intramuros, em que há a quase total ausência do Estado, o infrator é submetido a se adequar à vida dentro do cárcere, como se esta fosse uma sociedade paralela, com suas próprias regras, de que o indivíduo fica desadaptado e excluído das condições de vida fora da prisão, e dessa maneira, o cárcere estigmatiza o infrator, de modo a desempenhar a sua função de retribuição, contudo, sendo ineficiente na sua atribuição de socializar o delinquente.<sup>140</sup>

Sendo assim, fica evidente que não há recuperação do apenado no cárcere nem por meio deste, até pelo fato de que não existe possibilidade de recolocação na sociedade de forma a melhorar sua condição pré-existente de vida. Percebe, nessa senda, que o que falta são diversas reformas no sistema prisional<sup>141</sup>, de forma a humanizar esse sistema, pois conviver em precárias condições físicas e morais, superlotação, ausência de direitos fundamentais, faz com que a execução da pena se torne dessocializadora, o que deveria ser de pronto evitado<sup>142</sup> pelo ente estatal.<sup>143</sup>

Conforme Anabela Rodrigues:

“A reclusão penitenciária não pode ser um <<espaço de quase-não direito>>, uma obscura <<relação especial de poder>> em que o

---

<sup>139</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002. Pág. 45.

<sup>140</sup> Conforme Trindade: “O pecado original da prisão é a própria prisão. O cárcere destrói qualquer pedagogia de tratamento.” TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003. Pág. 60.

<sup>141</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra Editora: Coimbra, 1994. Pág. 559.

<sup>142</sup> Ibidem. Págs. 563-564.

<sup>143</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra Editora: Coimbra, 1994. Págs. 317 e 558.

Estado se desvincula do respeito que deve à dignidade das pessoas e aos seus direitos fundamentais.

[...]

Antes de ser *socializadora*, a execução da pena de prisão seja *não-dessocializadora*.<sup>144</sup>

Ainda sobre esse tema, alude Trindade:

“Na atualidade, não se ignora que a prisão, em vez de regenerar e ressocializar o delinquente, degenera-o, dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo e embrutecê-lo. A prisão é, por si mesma, criminógena, além de fábrica de reincidência. Já foi cognominada, por isso mesmo, de escola primária, secundária e universitária do crime. Enfim, a prisão é uma verdadeira sementeira da criminalização.”<sup>145</sup>

Nesse sentido, fica evidente que o sistema carcerário atual é precário, falho, e não cumpre sua finalidade de ressocializar o infrator, assim, deve-se promover penas alternativas à pena de prisão, com a finalidade de socializar e ressocializar, a depender do caso, o infrator.

Por fim, vale a ressalva de que o presídio, em razão da pena, do castigo, não consegue ter um bom resultado com o ideal ressocializador da pena e, assim, o cárcere demonstra, na realidade, a concretização de uma carreira criminosa<sup>146</sup>, de modo que dessocializa o infrator em vez de educá-lo e socializá-lo<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002. Pág. 52.

<sup>145</sup> TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003. Pág. 30.

<sup>146</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Renavan: Rio de Janeiro, 2002. Págs. 184-185.

<sup>147</sup> TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003. Págs 29-34.

## 7 COCULPABILIDADE X SELETIVIDADE

“A justiça penal é um mal necessário,  
mas se supera os limites da necessidade,  
resta só o mal.” (Claus Roxin)

### 7.1 Introdução

Inicialmente, faz-se necessário recordar que todo o sistema de justiça penal é seletivo, já que é nítido em nossa sociedade que o “status” de delinquente é repartido de forma desigual entre os cidadãos, de forma que os chamados indivíduos “vulneráveis” ou estigmatizados já são pré-selecionados, muitas vezes, antes mesmo de nascerem, pois já são concebidos em um meio socioeconômico vulnerável, sendo, portanto, vistos e rotulados pela sociedade e pelo Estado, como criminosos, e é nesse contexto que se insere a Teoria da Cculpabilidade, cuja função primordial é tentar reparar e amenizar os danos causados pela seletividade penal, a fim de se buscar um direito penal menos elitista e unilateral, demonstrando ainda que a função ressocializadora da pena é uma utopia, como será analisado.

## 7.2 A Culpabilidade como Critério Corretor da Seletividade

É necessário o feitiço de uma breve e importante distinção entre a Culpabilidade e a Seletividade, já que a primeira deve ser observada como se fosse uma resposta à seletividade penal.

A Culpabilidade já foi analisada ao longo do trabalho, contudo, em face da seletividade que permeia o sistema penal, é necessário saber que esta tem o condão de punir todos os rotulados, aplicando-se penas exageradas aos indivíduos selecionados, contando, ainda, com a criação de leis que cada vez mais incriminam a classe baixa da sociedade.

Assim, conforme analisam e afirmam os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli, é necessário saber que:

**“[...] a criminalização seletiva pode ter gerado hábitos que tornam o homem particularmente vulnerável à seletividade do sistema**

[...]

A criança desadaptada da escola, a que abandona os estudos, a que é forçada ao trabalho nas ruas, à desocupação, ao abandono ou à internação em instituições para menores, a que é tomada como “bode expiatório” dos conflitos familiares, a que sofre carências alimentares nos primeiros meses de vida, **são todas “pré-candidatas” à criminalização**, particularmente quando pertencem aos setores mais pobres.”<sup>148</sup> (Grifos nossos).

---

<sup>148</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág. 105.

Assim, é importante mencionar que, tanto o direito material, quanto o processual são seletivos e, assim, excluem as pessoas que não se “enquadram” no padrão de vida esperado e desejado pelas classes que dominam a sociedade, ocorrendo marginalização da população vista como “pré-candidata” à delinquência.

Visto isso, vale lembrar que, no Brasil, o CP, o CPP e a LCP tiveram sua gênese na década de 1940, sendo, portanto, fortemente influenciados pela CF de 1937<sup>149</sup>, período marcado pela ditadura de Getúlio Vargas. A Carta Magna de 1937, de cunho eminentemente autoritário, foi baseada nas constituições italiana e polonesa, ambas tomadas pela ideologia fascista da época.<sup>150</sup>

Portanto, tendo em vista a época da elaboração de nossas leis penais, faz-se necessário que elas passem constantemente pela peneira da CF/88, que consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, no qual o direito penal deve intervir de forma mínima, de forma a preservar os Direitos e Garantias Fundamentais a todos os seus cidadãos.

Ocorre que, através dos diversos estudos criminológicos, nomeadamente o já citado estudo do *Labelling Approach*, bem como com a expansão do direito penal, resta cristalino e evidente que a seletividade e o elitismo no direito penal, são sinais contínuos no tempo, bem como a todos os sistemas criminais, e assim, deve ser feita uma correção, uma modificação nesse sistema penal, para a seletividade não continue recaindo de forma mais severa possível no chamado “inimigo” da sociedade capitalista, ou seja, naquele indivíduo estigmatizado e selecionado pela sociedade.

---

<sup>149</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Págs. 204-205.

Por conseguinte, são muitos os direitos e garantias estipulados aos homens por parte do Estado através da Constituição Federal de 1988, todavia, o impasse se dá em virtude da omissão desenfreada desses direitos e garantias por parte de quem os deveria assegurar ao cidadão, o Estado.

Conforme o ilustre pensamento do doutrinador Jean-Paul Marat:

“Em quase todos os países, o próprio governo obriga os pobres a serem criminosos, porque lhes retira os meios de subsistência.”<sup>151</sup>

Assim, é em virtude dessas omissões que um grande número de pessoas fica à margem da sociedade, reprimida e punida pelas diversas negações estatais, em que saúde, a moradia, trabalho digno, lazer, alimentação, educação, entre outros direitos dos cidadãos, são constantemente desrespeitados pela negligência do Estado que não consegue assegurar o cumprimento e o acesso a esses Direitos e Garantias Fundamentais do homem.

E assim se faz necessário utilizar artifícios que livrem o indivíduo do impulso de cometer atividades delituosas, mas com tantas omissões estatais, ele se vê impulsionado a cometer tais infrações.

Em consonância com o pensamento acima, Marat explica:

“Não permitam que os pobres fiquem ociosos, obrigue-os a trabalhar e se tornarão gente do bem. Depois de fornecer-lhes os meios de trabalhar e de proporcionar-lhes o salário para seu ofício<sup>152</sup>, se

---

<sup>151</sup> MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 79.

<sup>152</sup> Conforme o Marat: “Em Paris, os trabalhadores em roupa branca, em modas etc. não ganham mais que 15 soldos por dia. Sob um salário assim mesquinho, como pretendem que se sustentem, se divirtam? Não podendo viver honestamente do produto do seu trabalho, são reduzidos a fazê-lo através da libertinagem.” MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008. Pág 163.

qualquer um recusar a ocupar-se utilmente, que seja banido do Estado.”<sup>153</sup>

Por outras palavras, o que esse filósofo propõe é justamente que o Estado auxilie os cidadãos a conseguirem ter uma vida digna, pautando-se, no Brasil, pelos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 88.

Nessa linha de pensamento, de Raul M. Linhares ensina que:

“[...] devido à concentração de poder e de bens diversos pela minoria dominante, a maioria dominada se encontra em um estado de negação de direitos fundamentais à existência humana plena.”<sup>154</sup>

Dessa forma, é perceptível que uma grande parcela dos cidadãos se marginaliza e comete crimes em função das tamanhas omissões estatais, em virtude da desumanidade do próprio ente estatal, que viola os direitos humanos e, pior, acaba por impulsionar este cidadão que cometeu um delito a continuar praticando crimes, para que este indivíduo se torne, efetivamente, “desviado”.

Assim, em conformidade com este pensamento aludem Zaffaroni e Pierangeli:

“[...] dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do “bode expiatório”.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Ibidem. Pág 163.

<sup>154</sup> LINHARES, Raul Marques. *Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social*. IBCCRIM – Boletim 252. Novembro de 2013.

<sup>155</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág 75.

Por isso, parece eminentemente razoável que esse cidadão que passou a cometer determinados delitos como consequência da evidente negligência estatal, mereça ter a sua culpa dividida, amenizada.

Assim, refletindo e tomando por consideração o dever do Estado e a sua omissão no caso concreto, existe, a nosso ver, uma culpabilidade conjunta entre o causador do crime e o ente estatal, que, em tese, garantiu, por meio da Magna Carta de 1988, condições no mínimo adequadas, suficientes e aceitáveis, para os indivíduos, e, como o Estado não logra êxito na execução dessas garantias, deve o magistrado, com fulcro na Teoria da Cculpabilidade, e ainda, como forma de reduzir o mal causado pelas omissões do Estado em conjunto com a sociedade, analisando o caso, responsabilizar o ente estatal em concomitância com o agente marginalizado, causador do delito, sendo a culpa partilhada entre ambos.

É bem verdade que, de uma maneira geral, a criminalidade tem suas origens na falta de oportunidades proporcionadas aos indivíduos estigmatizados pelas classes sociais dominantes da sociedade, sendo esta uma decorrência do sistema social que é altamente excludente e desigual. Por isso, esse indivíduo desviante deve ter a sua pena amortizada, pois, como afirmado acima, é imprescindível retirar do cidadão a necessidade de cometer uma infração penal, e assim, cada pessoa deve ser julgada de maneira harmônica ao espaço socioeconômico em que se encontra, devendo o magistrado analisar o caso concreto, com vistas a se fazer uma análise da vida pregressa do indivíduo, para que seja aplicado ao indivíduo o castigo condizente a sua realidade fática.

Nesse diapasão, tal Teoria pode ser analisada como sendo uma forma de busca da humanização do direito criminal, cuja finalidade seria também a de reduzir os efeitos da não inclusão socioeconômica dos hipossuficientes, que é a parte enfraquecida da sociedade.

Por isso que, a Cculpabilidade pode ser demonstrada como um fator incessante de procura pela justiça criminal, pois, a aceitação desse Princípio implica respeito aos valores consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preservando os direitos consagrados, quais sejam, respeito à igualdade, à justiça, e principalmente, aos Direitos e Garantias Fundamentais e Individuais dos cidadãos. Por conseguinte, a Cculpabilidade seria uma espécie de teoria neutralizadora ou redutora da seletividade estrutural que rodeia o bom funcionamento da justiça penal.

Nesta feita, esse paradigma conhecido como seletividade do direito penal, que estigmatiza, seleciona, rotula, marginaliza e exclui a classe baixa, deve ser aniquilado, posto que nunca logrou êxito em solucionar as questões irregulares da sociedade hodierna. E assim, a norma contida no direito penal deve sofrer alterações, fundamentando-se no Princípio da Cculpabilidade, para que ocorra uma redução nas injustiças praticadas contra as classes menos favorecidas.

Vale ressaltar, ainda que, o objetivo primordial da Cculpabilidade é o de, com fundamento no princípio da isonomia, aproximar a realidade social do direito criminal, buscando uma diminuída da seletividade na justiça penal para que ocorra uma transformação na forma como hoje se aplicam as leis penais, especialmente para aqueles infratores de classes menos favorecidas, auxiliando-os para que não sofram os males do encarceramento advindos de sua situação socioeconômica, tornando, portanto, o direito penal menos elitista.

## 8 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, resta evidenciado que, embora o Código Penal não tenha previsão expressa do instituto da Cculpabilidade do Estado, já existe um tímido e contido início de importância dada às circunstâncias socioeconômicas do sujeito ativo de um delito no instante da fixação da dosimetria da pena, caso a infração praticada se relacione com a situação de miserabilidade do agente.

É nesse diapasão que entendemos pela utilização efetiva da Cculpabilidade como sendo uma condição corretora e tendente a excluir a seletividade do sistema penal.

Assim, a Teoria supracitada nos revela uma enorme importância no sentido de pretender conseguir a positivação da Cculpabilidade no sistema jurídico, uma vez que busca a isonomia de tratamento entre os cidadãos, ou seja, trata igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade, objetivando-se a redução da seletividade no sistema penal, como forma de equilibrar as disparidades socioeconômicas existentes, que irá se traduzir numa aplicação de pena mais justa ao infrator.

Portanto, fica evidenciado que a Cculpabilidade tem como condão o reconhecimento da corresponsabilidade estatal no cometimento de determinadas infrações penais, praticadas por indivíduos que possuem menos condições de se autodeterminarem diante das circunstâncias da prática ilícita, especialmente no que tange às condições socioeconômicas do sujeito.

Em contrapartida à tese de atenuação da pena em razão da Cculpabilidade, surge a ideia de “Cculpabilidade às avessas”, que consiste na aplicação desse instituto tanto como circunstância atenuante como também circunstância agravante, o que não seria razoável, pois estaria se desvirtuando a finalidade para a qual o instituto foi criado.

Por fim, acreditamos que o reconhecimento da responsabilidade do Estado, em relação a certas infrações penais cometidas por um sujeito vulnerável, tende a diminuir a seletividade do direito penal, por ser uma busca pela amenização do poder punitivo, e ainda, como sendo um passo de extrema importância para um direito penal moderno, garantista, humano e isonômico.

Portanto o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a Teoria da Cculpabilidade deve ser uma forma de se adequar o direito penal à realidade social, identificando, desse modo, a fração de responsabilidade do Estado na prática de determinados delitos por certos agentes, em face da negligência estatal em relação às prestações materiais, demonstrando, ainda, o caminho para que o instituto seja positivado na legislação, ora como causa de atenuação da pena, ora como causa de exclusão da culpabilidade.

Ademais, entendemos que a tese da Cculpabilidade do Estado é um instituto que merece ser positivado não somente no Brasil, mas também em diversos países, como já ocorre, a fim de se buscar um sistema penal menos elitista, seletivo e menos insensível à realidade do homem e da sociedade.

Nesse diapasão, resta nítido que a concretização do Princípio da Cculpabilidade iria, efetivamente, minorar os efeitos devastadores da exclusão social, bem como da seletividade e estigmatização que o direito criminal hodierno proporciona.

Assim, entendemos que a utilização efetiva da Teoria supracitada seria o resultado do reconhecimento da corresponsabilidade estatal em relação a alguns delitos praticados por certos agentes, dividindo a culpa entre o sujeito e o ente estatal, sendo este responsabilizado indiretamente. É evidente que essa divisão de culpa deve ser feita com cuidado para que não ocorra inversão de papéis entre o Estado e o criminoso.

Por fim, devemos elucidar que a Teoria da Cculpabilidade deve ser aplicada com a máxima cautela possível por parte dos magistrados, devendo se fazer uma análise de cada caso concreto para que se verifique se realmente o Estado foi, naquele determinado caso, negligente em relação aos seus deveres e, se em razão dessa omissão, houve um crime praticado por determinada pessoa, crime este que esteja intrinsecamente ligado à omissão. Portanto, deve haver uma ponderação na aplicação da Teoria por parte dos juízes para que ela possa, efetivamente, minorar os efeitos das mazelas socioeconômicas, aplicando-se de pronto a Cculpabilidade em determinadas situações com fulcro na atenuação genérica do artigo 66 do Código Penal sempre buscando reduzir ou minimizar os efeitos da seletividade penal e da estigmatização social que causa às classes de menor poder aquisitivo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista CCJ/UFSC, nº 30, 1995.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Renavan: Rio de Janeiro, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Trad. Álvaro Búnster. 4ª Ed. Siglo Veintiuno Editores, 1993.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª. ed. EDIPRO: Bauru, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

BRASIL. *Código Penal* (1940). Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. D.O.U. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Quartier Latin: São Paulo, 2006.

BOLDRINI, Luan Campos. *Da coculpabilidade penal*. Ano 18, nº 3794. Jus Navigandi: Teresina, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25909>. Consultado em: 16 de Maio de 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª Ed. Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do advogado: Rio Grande do Sul.

CERQUEIRA, Josemar Dias. *Dosimetria da Pena: História e Direito Comparado*. 2007. Disponível em: <http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=83>. Consultado em: 13 de Maio de 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Freitas de Bastos: Rio de Janeiro, 2005.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Almedina: Coimbra. 2001.

DELMANTO, Celso, et al. *Código Penal Comentado*. Saraiva: São Paulo, 2010.

ESPINOZA, Manuel V. *Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo*. Ano III, número 9 – Out-Dez. Revista Jurídica Cajamarca: Peru, 2002. Disponível em: <http://www.ceif.galeon.com/Revista9/penal.htm>. Consultado em: 17 de Maio de 2014.

FERRAJOLI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2.ª reimpressão. Coimbra Editora: Coimbra, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicidade e a Culpa*. In: Centro de estudos judiciários (org.). *Jornadas de Direito Criminal*, I, 1983.

FIERRO, MARTÍN; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5ª Edição. Renavam: Rio de Janeiro, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Tradução de Vera Lúcia de Avellar Ribeiro. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997. Pág 509.

GOMES, Luiz Flávio. *Sexo, poder, dinheiro e rolex. Renan, Mônica, Mendes Junior e Luciano Huck*. Ano 13, nº 1651. Jus Navigandi: Teresina, 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10832>. Consultado em: 28 de Fevereiro de 2013.

GONZÁLEZ, Paola Andrea Tabilo. *Análisis Dogmático y Jurisprudencial de la Atenuante de Irreprochable Conducta Anterior del Delincuente*. Chile: Santiago, 2009. Disponível em: [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo\\_p/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-tabilo_p/html/index-frames.html). Consultado em: 12 de Maio de 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I Saraiva: São Paulo, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas: anotações a Lei 9.714/98*. 2ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

LINHARES, Raul Marques. *Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social*. IBCCRIM – Boletim 252. Novembro de 2013.

MACHADO, Costa, et al. *Constituição Federal interpretada*. Manole: São Paulo, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. Quartier Latin: São Paulo, 2010.

MARAT, Jean-Paul. *Plano de Legislação Criminal*. Trad. João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Impetus: Rio de Janeiro - Niterói. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Almedina: Coimbra, 2005.

GOMES, Eduardo Lipus; MORAES, Daniel Cardoso. *Reinterpretando a Co-culpabilidade no Estado Social de Direito brasileiro*. CONPEDI: Uberlândia, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

PINTO, Simone Matos Rios. *O Princípio da Coculpabilidade Em uma Análise Garantista do Direito Penal*. Belo Horizonte, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra Editora: Coimbra, 1994.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português*. Boletim do Ministério da Justiça. nº 380. Lisboa, 1988.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. Instituto brasileiro de Ciências Criminais. IBCCRIM: São Paulo. nº 11, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Temas fundamentais de execução pena*. Revista brasileira de ciências criminais. IBCCRIM. nº 24. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2ª Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2002.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro*. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2ª Ed. Método: São Paulo, 2010.

ROSA, Emanuel Motta da. *Aspectos da co-culpabilidade no direito penal brasileiro*. 2013. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/30/aspectos-da-co-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro/>. Consultado em: 05 de Abril de 2014.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

s.a. *Revista de Direito Penal*, nº 24, Janeiro-Dezembro. Forense: Rio de Janeiro, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Freitas de Bastos: Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, João Carlos Carvalho. *Delineamentos Teóricos para a compreensão do Princípio da Co-culpabilidade no Marco de uma Hermenêutica Jurídica Alternativa*. CONPEDI: Fortaleza, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª Ed. Editar: Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El sistema penal y el discurso jurídico. In: *La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones*. Fabian J. Di Placido: Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 10ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Imprenta: Buenos Aires, Hammurabi, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1986. Pág 59. *Apud* CARVALHO, Salo de. Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). *A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial*. Livraria do advogado: Rio Grande so Sul.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Ediar: Buenos Aires, 1973.