

## BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA TEORIA DA COCULPABILIDADE E SUA (POSSÍVEL) APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

ANDRÉ KABKE BAINY<sup>1</sup>; CAUÊ MOLINA ANDREAZZA<sup>2</sup>; NIKOLAI BEZERRA FRIO<sup>3</sup>; GUILHERME CAMARGO MASSAU<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – andrebainy@hotmail.com

<sup>2</sup> Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – andreazzacaue@gmail.com

<sup>3</sup> Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – nikolai\_bezerra@hotmail.com

<sup>4</sup> Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – uassam@gmail.com

### 1. INTRODUÇÃO

A ideia do presente trabalho surge a partir da intersecção de, pelo menos, dois ramos do pensamento jurídico – a teoria do Estado e o direito penal – e objetiva, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, fazer uma breve reflexão acerca de dois pontos centrais da organização social moderna, quais sejam, as circunstâncias do cometimento do crime e as consequências advindas de tais circunstâncias. Com a finalidade de atingir tal propósito, será apresentada a Teoria da Culpabilidade, e evidenciada a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, muito embora inexista expressa previsão legal.

Sem falso pieguismo ou radicalismos garantistas, resta cristalino que vivemos em um país que pune, acima de tudo, aos pobres, e que possivelmente o bem jurídico mais valorizado seja o patrimônio – até mesmo se comparado com a vida (SANTOS, 2009). Tal realidade, aliada às desigualdades e falta de oportunidades, poderia justificar uma divisão da culpa pelo cometimento de um crime para com toda a coletividade? Ou tal medida se apresentaria como precipitada e exacerbada justificativa para o cometimento de futuros delitos?

O crime pode ser definido como um fato humano que lesa ou ameaça bens jurídicos penalmente relevantes (ROXIN, 2009), sendo que para a teoria moderna do crime, seus elementos formadores são: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (TOLEDO, 2001).

Tendo em vista que o objeto do presente estudo está intimamente ligado ao último desses elementos, por culpabilidade entendemos o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Ou ainda, nos dizeres de GOMES; MOLINA (2007), “*é o juízo de valoração (reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o direito)*”. Dita conceituação traz à tona a ideia de que um fato delituoso só pode ser imputado a alguém se o mesmo possui discernimento acerca de tal fato e suas consequências, e se é capaz de autodeterminar-se em conformidade com o ordenamento jurídico.

Daí, analisando um dos vieses da culpabilidade, questiona-se se referida capacidade de imputabilidade pode ser dividida com a coletividade.

O que a doutrina chama de culpabilidade caracteriza-se como uma construção teórica na seara penal, criminológica e filosófica, que teve seu provável início no pensamento de Jean-Paul Marat. Dito pensador, na formulação de sua teoria política contratualista, acreditava na viabilidade da aplicação das penas somente quando a sociedade (e sua organização) fosse justa. Havendo desigualdades oriundas da própria organização social, seria lícito ao indivíduo – que não havia contribuído para a desigualdade – quebrar com o contrato social, não podendo ser responsabilizado pelas consequências de tal quebra.

Posteriormente, referida teoria ganhou peso com o discurso de ZAFFARONI e PIERANGELI (2004), ao afirmarem que a organização social nunca será viabilizadora de uma perfeita ordem e equilíbrio, desigualando a distribuição das

oportunidades. Por conseguinte, tais causas desigualadoras –externas ao indivíduo – acarretariam aos prejudicados um menor âmbito de autodeterminação. Logo, não seria possível responsabilizar tão somente o indivíduo, devendo a própria sociedade arcar com a (co)culpabilidade.

Tendo em vista não haver no Código Penal Brasileiro disposição expressa albergando dita teoria como causa excludente da culpabilidade, surge a controvérsia a respeito de a mesma ter (ou não) aplicabilidade no Brasil. Nesse diapasão, consoante lembrado por GRECO (2012), de imediato se verifica a impossibilidade de que os outros indivíduos do corpo social cumpram um pouco da pena a ser aplicada. Assim, as duas possibilidades restantes seriam: (a) absolvição do agente, dependendo da situação de exclusão social que se encontrava e do quanto isso refletiu como motivo ao cometimento do crime; (b) atenuação da pena, por intermédio da aplicação do disposto no art. 66 do Código Penal<sup>1</sup>.

A primeira hipótese – absolvição do agente – se sustentaria como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, arguindo-se a inexigibilidade de conduta diversa daquela praticada pelo agente. Partindo-se da uníssona ideia de que a culpabilidade só pode ser imputada a alguém quando o mesmo podia agir em conformidade com o direito e assim não o fez, faz-se possível a ampliação do conceito de exigibilidade em face das circunstâncias do caso concreto. Já a segunda – redução da pena – se sustentaria como circunstância atenuante inominada, como já mencionado. Desse modo, conforme ensina Cristiano Rodrigues (2009 apud. GRECO, 2012), a teoria da coculpabilidade seria instrumentalizada no ordenamento jurídico pátrio, influenciando-o a uma direção mais garantista, humana e isonômica.

Entretanto, como se pode verificar, trata-se de entendimento ainda minoritário. Nesse sentido, como crítico ferrenho da corrente doutrinária em comento, NUCCI (2005) afirma que, embora seja inegável o déficit social oriundo da não atuação estatal, é inconcebível que daí nasça uma justificativa plausível o suficiente para amparar o cometimento de delitos. Afirma, ademais, que se assim o fosse, dever-se-ia atribuir a coculpabilidade a todos que de alguma maneira contribuíram para a prática do delito, “como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala” e etc., vulgarizando a atenuante do art. 66, CPB.

## **2. METODOLOGIA**

A metodologia utilizada para a elaboração do presente estudo consistiu em uma análise que combinou as principais fontes do direito: norma, jurisprudência e doutrina.

Inicialmente, procedeu-se uma análise dos dispositivos pertinentes do Código Penal pátrio, em especial os relativos à aplicação da pena (arts. 59 a 68).

Após, fez-se uma revisão bibliográfica que denotou diferentes e antagônicos posicionamentos doutrinários sobre a temática.

Por fim, analisou-se julgados de quatro diferentes tribunais (TJ/RS, TJ/SP, TJ/MG e TRF5) que abordaram, de alguma forma, a temática proposta.

## **3. RESULTADOS E DISCUSSÃO**

---

<sup>1</sup> Art. 66: A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Como se pode denotar na explanação introdutória, as argumentações acerca da teoria variam em sentidos diametralmente opostos entre si. E natural que assim o seja, porquanto tratar intimamente de matéria cujo cunho adentre no campo da filosofia política, da filosofia do direito, da política criminal, e da própria ideologia daquele que a analisa.

Da mesma maneira, no que tange à aplicação, por nossos tribunais, da teoria da coculpabilidade, verifica-se que a mesma apresenta uma forte resistência, haja vista prosperar, na maioria das vezes, a tese defendida por Nucci, concluindo não ser justificável ao cometimento da infração a vulnerabilidade social do agente<sup>2</sup>, tampouco ser possível a punição de toda uma coletividade pela prática de um delito cometido por um único agente delituoso<sup>3</sup>. Ademais, é de forte relevância para a sua não aplicação o fato de o dito princípio não estar expressamente positivado, haja vista o risco de serem cometidos abusos por parte dos julgadores.

Todavia, não obstante seja posição absolutamente minoritária, é possível encontrar-se exemplos de sua aplicação<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. 1. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS CONFIGURADO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE, EM REGRA, COMO PROVA. (...). 2.3. **COCULPABILIDADE DO ESTADO OU SOCIEDADE. Inadmissibilidade da coculpabilidade do Estado ou da sociedade como circunstância hábil para reduzir a pena.** A tese da coculpabilidade da sociedade é insuficiente em diversos aspectos: (a) inviabilidade da evocação da baixa instrução como causa do crime, porquanto notório que o delito permeia todos os segmentos sociais; (b) impossibilidade de delimitar um menor poder punitivo para os menos letrados e um maior para aqueles com o mais alto grau acadêmico, gerando um direito penal a duas velocidades; (c) ignora o problema da seletividade criminalizadora do poder punitivo sobre a população (...). NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (fragmentos do ementário da Apelação Crime Nº 70037247806, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 24/02/2011) (grifo nosso).

<sup>3</sup> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) **PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. ATENUANTE DO ART.66 DO CÓDIGO PENAL. A alegada atenuante da co-culpabilidade não merece ser reconhecida, por falta de previsão legal e porque a hipótese ventilada não se trata de circunstância relevante a ponto de provocar a redução da pena pelo art.66 do Código Penal. Não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois presente o crime em todas as camadas sociais.** (...) APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. (fragmentos do ementário da Apelação Crime Nº 70050297530, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 10/10/2012) (grifo nosso).

<sup>4</sup> PENAL. CRIME TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, PARÁGRAFO 4º, I, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E 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. (...) **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.** (...) .Apelação parcialmente provida, decretação da extinção da pretensão executória pela detração. Data da Decisão 17/02/201118. (fragmentos do ementário do Processo ACR 00005328120104058201, ACR - Apelação Criminal – 7868, Relator(a) Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, TRF5, 1ª TU, DJE - Data::25/02/2011 - Página::193 Decisão Unânime) (grifo nossos).

#### 4. CONCLUSÕES

Pelo que se pode depreender dos entendimentos divergentes, verifica-se que ambos argumentos encontram, ao menos em alguns aspectos, respaldo no ordenamento jurídico pátrio – fato que não ensejaria uma insegurança jurídica, haja vista ser necessária uma detida análise do caso concreto para valorar-se a possibilidade, ou não, da aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica da pena. Acaso verificada a situação de vulnerabilidade, apesar de ainda não ser o entendimento preponderante, acredita-se que a mesma pode ser levada a efeito, até por tratar-se de medida de política criminal necessária à realidade social vivida pelo país atualmente.

Isso porque tais questionamentos remetem a outros, de natureza político-criminal, que não devem ser esquecidos ao se travar um debate acerca da temática.

Com efeito, sabido é que o encarceramento traz conseqüências gravosas ao indivíduo, mas, também, à sociedade. Os estabelecimentos prisionais, comumente chamados como “universidades do crime”, não dão conta por si só de alcançarem os objetivos da pena (retribuição, ressocialização, prevenção geral, etc.).

Inegável que se deva punir. Todavia, necessário é que se questione: “a quem punir”; “o que punir” e o “como punir”.

Nessa senda, a culpabilidade, enquanto fundamento e limite para a imposição e a mensuração de penas – que fornece ao julgador, ao considerar as diferenças de cada acusado, a possibilidade de realizar em concreto, pelo fato cometido, a justiça distributiva (BOSCHI, 2006) -, pode, e deve, ser encarada também sob a ótica da coculpabilidade, até para que não sejam perpetuadas situações de criminalização e exclusão.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, J. A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, L. F. e MOLINA, A. G. P. de. **Direito Penal: parte geral: v. 2**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

NUCCI, G. de S. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

TOLEDO, F. A. de. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.