

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA TEORIA DA COCULPABILIDADE PENAL E A SUA CONTEXTUALIZAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

STATE RESPONSIBILITY FOR THE THEORY OF CRIMINAL CO-CULPABILITY IN
THE CONTEXT OF FOREIGN LAW

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE LA TEORÍA DE PENAL DE LA CO-
CULPABILIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO EXTRANJERO

Paulo Henrique Souza FREITAS¹

SUMÁRIO: 1. Origem da Teoria; 2. A Teoria da Culpabilidade e a realidade Brasileira; 3. Visão crítica; 4. No Direito Estrangeiro; 5. A Culpabilidade e a mediação da pena; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é a breve exposição sobre a Teoria da Culpabilidade Penal, muito utilizada no ordenamento jurídico latino-americano, a qual trata acerca da possibilidade de atenuação da pena imposta ao infrator por este não conseguir se autodeterminar de maneira diversa em situações extremas, devido à ineficácia estatal em várias áreas da sociedade ou, de maneira implícita valorar sua culpabilidade em virtude de condições pessoais, sociais e econômicas do agente. Essencial para o entendimento desta teoria se faz a exposição de alguns princípios básicos e fundamentais do Direito, para que então seja possível a contextualização deste tema no Direito estrangeiro. Sempre com uma visão crítica e direta sobre o tema, demonstra-se que a Culpabilidade muitas vezes deve ser relativizada e até mesmo invertida. E, ante o exposto cumpre demonstrar a possibilidade de aplicação da Teoria no Brasil, finalizando com um enfoque político sobre o tema no que tange a responsabilização estatal.

ABSTRACT: The aim of this paper is a brief presentation on the Theory of Criminal Culpability. It is widely used in Latin American legal system, which addresses the

¹ Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica PUC/São Paulo. Professor da graduação e pós-graduação na Universidade Estadual do Norte do Paraná – Campus de Jacarezinho da UENP. Advogado. Artigo submetido em 15/01/2014. Aprovado em 05/03/2014

possibility of mitigating the sentence imposed on the transgressor for being unable to self-determine differently in extreme situations due to state inefficiency in many areas of society or implicitly value his/her culpability because of personal, social and economic conditions of the agent. To understand this theory, it is essential to expose some basic and fundamental principles of law, so that it is possible to contextualize this issue in foreign law. With a critical and direct view on the topic, it is demonstrated that the Co-culpability must often be relativized and even reversed. In view of the above, it is demonstrated the possibility of applying the Theory in Brazil, ending with a political focus on the issue regarding state accountability.

PALAVRAS-CHAVE: Coculpabilidade. Responsabilização do Estado. Autodeterminação do infrator. Direito Internacional. Exclusão Social

KEYWORDS: Co-culpability. State Responsibilization. Self-determination of the transgressor. International Law. Social Exclusion

1 ORIGEM DA TEORIA

Dentro de um estado democrático de direito é preciso estabelecer normas e preceitos jurídicos condizentes com a realidade fática da sociedade atual para que desta maneira se estabeleçam punições adequadas, ou ainda melhor, normas que visem prevenir que ocorram delitos. A Teoria da Coculpabilidade pode ser vista como uma dessas alternativas criadas pelo legislador para a aplicação de uma pena mais justa, conforme assevera Eduardo Luiz Santo Cabette, em seu artigo sobre o tema:

O chamado "Princípio da Co-Culpabilidade" aponta para a necessidade de avaliar nos casos concretos o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminosa. Quando o espaço decisório do agente encontrar-se muito limitado pelas suas condições sócio-econômicas, impõe-se um reconhecimento pela sociedade e pelo Estado de certo grau variável de co-responsabilidade pela conduta delituosa a que em parte foi o autor impelido por tais condições adversas. A grande consequência é que a reação penal nesses casos deve ser abrandada, senão até mesmo afastada, dependendo, como antes destacado, do grau maior ou menor de condicionamento provocado pelo "status" sócio-econômico do agente. (2008)

O que visa a Teoria da Coculpabilidade é uma dessas alternativas para melhor aplicação do Direito Penal punitivo correlacionada a uma política social eficaz, na qual se atribui uma parcela de "culpa", ou seja, de responsabilidade ao Estado por não cumprir com os direitos e garantias fundamentais para todos, produzindo, assim, resultados diferentes em virtude do comportamento de pessoas criadas sem condições e expectativas mínimas de dignidade.

Para alguns os vestígios de sua origem decorrem do Direito Penal socialista,

nos primórdios do século XX. Jean-Paul Marat, médico nascido na Suíça, em 24 de maio de 1743, criou as primeiras idéias sobre a Teoria da Culpabilidade quando se dedicou inteiramente a política, às vésperas da Revolução Francesa, sempre com trabalhos sociais e ligados às idéias antioligárquicas, mostrou e intitulou àqueles que estavam no poder como Inimigos do Povo, fazendo um trocadilho com o nome de seu jornal “*L’Ami du peuple*”, isto é, O Amigo do Povo. (PIERANGELI; ZAFARONI, 1999, p. 611 e GUIMARÃES, 2010).

Também relacionado a este entendimento surgiram as idéias marxistas que interligaram o Direito, o Estado e a Religião, a fim de extinguir as desigualdades que ocasionaram o início de pensamentos e idéias capitalistas. (MOURA, 2006, p.42).

Neste contexto, existem entendimentos de que as idéias que deram origem a culpabilidade nasceram antes de Marx, juntamente com as idéias iluministas do século XVIII, “entendemos que o princípio da co-culpabilidade está diretamente ligado ao surgimento do Estado Liberal, bem como às idéias iluministas consagradas no século XVIII, malgrado existir opinião diversa”. Assim relata Grégoire Moreira de Moura

As idéias deste princípio teriam surgido com os estados liberais, através dos quais surgiram, em virtude de um controle falho. Referidas idéias que geraram um descontentamento e uma direcionalização do Direito para controlar as classes menos favorecidas. (MOURA, 2006, p.42).

Tais idéias trazidas no contexto do Estado Liberal podem ser traduzidas também no entendimento de Intervenção Estatal que está de certa forma atrelado à todos os reflexos sofridos pela sociedade no que tange a economia e os resultados sociais de todas as condutas do Estado. (SCAFF, p.83)

A liberdade trazida nessa época trouxe ao contexto social economias que favoreceram monopólios e oligopólios, o que por sua vez descentralizou o poder estatal e colaborou com a desestabilização da economia, desencadeando assim a estocagem e o desemprego e conseqüentemente mais marginalização, que é a origem do problema social sobre o qual paira a idéia intrínseca da Teoria da Culpabilidade.

Porém, hoje, o estudo dessa teoria pretende trazer maiores informações como forma de desenvolver o conhecimento e tentar, ainda que de forma inicial, relativizá-la a fim de permitir maior aproximação com a realidade do Direito nacional, buscando melhorias para o sistema penal brasileiro.

A idéia principal esculpida na Teoria da Culpabilidade surge no campo do Direito Constitucional, uma vez que criado um estado democrático é necessário que os direitos fundamentais sejam plenamente concedidos a todos igualmente. No entanto, a realidade fática do Brasil é diversa do que prega a Constituição Federal, pois é nítida a exclusão de muitos em virtude da pobreza, da desigualdade e do difícil acesso aos direitos básicos, como: saúde, alimentação e moradia.

Sendo assim, superficialmente, a culpabilidade compartilhada, como é chamada por Guimarães, compreende na atribuição de uma parcela de culpa (*lato sensu*) ao Estado sobre a omissão em prover aos cidadãos seus direitos fundamentais. (GUIMARÃES, 2010, p. 35).

Principalmente, por ter sido originada no século XVII, a teoria deve ser muito bem analisada e adaptada para a sociedade atual, uma vez que as desigualdades estão claramente insuperáveis em nosso dia-a-dia, lembrando cada vez mais a igualdade jurídica de Rui Barbosa, em sua obra Oração aos Moços (1999, p.26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real

A semelhança do contexto abordado por Rui Barbosa com a realidade atual, ressalvadas as diferenças pertinentes de cada período devido a política e a economia, ainda assim é possível estudar as relações e os problemas sociais dentro de teorias seculares, muitas vezes sendo estas melhores do que o sistema atual.

2 A TEORIA DA COCULPABILIDADE E A REALIDADE BRASILEIRA

A aplicação do Direito é defeituosa no Brasil, repleto de impunidades, injustiças, e principalmente morosidade. Não há como se falar em princípios e teorias sem que se coordene e mostre claramente a raiz desta vasta complexidade de erros. De maneira ilustrativa, é possível compreender a real intenção da coculpabilidade em face de situações corriqueiras que colaboram para esse Direito insatisfatoriamente praticado. (GUIMARÃES, 2010, p.36).

É de se supor que todos os cidadãos tenham acesso aos direitos básicos, como: moradia, saúde, alimentação, educação e trabalho digno mesmo que em classes sociais diferentes mas, com o amparo necessário para cada caso concreto, fruto de uma sociedade que visa o lucro de forma bem organizada, sem pobreza e sem injustiças. A diferença deveria ser somente fruto de conquistas pessoais pois, é inevitável que não exista diferença social em um país capitalista.

Existindo um sistema básico de saúde organizado não seriam necessárias longas filas de espera em hospitais, pois, todos teriam acesso. A renda deveria figurar em um gráfico em forma de trapézio e não de triângulo no qual uma “microminoria” goza de luxo excessivo e a grande maioria mal paga os impostos. Sendo assim, todas as fases da vida deveriam ser corretamente vividas e desenvolvidas por todos.

Esta idéia acima abordada pode ser confundida com um discurso socialista; no entanto, trata-se de um discurso democrático onde se espera uma sociedade capitalista organizada, com renda bem distribuída. Pode ainda ser considerado utópico e idealista. Entretanto, não há como se falar em soluções sem que se perceba que a origem do problema está no contexto da diferença social.

Tal descompasso social pode ser explicado também pelos aspectos políticos que engradaram tal reflexos jurídicos, pois com a visão de Intervenção do Estado de Fernando Scaff, no entanto ainda que se espere é necessário salientar que a intervenção do estado na economia não serve como meio socializante, na maioria das vezes ela tão apenas fomenta a economia de acordo com interesses capitalistas e políticos, e novamente aumentando e também não solucionando o problema das classes inferiorizadas, e propensas ao cometimento de crimes.

Há diversas maneiras de se classificar a Intervenção Estatal, e

consequentemente é importante lembrar que em sua maioria, ainda que ligadas à economia geram reflexos em todas as áreas sociais, quais sejam: os impostos, a dívida pública, a política orçamentária.

É compreensível que para aquele que vive à margem dos direitos fundamentais e desta economia veloz e injetada pelo Estado e pelo fomento do mercado, para aqueles que não tem o mínimo necessário para sobreviver, é natural que se sintam predispostos a cometerem ilícitos a fim de quererem o que lhe é de direito. Obviamente que um latrocínio não justifica a “fome” do criminoso, no entanto, se não houvesse fome não haveria roubo seguido de morte. E daí, sim, passaríamos para um Direito Penal subjetivo, e de intervenção mínima, no qual as pessoas cometeriam crimes por motivos outros, e não por falta de opção.

Como já explicado a coculpabilidade extraí-se de um contexto social, regado de desigualdades e incoerências, existindo para sanar um erro maior, um erro de política pública, de má administração e de falhas governamentais.

Imaginar um contexto isento de desigualdades sociais no qual as leis funcionariam como medidas preventivas e orientadoras para o convívio social é algo utópico aos olhos da atual realidade, sendo que atualmente, as leis apenas funcionam como medidas punitivas, sem qualquer grau de reinserção do indivíduo à sociedade, usadas apenas para agravar e até marginalizar ainda mais aquele infrator, salvo raras exceções de centros de reabilitação bem administrados.

Transportar a culpa do réu para o Estado, por este não ter dado condições básicas de vida para o indivíduo, é muito mais fácil do que construir escolas, dar emprego digno e direito a moradia sadia a todos sendo na maioria das vezes moroso e fonte de desvio de dinheiro público, e que só não ocorrem por falta de planejamento econômico que novamente retrata a falha da intervenção estatal na sociedade, ou seja, a intervenção econômica não está diretamente condicionada aos fins sociais.

No entanto, a corresponsabilidade do Estado, já vem sendo aplicada de maneira analógica em nosso ordenamento².

Nessa linha, Carla Rodrigues Araújo de Castro, em seu artigo sobre o tema, descreve perfeitamente a tese, *in verbis*:

Co-culpabilidade se traduz na responsabilidade conjunta do Estado sobre os atos praticados por seus cidadãos. Em sendo o Estado também responsável pela conduta de seus membros, natural que com eles divida o encargo imposto pela lei, assumindo sua parcela de culpa e, assim, diminuindo a pena a ser imposta para o autor do delito. (2005, s/p)

Desta forma então, a coculpabilidade deveria se encaixar numa causa de exclusão supralegal da culpabilidade, agindo como uma *mea culpa*, utilizada como uma atenuante genérica para que não se deixe de punir o infrator mas também como

² Como trouxe à luz o Excelentíssimo Juiz de Direito Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, em sua Sentença do processo nº 14.426, da 4ª Vara Criminal de Niterói, a coculpabilidade é a medida que temos em mãos para que o Estado sofra uma “punição” pela sua falta de responsabilidade igualitária para com todos os cidadãos.

forma de chamar atenção para a responsabilidade ao Estado. Este tipo de medida só pode se adequar como uma medida de urgência, que nada mais demonstra além da falta de controle político e social.

A necessidade de melhoria de diversos setores de estruturação do Estado pugna por medidas que apontem a sua falha como detentor do poder e controle social, porém não existem meios, pelo menos em curto prazo, de tornar desnecessárias medidas como a da Teoria da Cculpabilidade. E para tanto é necessário entender como que ela pode ser aplicada em nosso ordenamento, e qual a sua real efetividade, e mesmo se tratando de um princípio implícito como trata Grégore de Moura, como adequá-lo para o Direito Penal de forma, explícita.

Sendo que a base para tal adequação do Estado à uma política que não exige medidas como a presente, o que de fato seria uma Intervenção Estatal funcional que possibilitasse melhorias para todos os setores sociais, pois a base para todos os problemas sociais encontra-se coligada à Economia como um todo.

Valendo lembrar e relacionar o conceito de cculpabilidade com a Responsabilidade Penal, qual é muito bem definida na obra de Scaff, leia-se:

Já a responsabilidade penal envolve, como toda responsabilidade jurídica, um dano. A diferença é que esse dano é de ordem social, pois fere a paz social, a despeito de muitas vezes apenas um indivíduo ter sido atingido. O agente ativo da responsabilidade penal é a sociedade, corporificada no Estado, que exige a reparação daquela infração cometida contra o todo social. (SCAFF, 1990, p.123)

Ou seja, a responsabilidade penal, está vinculada uma ordem social que é de total responsabilidade do Estado e conseqüentemente deve ser preservada por este, porém se o mesmo não encontra meios sequer para suprir as necessidades básicas dos indivíduos não poderá puni-lo por conseqüência daquilo que lhe faltar.

A cculpabilidade, se não bem instituída, pode servir como medida de demagogia pois, de que adiantaria somente a pseudo-punição do Estado, sem que o problema seja resolvido em sua raiz de maneira eficaz a fim de não ser necessário, no futuro, o uso de medidas como esta. O contexto para que ela não seja necessária é ilusório em face da sociedade atual, sendo que se entende que a teoria não teria valia se pudesse partir de um princípio de que todos são iguais, e possuem os mesmos meios sociais e as mesmas condições de auto-determinação em face desses contextos socioeconômicos.

Portanto, é necessário compreender a real intenção e a crítica presente em tal teoria. Enquanto não existe um estado democrático de direito propriamente dito, com todos os seus requisitos constitucionais, medidas como a prevista na presente teoria podem sim, ser de muita ajuda desde que não estagne a melhoria do Poder Público para a sua não necessidade de aplicação.

3 VISÃO CRÍTICA

Diariamente, o que se extrai dos jornais, revistas, telejornais e rádios são

condutas criminosas, desde mortes, tráfico, roubos, caos, até pequenos furtos, acidentes de carros. E dentre essas notícias depara-se com a mais pura ineficácia estatal, ou seja, governamental, pois tudo se resume na falta de prestação de serviços básicos que se tenta corrigir com medidas de repressão e não de prevenção.

E é exatamente nesse contexto que se insere a crítica aqui abordada no que tange a Teoria da Culpabilidade, uma vez que esta serve tão apenas como uma dessas medidas de repressão, pois só atua após do ilícito ter sido cometido, não prevendo nenhuma punição concreta ao Estado.

Havendo a ineficiência pública, é impossível que não exista correlação entre o meio social com a formação íntegra e cultural do indivíduo; todos são levados a tomar decisões e a conquistar seus triunfos na vida de acordo com aquilo que lhe é passado por valores e costumes³.

Desta forma nada mais justo que o Estado figure como elemento configurador do nexos causal para suas condutas omissivas pois, conforme preleciona a Constituição Federal, o Estado tem o dever normativo de dar vida digna a todos. Sobre tais deveres sociais, John Rawls assevera (1997, p. 5):

[...] o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes

³ Veja o paradoxo feito por Carla Rodrigues Araújo de Castro em seu artigo científico (CASTRO, 2005, p.47):

Cena 1 – São Paulo:

Suzane Louise Von Richthofen idealizou e participou do assassinado de seus pais. O crime chocou todo o país.

Cena 2 – Beverly Hills/Los Angeles:

Winona Ryder furtou cerca de 20 mil dólares em roupas de uma loja de departamentos.

Cena 3 – Rio de Janeiro:

Jovem universitário, morador de condomínio de luxo na Barra da Tijuca, furtou toca-fita e aparelho de CD player da garagem de seu prédio.

Cena 4 – São Paulo:

Juiz Nicolau dos Santos Neto desvia verbas da construção do prédio do TRT de SP.

Cena 5 – Nova Iguaçu:

Desempregado assalta ônibus.

Cena 6 – Favela da Rocinha/Rio de Janeiro:

Jovem é preso por tráfico. Detido, confessou que ganhava 50 reais por cada “carga” vendida.

Cena 7 – Av. Presidente Vargas – Rio de Janeiro

Jovem, 18 anos, morador de rua, furta aparelho celular e carteira de pedestre.

Cena 8 – Caxias:

Aumento da passagem de ônibus provoca tumulto. Ônibus é apedrejado e queimado. Motorista saiu ferido.³

Como se pode observar, as cenas citadas demonstram diversos delitos que friamente analisados não estão de acordo com a lei e são inaceitáveis para o senso comum, nada justificaria a prática de um crime se a pessoa tivesse como não fazê-lo. No entanto, pode-se observar que nas quatro primeiras cenas os agentes tinham todo o suporte e ensinamento moral e, acima de tudo, a não necessidade de cometer tais crimes. Já nas quatro últimas todos os agentes estavam sob grave pressão psicológica, desestruturados, desamparados pela vida indigna e sem perspectiva de um futuro melhor, roubando para sobreviver e se revoltando com a administração corrupta.

da cooperação social.

Tais direitos devem ser cobrados, principalmente por serem de única e exclusiva monopolização do Estado, o qual substitui a sociedade, proibindo sua atuação ou somente compartilhando com ela certas atividades. Porém, sempre o Estado estará acima da sociedade e recebendo tributação excessiva e suficiente, desde que bem distribuída, para uma prestação de serviços públicos eficazes.

4 NO DIREITO ESTRANGEIRO

Por outro lado, vale salientar também que a coculpabilidade pode ser vista de maneira inversa pela legislação latino-americana, de forma a também agravar a pena do agente quando este se encontrar em condições contrárias àquele indivíduo que fora excluído da sociedade por não ter tido a mesma atenção do Estado, ou seja, aqui se retrata uma das situações ensejadoras deste princípio, são aquelas condutas em que o crime é cometido por sujeitos totalmente capazes de identificar e de não se comportar de acordo com a conduta criminosa, por terem acesso a todos os direitos fundamentais básicos, ou até além do que seria preciso para viver. Destacam-se dessa forma os delitos conhecidos por “crimes de colarinho branco”, ou seja, crimes tributários, conforme salienta Moura:

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social. (2006, p.46)

Em alguns países, como: Argentina e Costa Rica, esta teoria às avessas encontra-se definida por lei. Conforme se demonstrará adiante:

Artículo 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o 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 y 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 o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos**, la participación que haya tomado en 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 visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. (grifo nosso).

Ou seja, o artigo não demonstra somente a possibilidade de se avaliar para fins de beneficiar o agente, mas também o oposto, de maneira expressa permite a possibilidade de se agravar a conduta do agente, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

O mesmo ocorre com o Anteprojeto do Código Penal costarricense, como se pode observar a seguir:

Artículo 73: Principio de culpabilidad

La pena no podrá exceder los límites de la culpabilidad. Tanto para cuantificar como para seleccionar la pena de los delitos y las contravenciones, el juez tendrá especialmente en cuenta: La extensión del daño y del peligro provocados; **la calidad de los motivos que lo impulsaron a la conducta; la mayor o menor comprensión del carácter ilícito de la conducta**; las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta; **las condiciones económicas, sociales, culturales y personales del autor**; el comportamiento posterior a la conducta, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto o mitigar sus efectos; y las condiciones generales de la persona ofendida en la medida en que hayan influido en la comisión del delito o contravención. Las mismas reglas se aplicarán cuando se trate de las sustituciones tanto de la pena principal por una alternativa como de una alternativa por otra u otra. (grifo nosso).

Na legislação brasileira também se encontram disposições legais que podem prever indiretamente a coculpabilidade para agravar a punição dada ao infrator, como, por exemplo, na Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, artigo 76, inciso IV, *alínea "a"*:

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

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

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV - quando cometidos:

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

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

interditadas ou não;

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

Ou seja, nas infrações que forem cometidas contra os consumidores, será considerado um agravante a conduta praticada por servidor público, ou por pessoa que tenha condição econômica e social significativamente superior a da vítima. O mesmo ocorrerá para aquelas condutas previstas na Lei 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que trata sobre os crimes da economia popular, conforme preleciona o artigo 4º em seu parágrafo 2º:

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

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

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

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

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

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

I - ser cometido em época de grave crise econômica;

II - ocasionar grave dano individual;

III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - quando cometido:

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

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

Em face dessa análise comparativa e explicativa depreende-se do posicionamento de Moura, que a corresponsabilidade às avessas pode parecer uma forma clara de se demonstrar a igualdade material, entretanto, ele salienta que aceitar a teoria como uma maneira de agravar a pena do indivíduo confrontaria com o seu real objetivo. Leia-se:

Entretanto a co-culpabilidade como forma de agravação da reprovação social e penal irá de encontro às finalidades para as quais foi desenvolvida, resultando em uma extensão e revisão de seu conceito, bem como de seus aspectos doutrinários ou, quiçá, no seu total desenvolvimento. (2006, p. 47).

Ou seja, nesse entendimento, não se vê a coculpabilidade como forma de piorar a condição do infrator, tanto que a lei já preconiza esta possibilidade quando for o caso, por meio de agravantes ou causas de aumento de pena.

Em face do exposto, entende-se que a coculpabilidade às avessas, já é uma realidade presente em nosso ordenamento, bem como na legislação supramencionada assim como a coculpabilidade propriamente dita, se encarada como fator de aplicação (redução ou causa de aumento de pena se utilizada às avessas como permitiu Moura), ou então como causa de atenuação genérica da pena.

5 A COCULPABILIDADE E A MEDIAÇÃO DA PENA

A culpabilidade como elemento de mediação da pena, assim também definida pela doutrina, abarca o sentido de que a pena não poderá ser imposta sem estar em consonância com a conduta praticada pelo indivíduo, conforme definição extraída da pesquisa de José Carlos Carneiro de Oliveira:

Num segundo sentido fala-se em culpabilidade como elemento de determinação ou mediação da pena, isto é, como limite do poder punitivo estatal, impedindo que a pena seja imposta fora dos parâmetros legais e da própria idéia de culpabilidade. (2004, p. 288)

Vale salientar, também, que a culpabilidade, além de ser um fator delimitador do poder de punir do estado, permite que se entenda que a coculpabilidade pode ser uma limitante para aplicação dessa punição, tendo em vista o seu caráter social e individual. Para tal análise deve-se atentar para os artigos 29 e 59 do Código Penal bem como as fases da aplicação da pena:

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. [...]

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;
- 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 da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A Culpabilidade poderá aparecer exatamente nesta definição como um pressuposto de aplicação da pena imposta por um fato ilícito cometido pelo infrator, instituída por sua vez na primeira fase de aplicação da pena, ou seja, na pena-base, tendo em vista o conceito de culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena, em virtude de o comportamento do réu se enquadrar em um fato típico e antijurídico, porém sempre averiguando o caráter subjetivo da conduta qual seja o passado do infrator ou os motivos que o levaram a cometer aquele crime conforme prevê o artigo 59 do Código Penal.

É sob esta ótica que se encaixa a coculpabilidade da mesma maneira que culpabilidade aplicada em nosso ordenamento, não podendo ser vista como um elemento do crime, mas sim com uma circunstância do crime, encarando uma série de elementos na conduta e na vida do agente que puderam influenciar no ato por ele praticado, sempre atrelado à ineficácia estatal. Neste sentido, baseado nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, trata José Carlos Carneiro de Oliveira: “Fala-se em co-culpabilidade, que consiste na reprovação conjunta que deve recair sobre o Estado, tanto quanto acontece em relação ao agente, por não terem sido proporcionadas a todos as mesmas oportunidades da vida”. (2004, p.291).

Por outro lado, há entendimento que a Culpabilidade poderá ser aplicada na segunda fase da pena, ou seja, após terem sido analisadas as circunstâncias judiciais do crime na primeira fase, passaríamos para a avaliação das circunstâncias agravantes e atenuantes do crime, assim como fez o Exmo. Magistrado Geraldo Mascarenhas do Prado que inseriu, de maneira analógica e inovadora, a utilização desta teoria como causa de atenuação genérica da pena, nos termos do artigo 66 do Código Penal brasileiro:

Sendo assim, como avaliar a conduta de Marcos Paulo sem considerar o seu passado, a sua história, marcados por diversas infrações juvenis, para as quais o Estado cogitou de interná-lo no Educandário João Luís Alves. A internação do então adolescente não foi determinada à toa, mas sim com o propósito de servir-lhe como medida sócio-educativa, a teor do disposto no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (PRADO, 1993).

O caso em óbice trata de um crime de roubo, mediante violência ou grave ameaça com uso de arma e em concurso de pessoas, no qual um dos indivíduos fugiu com o aparelho de som da vítima, e o réu Marcos Paulo, foi condenado. Porém, o Juiz pode verificar que seu passado foi traçado com muita dificuldade econômica sempre com envolvimento em pequenos crimes, sendo que deveria ter sido internado no Educandário e não o foi. Em virtude dessa falha estatal o Juiz aplicou a seguinte medida:

No caso de Marcos Paulo, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do E.C.A., restringindo ainda mais o espaço social no

qual o acusado encontra-se situado, espaço esse que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. Pode-se exigir, destarte, um intenso juízo de culpabilidade? Não restou parcialmente prejudicada a exigibilidade de conduta conformada ao Direito?

Creio que nas circunstâncias o juízo de reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinqüente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal.⁴(PRADO, 1993).

Portanto, em diversos casos há a possibilidade de utilização da coculpabilidade como fator de redução da pena ou ainda, como uma causa de atenuação genérica da pena do infrator. Sempre em consonância ao conceito trazido pela doutrina no qual a culpabilidade é vista como elemento de determinação ou mediação da pena:

Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou mediação da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedido que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc.(BITENCOURT, 2003, p. 278).

Sob o exposto há como se verificar que o sistema permite a inclusão da coculpabilidade de três maneiras: na fase de aplicação da pena-base, bem como fator de redução da pena, seja como causa de atenuação genérica. Conforme o entendimento de culpabilidade em sua acepção de mediadora da pena, a coculpabilidade precisa dessa ligação entre a conduta e pena que virá a ser imposta, tendo por base o maior ou menor grau de reprovabilidade social da conduta incriminada. Mas, também poderá ser vista como uma atenuante ou agravante, e aplicada na segunda fase da pena, em virtude daquela conduta omissiva do estado, ou no caso de agravante em face da conduta imotivada praticada pelo infrator.

CONCLUSÃO

Chegando-se, portanto, à conclusão de que a Coculpabilidade já existe de maneira implícita no ordenamento jurídico brasileiro, e está apta a ser aplicada quando se entender necessário, seja de maneira analógica ou da maneira que se prevê a doutrina brasileira, como uma inexigibilidade de conduta diversa que traria um ensejo a culpabilidade como elemento da pena e a partir deste entendimento não se pode punir o autor em virtude de não estarem presentes os requisitos mínimos para o crime qual seja a culpabilidade.

E que se trata de uma conseqüência de um Estado Intervencionista, que

⁴ Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

não consegue suprir ou intervir em todas as áreas necessárias, nem ao menos controlar a economia fim de evitar tamanha desigualdade social, ou seja, trata-se um problema de cunho social, político e econômico.

A crítica que se traz é a de que a se existe uma análise social da conduta praticada pelo indivíduo, por que não atribuir-lhe uma pena reduzida conforme o caso, porém determinando uma conduta positiva do Estado em face dessa ineficácia propensa ao cometimento de crimes e marginalização da sociedade? De maneira a eliminar ou ao menos tentar eliminar uma falha estatal e assim não ser mais necessária a existência de medidas repressivas e não preventivas, e desta feita não banalizar o Direito Penal, tratando-o como deve um instituto de intervenção mínima, qual deveria ser utilizado somente em casos extremos.

Por fim, deve-se deixar claro que a presente teoria não funciona como uma solução plena para a diminuição da criminalidade, nem sequer tem essa pretensão, tanto é que reside neste ponto a crítica aqui já mencionada, uma vez que ela atua somente após o cometimento do delito. Na prática a teoria serve para uma utilização mais consentânea, corroborada com os princípios básicos e fundamentais esculpidos na Constituição Federal, pois é em face da Culpabilidade que o crime e o indivíduo são analisados a partir de uma visão mais próxima às circunstâncias reais e subjetivas que ensejaram o fato ilícito.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley nº 11.179, Código Penal de la Nación Argentina. *Información Legislativa*, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BACELAR, Tânia. *Políticas públicas no Brasil: heranças, tendências e desafios*. Disponível em: <http://www4.fct.unesp.br/grupos/gedra/textos/Texto1_politicas_publicas_no_br_TaniaBacelar.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Sociedade, desenvolvimento e liberdade. Conectando o pensamento econômico de Amartya Sen com o princípio jurídico-penal da culpabilidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1751, 17 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11167>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Co-culpabilidade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 47-51, jan./jun. 2005.

COSTA RICA. Expediente nº 11.871, de 14 de abril de 1998. Proyecto Del Código Penal de Costa Rica, **Université de Fribourg**, Friburgo, Alemanha. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_21.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2011.

COSTA RICA. Ley nº 4573, de 15 de novembro de 1970. Código Penal da Costa Rica. **Portal Ibero-americano de Justiça Electrónica**. Disponível em: <<http://www.piaje.org/PT/Docs/LegislationDocs/UNPAN030638%5B1%5D.pdf>>.

Acesso em: 30 abr. 2011.

FILHO, Libero Penello de Carvalho. A Segurança Pública e o Princípio da Reserva do Possível. **Academia Brasileira de Direito**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Constitucional>

Acesso em: 2 maio 2011.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada e os direitos humanos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 14, n. 48, p. 33-39, jan./mar. 2010.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7112>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

MÉXICO. Código Penal Federal, 14 de agosto de 1931. **Instituto de Investigaciones jurídicas**, México, DF. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da Co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.
SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. 1. ed. Belém: Saraiva, 1990. v. 1.

TIRONI, Rommero Cometti. O princípio da legalidade no direito penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2227, 6 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13282>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Teoria del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. A teoria da co-culpabilidade na perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: **Jus Navigandi**, Teresina, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9206>>. Acesso em: 8 jun. 2010.

FLORES, Marcelo Marcante. Estado, Responsabilidade e Co-culpabilidade Penal. In: **PUCRS**, Porto Alegre, RS, 2007. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccl/trabalhos2007_1/marcelo_marcante.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2010.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2008.

HOUED, Mário. *A chamada Co-culpabilidade*. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm>>. Acesso em 25 mar. 2011.

JAKOBS, Günter. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Enrique Penãrana Ramos e outros. Madrid: Civitas, 1997.

JUSTIÇA Criminal. In: **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 2010. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10566&Itemid=1147>. Acesso em: 9 jun. 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2177>>. Acesso em: 2 maio 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 46, p.47-72, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cinino dos. *A moderna teoria do fato possível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.