

A TEORIA DA COCULPABILIDADE COMO FILTRO DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

Guilherme Rodrigues BATALINI¹
Melline Solfa RODRIGUES²

RESUMO: Dentre as diversas teorias de direito penal, mormente dentre aquelas que têm em sua base a culpabilidade, a teoria da coculpabilidade é uma das que menos se estuda no Brasil. A partir da culpabilidade, elemento do crime e, portanto, elemento refreador da punição estatal, e dos fatores sociais criminogenéticos, a teoria da coculpabilidade se apresenta para dar proporcionalidade na punição do condenado, considerando as falhas do Estado no seu dever de prestador de direitos fundamentais.

Palavras chaves: Culpabilidade; Fatores mesocriminogenéticos; coculpabilidade; proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico penal brasileiro passou por mudanças legislativas e interpretativas consideráveis desde seu nascedouro, entretanto, ainda sofre constantemente com críticas e este cenário não é recente. Em 1764 era publicada a obra “Dos delitos e das penas”, do Marquês de Beccaria, contendo ponderações sobre o sistema punitivo de modo geral que até hoje embasam pesquisadores do direito, não estando excluídos os brasileiros.

Da mesma forma, debruçaram-se e ainda o fazem doutrinadores sobre os elementos do delito e as finalidades da pena. Do mesmo modo que sociólogos, psicólogos e outros pesquisadores das ciências sociais buscam compreender o crime como um acontecimento social e as suas causas, bem como as finalidades da pena, e as melhores maneiras de reprimir o crime e prevenir a prática delitiva.

O direito penal brasileiro sofre constantes modificações em sua parte geral e há frequentes criações de novos tipos penais, buscando o legislador frear a prática de condutas lesivas à sociedade, chegando, inclusive, ao fenômeno

¹Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

²Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

expansionista que hoje se chama de hipertrofia legislativa penal. Assim também surgem novas normas sobre a execução da pena, ora com punições mais severas, como o Regime Disciplinar Diferenciado (art. 52, lei 7.210/84), ora com previsões mais brandas, como a criação da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89, lei 9.099/95).

Também a sociedade civil debate sobre o sistema penal e persecutório penal, sobre garantismos processuais, quantificação das penas e seus modos de execução, ainda que a maioria não tenha conhecimento técnico necessário para tecer críticas consistentes do ponto de vista jurídico, o que se pode resumir é que desejam mais segurança e tendem a acreditar que um sistema de intolerância seria a solução.

Vem à tona, então, o chamado direito penal do inimigo de Jakobs e Roxin, com um sistema persecução e execução penal ferrenho, com idéias de redução de garantias penais e processuais penais, e aplicação de penas cada vez mais graves. A verdade é que o que o chamado direito penal do inimigo defende é uma ampliação cada vez maior do Estado, com uma redução cada vez maior das liberdades e garantias individuais, sob o argumento de que aquele que pratica um crime deixa de ser digno de tutela estatal, pois quebrou o contrato social, passando a ser verdadeiro inimigo do Estado.

Em contrapartida, existem aqueles que pretendem uma aplicação do direito penal sob um prisma de efetiva e comedida restrição de liberdades, punindo apenas na exata medida do merecimento do punido, atuando, ao exato revés do que prega o direito penal do inimigo, minimamente, aplicando apenas penas estritamente necessárias, em situações estritamente necessárias.

Nessa esteira está a teoria da coculpabilidade. A austeridade penal não tem se mostrado eficaz no combate à criminalidade, de modo que a proposta dessa teoria é que o olhar se volte inicialmente às causas do crime, para que se possa dosar com a devida proporcionalidade a pena e realmente distribuir justiça, tanto ao criminoso como à sociedade. Combater duramente o criminoso, extirpando-o da sociedade, maltratando-o, é o equivalente a tomar fortes remédios para eliminar um sintoma da doença, ao invés de pesquisar sua real causa.

Com estudos bibliográficos, buscamos neste trabalho identificar os pontos mais relevantes da teoria da coculpabilidade, sobre a qual pouco é discutido no Brasil pelos grandes doutrinadores do direito penal e processual penal,

especialmente em virtude de seu viés social, garantista e minimalista, ainda repudiado por nossa sociedade civil.

No presente estudo temos a finalidade de divulgar e analisar as bases dessa teoria à luz do direito penal pátrio, buscando dissecá-lo da maneira mais técnica possível, analisando seus fundamentos jurídicos, médico-legais, e sociais, e suas conseqüências na aplicação prática do direito.

2 CULPABILIDADE

No início do corpo coletivo de indivíduos que hoje convencionamos chamar de Estado, os sujeitos, que antes viviam individualmente, ou mesmo em bandos, mas com pouca ou nenhuma organização social, decidiram abrir parte de suas liberdades individuais para a formação de um ente coletivo, o Estado. Tal idéia – de abrir mão do individual em favor do coletivo – hoje é amplamente aceita em meio à filosofia e à sociologia. É o que hoje conhecemos como contrato social.

O fato é que, com o surgimento deste super ente, que engloba os inúmeros indivíduos em sua singularidade – o Estado -, passam a surgir normas que são impostas aos membros do Estado (e é justamente aí que reside a disponibilidade de parte da liberdade individual) de modo que o não cumprimento dessas normas gera uma sanção.

Tem origem neste ponto o direito penal. Por mais sedutor, interessante, intrigante e complexo que seja o tema do surgimento do direito penal e sua evolução, este não é o tema central de nosso estudo. A superficial anotação acima exposta tem como finalidade única e exclusiva servir como base para a demonstração de que, mesmo com a formação do contrato social, e a superveniência do Estado e das normas de natureza cogente, o indivíduo continua mantendo consigo direitos individuais invioláveis, e é justamente por isso que surgem os princípios limitadores do direito penal, acerca dos quais teceremos algumas poucas linhas.

Muito embora o reconhecimento da maioria destes direitos, ou nortes de atuação estatal penal tenha se dado durante o período iluminista, há de se

reconhecer sua existência arraigada à própria natureza humana. Sobre tais princípios leciona Bitencourt (2000, p. 09):

As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

De maneira sintética e concisa, podemos dizer que tais princípios são nortes que limitam, restringem a atuação do direito penal, justamente por serem reflexos de liberdades individuais dos jurisdicionados, parcelas de seus direitos que não foram encobertas em favor do contrato social, representando, assim, um direito do cidadão em face do Estado: verdadeiro axioma do Estado democrático de direito.

Se não o principal, um dos principais postulados delimitadores e restritivos da atuação do direito penal é o da culpabilidade, tema correlato ao principal de nosso estudo. É mister que se entenda que para que se fale em coculpabilidade, é preciso que antes se entenda o como se conceitua e entende o instituto abstrato que é a culpabilidade, e que se entenda que sempre que se fala em culpabilidade se fala em um filtro, que delimita quanto do poder de punir do Estado poderá recair sobre o cidadão.

Nas palavras de Eugenio Raul Zaffaroni (1998, p. 274): Hablar de “culpabilidade” pues, implica que se debe “algo”, y em los discursos legitimantes del sistema penal se considera que ese “algo” es el “injusto” y que se “cobra” com la pena.

O conceito de culpabilidade passa, necessariamente, pelo conceito de crime. Com a doutrina de Hans Welzel (1970, p. 79), mais especificamente por volta dos anos trinta, surgiu a chamada teoria finalista da ação, de acordo com a qual, toda conduta, para ser criminosa, deve, necessariamente ser típica ilícita e culpável. Como veremos, Welzel não apenas bem delimitou os elementos subjetivos e objetivos do crime, retirando as idéias de dolo e culpa do campo da culpabilidade e as inserindo no campo da tipicidade, mas também deixou claro que a culpabilidade é pressuposto e característica inarredável do crime. O conceito de crime proposto por Welzel passa por uma observação analítica dos elementos do fato criminoso, e hoje

é amplamente aceita pela doutrina. É este o conceito que se chama de analítico de fato criminoso.

Uma vez destrinchada a idéia de crime, nos cabe, aqui, particularizar e verticalizar o estudo acerca de um de seus elementos: a culpabilidade, que, como vimos, justamente por ser princípio reflexo à liberdade individual do jurisdicionado, configura-se como elemento essencial do crime. A doutrina contemporânea é unânime em lecionar que conduta culpável é aquela reprovável, censurável, sendo propostos como elementos da culpabilidade a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (TELES, 2004, p. 294) (PRADO, 2005, p. 440 a 451) (GRECO, 2008, p. 395 a 396).

Desse modo, conclui-se que hoje no ordenamento jurídico brasileiro, para ser criminosa, uma conduta deve ser típica ilícita e culpável, e, para ser culpável a conduta deve ser o agente que a praticou imputável, deve este ter a possibilidade de conhecimento da ilicitude dessa conduta, e deve lhe ser exigida outra conduta pelo direito.

Mas nem sempre foi assim. A partir do surgimento da idéia de culpabilidade, várias foram as teorias propostas na tentativa de margear o campo de abordagem e atuação do referido princípio. Para a melhor compreensão do principal tema de nosso estudo, é imprescindível que façamos um breve e sintático estudo a respeito das principais delas.

A teoria Causal-naturalista, ou psicológica, ou clássica, que tem como principais precursores von Liszt e Beling, sugeria que a culpabilidade é nada mais nada menos do que a relação psicológica subjetiva existente entre o agente e a conduta, ou, nas palavras do próprio Franz von Liszt: “tão-somente a relação subjetiva entre o ato e seu autor”. (LISZT, s.d, p. 338).

Ocorre que tal teoria passou a ser muito criticada pela doutrina à época, por não conseguir explicar claramente a ideia de culpa inconsciente, do crime omissivo, ou mesmo as já reconhecidas excludentes de culpabilidade do estado de necessidade exculpante, coação moral irresistível e atendimento a ordem de superior hierárquico, quando não manifestamente ilegal. (TAVARES, 1980, p. 31).

Solucionando tais críticas apontadas pela doutrina, surge uma nova escola dissertando a respeito da culpabilidade. Essa nova escola, capitaneada pelo alemão Reinhard Frank, mantém a culpabilidade como o liame subjetivo entre agente e conduta, mas insere também em seu campo de abrangência elementos

valorativos, ligados à lesividade social e à reprovabilidade daquela conduta, de modo que para que o agente pudesse ser punido por eventual conduta deveria questionar-se se aquela conduta era reprovável socialmente e pelo olhar crítico do direito. É aí que surge a idéia da exigibilidade de conduta diversa como elementar da culpabilidade. Essa linha de pensamento ficou conhecida como neoclássica, ou, ainda, neokantista. (ROXIN, 2002, p. 202).

Como acima lecionamos, Hans Welzel, em sua festejada obra “Causalidade e ação”, trouxe uma nova idéia conceitual e analítica de crime, mas, não foi este o único mérito de sua teoria finalista da ação. Welzel pregava que toda ação tem um fim inerente a ela, e, justamente por isso, tornou-se inviável a discussão de dolo e culpa a título de culpabilidade. De acordo com a teoria de Welzel, o elemento subjetivo do delito deveria ser analisado em conjunto com a análise da ação, ainda no campo da tipicidade, e não da culpabilidade. Em virtude dessa extração das idéias de dolo e culpa do centro de interesse da culpabilidade, permaneceram na análise desta, somente os elementos de natureza normativa, quais sejam: imputabilidade, potencial conhecimento sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, motivo pelo qual a teoria baseada na idéia de ação finalista de Hans Welzel ficou sendo conhecida também como teoria normativa pura. (GRECO, 2008, p. 389/392).

Paralelamente a estas doutrinas, Wessels e Jeschek fomentaram a teoria social da ação, segundo a qual a ação deve ser vista como fenômeno social com efeitos externos na sociedade. Tal corrente defende ainda uma dupla aplicação do elemento subjetivo, tanto no campo da tipicidade, quanto no da culpabilidade. A citada teoria não recebeu grande respaldo da doutrina, em virtude de sua falta de praticidade e de sua verdadeira inconclusividade, eis que tal teoria nada trouxe de muito inovador, apenas criando uma área cinzenta, nebulosa, entre as teorias causais e a finalista. (ZAFFARONI, 1981, p. 120 a 121).

Por fim, mas, de não com inferior importância, Claus Roxin passou a desenvolver, também no que diz respeito à culpabilidade, a doutrina funcionalista, segundo a qual deve-se ampliar o campo de aplicabilidade da culpabilidade para os limites da responsabilidade, realizando-se verdadeiro paralelo com os fins da pena. Segundo essa teoria, somente seria culpável a conduta que demandasse a aplicação de pena. Precisa e didática é a lição de Luiz Regis Prado a respeito do tema:

A culpabilidade – capacidade de motivação pela norma – é de natureza mista empírico-normativa. A responsabilidade, como categoria político-criminal, é definida como uma valoração, posterior à ilicitude, para tornar penalmente responsável o agente (para atribuir-lhe responsabilidade). Para a imposição da pena, faz-se mister, além da culpabilidade, estar comprovada ainda sua necessidade. Redefine-se, então, a culpabilidade, com lastro nos fins di Direito Penal. (PRADO, 2005, p. 436).

Estas são, então, as principais escolas e correntes doutrinárias surgidas ao longo de décadas de estudo de direito penal, teoria do crime, e, mais especificamente da idéia de culpabilidade. Hoje, podemos conceituar a idéia de culpabilidade como a reprovabilidade social e normativa de determinada conduta, tendo esta – a culpabilidade - como elementos a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude, e a exigibilidade de conduta diversa. Só não nos é possível dizer, então, que nosso Código Penal adotou a teoria normativa pura de Welzel, em virtude da superveniência da teoria limitada, que só diverge da normativa pura (que, após o advento da limitada, ficou conhecida como extrema), no que diz respeito ao tema das discriminantes putativas, que, por não afetar diretamente nosso estudo, não será nesta obra verticalizada.

A grande verdade no que diz respeito à culpabilidade, é que esta, como é vista hoje, possui forma muito genérica, ampla, abstrata. Afinal, qual conduta é reprovável sob os críticos olhos normativos, e qual não é? Quais condutas podem são ou não exigíveis pelo direito?

Tal decisão é conferida ao magistrado, quando da análise de cada situação em particular. Quem melhor do que o juiz, que conhece profundamente dos fatos ocorridos, e, inclusive, realiza perguntas sobre a vida pregressa do agente e da possível vítima para saber se tal ação era ou não reprovável? A questão da exigibilidade de conduta diversa, elemento mais variável dentro do conceito de culpabilidade, é conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido por seu intérprete, e assim deve ser.

O professor Flávio Tartuce, ao lecionar a respeito das chamadas cláusulas gerais (conceitos abstratos e genéricos, inseridos na legislação a fim de conceder ampla margem de discricionariedade ao julgador e ao intérprete da Lei em geral), ensina, comentando a ementa do Recurso Extraordinário de nº 201.819, mais especificamente o voto do relator do recurso, ministro Gilmar Ferreira Mendes, que as cláusulas gerais são, em verdade, uma ponte, para que seja conectada a

Constituição Federal à legislação infraconstitucional privada. Merece transcrição um pequeno trecho da obra: *“Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel) que serviriam de “porta de entrada” (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”*. (TARTUCE, 2012, p. 59).

Por mais que tal lição nos tenha sido fornecida a respeito da aplicabilidade das cláusulas e dispositivos constitucionais no âmbito das relações privadas, quando o catedrático lecionava a respeito da horizontalização dos direitos fundamentais e da constitucionalização do direito civil, é inegável o caráter de teoria geral do direito da lição do professor Tartuce, até mesmo porque se reconhece-se a utilização das cláusulas abertas como fonte de diálogo entre a constituição e a legislação privada, com muito mais razão há de se reconhecer a necessidade de tal relação simbiótica entre a legislação infraconstitucional de direito público (como é o caso do direito penal) e a Lei Fundamental.

É que as cláusulas abertas no direito penal – como é o caso da exigibilidade de conduta diversa – atendem certamente aos fins propostos por Hans Kelsen, quando lecionava a respeito da subordinação das demais normas à Constituição Federal, e da idéia do escalonamento das normas. Explico. As cláusulas gerais, ou abertas, são o meio pelo qual o intérprete da lei aplica nos casos concretos princípios de ordem constitucional, tais como a igualdade, a proporcionalidade, a intervenção mínima, e tantos outros, valendo-se, para tanto, legislação infraconstitucional. Por isso, entendemos que tais cláusulas não servem apenas à horizontalização mediata dos direitos fundamentais, mas também para a própria fortificação e justificação da verticalização destas normas, evidentemente aplicáveis nas searas públicas do direito.

Por mais que, no que diz respeito às normas de natureza pública, não sejam indispensáveis tais cláusulas para a aplicação das normas (princípios e regras) constitucionais (assim como não o são no que diz respeito às normas infraconstitucionais de direito privado), estas – as cláusulas gerais – são, inegavelmente, um convite à aplicação do preceito constitucional, uma brecha deixada pelo legislador para tanto.

Por isso mesmo é forçoso reconhecer que, quando da análise do culpável ou inculpável, deve o julgador analisar os elementos de cada caso (conduta, agente, meio, motivos, conseqüências), todos sob um prisma

constitucional, e pela crítica lupa de cada um dos princípios dispostos na Constituição Federal, a fim de atender a exata finalidade do postulado da culpabilidade: limitar a atuação do Estado, e, mais precisamente do Direito Penal, a um âmbito exato, preciso, de modo a não ferir qualquer direito (liberdade) individual do jurisdicionado, alcançando a tênue linha entre excesso e omissão.

3 FATORES CRIMINOGENÉTICOS

Há muito tempo a criminologia e a sociologia jurídica têm se debruçado sobre o estudo das origens do crime, sobre a busca pela identificação de fatores que possam levar ao surgimento de um criminoso.

Tais estudos servem de fundamentos para a adoção de políticas criminais mais eficientes, criação de penas que melhor reprimam o cometimento de delitos e adoção de métodos para a ressocialização do criminoso.

Primeiramente, necessário pontuarmos, como bem evidenciam Newton Fernandes e Valter Fernandes (2002, p. 50/51), que apenas há crime em uma sociedade. Isso porque os delitos são, abandonando as clássicas definições jurídicas de crime, transgressões graves aos valores da sociedade em que o indivíduo está inserido.

As condutas que são tipificadas como crimes variam nos diversos ordenamentos jurídicos existentes no globo, mas há fatores a serem identificados que possam gerar atos criminosos nesses diversos ordenamentos, ainda que não consistam na mesma conduta.

O estudo dos fatores criminogenéticos se divide em duas grandes frentes. A primeira se refere aos fatores internos, biológicos ou endógenos. A segunda se refere aos fatores externos, mesológicos ou exógenos.

O crime se produz quando um indivíduo, em resposta a impulsos de ordem biológica, psicológica e social, encontra-se numa situação tal que a execução do delito se lhe afigura como saída inevitável ou necessária. (...) Para Veiga de Carvalho, na produção do ato criminoso, o agente responde a estímulos provenientes de seu meio interno (aos quais chamou de biológicos) e de seu meio externo (chamados mesológicos). (RIGONATTI, 2003, p. 235).

Os fatores internos dizem respeito à individualidade de cada ser, ao psicológico de cada pessoa e também às reações biológicas que cada organismo apresenta quando submetido a determinada situação.

Tais fatores, salvo casos muito peculiares de personalidades antissociais, não são capazes, por si só, de levar à prática delitiva. Esses fatores funcionam como a carga de um explosivo, que apenas atinge sua finalidade quando provocado pela faísca do pavio que acaba de ser queimado.

Pode-se dizer que o crime é latente dentro de todos, o que varia é a intensidade da sua pulsação e o seu estímulo, que são os fatores externos.

Os fatores externos ou mesológicos são representados pelo meio em que o indivíduo se desenvolve e adquire seus valores morais e éticos e pelas diversas situações que lhes são apresentadas no desenrolar da vida. São as influências externas dos diversos ambientes por onde o indivíduo passa.

Não se trata aqui simplesmente da convivência com aquelas pessoas que são vistas como “más-influências”, em verdade, essas pessoas passam por um processo de exclusão que os levam de um pequeno desvio moral a condutas criminosas.

Os fatores mesocriminogénéticos são as condições que o indivíduo tem de ser inserido na sociedade ou marginalizado dela. São exemplos: boas condições de desenvolvimento laborativo, ou atividade marginalizada como única fonte de prover a sua subsistência; boas condições de desenvolvimento mental, ou condições que levam a uma inteligência deficiente.

Neste estudo, mais nos interessam os fatores mesológicos, a fim de identificarmos qual a contribuição da sociedade para que determinados delitos ocorram.

Importante esclarecer que os fatores mesocriminogénéticos por si só também não são suficientes para desencadear o cometimento de um crime. O crime é um fato complexo, oriundo de uma soma de fatores biológicos e mesológicos.

Para se apontar uma determinada situação como fator mesocriminológico devem ser desprezadas as características individuais. É realizada a análise das variações de fatores sociais e das variações da incidência da prática de determinados crimes em determinados grupos sociais e épocas históricas.

É possível identificarmos um fator mesológico que poderia facilmente reunir todos os demais: a exclusão social.

A sociedade não possui mais uma postura de abraçar o desviante e fazer com que ele entenda seus valores e se adeque a eles. O olhar de uma comunidade para um desviante passa a ser um olhar de ainda mais exclusão.

Voltamos ao tempo do ostracismo. A sociedade vê no desviante não um potencial de adequação, mas um potencial alarmante de agravamento do desvio e por isso aquele indivíduo deve ser isolado, quando não fisicamente, socialmente.

Essa exclusão não permite a readequação do indivíduo e lhe mostra o caminho da criminalidade, que é vista de forma distorcida, como uma manifestação de inconformismo ou uma busca por melhores condições de vida.

No período recente, as desigualdades de renda aumentaram (Joseph Rowntree Foundation, 1995; Hills, 1996). Um tal gradiente de inclusão e exclusão engendra, segundo Edward Luttwak (1995), tanto uma privação relativa entre os pobres, que dá lugar ao aumento da criminalidade, como uma ansiedade precária entre aqueles em melhor situação, a qual é caldo de cultura de intolerância e de imputabilidade dos que descumprem a lei. Como tenazes sobre nossa sociedade, crime e castigo derivam da mesma fonte. (YOUNG, 2002, p. 25/26).

Grandes mudanças sociais podem desencadear em determinados grupos essa percepção do ser excluído da sociedade por determinado tempo. É o que ocorreu, por exemplo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o que levou a certo aumento da agressividade masculina por se sentirem, em alguns casos, excluídos do mercado de trabalho e da sociedade por não terem emprego enquanto suas mulheres estavam trabalhando.

Tal situação também pode ser verificada em meio a uma crise financeira que afete, principalmente, pequenos e médios empresários. Nesse período, será provável um aumento de crimes de sonegação de tributos, pois essa classe entenderá tal medida como um meio de sobrevivência de sua empresa.

Todo transtorno operado nas condições de vida do povo desloca, violentamente, uma parte de seus membros do ambiente normal de existência, levando, sobretudo, o indivíduo ou grupo de indivíduos débeis nos aspectos psico-orgânico, e intelectual ou moral, para uma outra vereda da vida social, que pode vir a ser o caminho do crime. (FERNANDES E FERNANDES, 2002, p. 384).

Também é identificado como um fator mesocriminogenético a desigualdade social. Não se trata simplesmente de se refletir sobre o papel da pobreza no desencadeamento da criminalidade. A análise não pode ser simplista

para concluir ser simplesmente a pobreza um fator criminogenético, sob pena de ser até mesmo preconceituosa.

Não é a “pobreza pura” que leva o indivíduo à criminalidade, mas sim a desigualdade social que provoca a exclusão do viver o que as classes altas da sociedade vivem e, uma vez excluído desta sociedade, estaria desobrigado de cumprir as regras que por ela lhe são impostas.

“A desigualdade social é que induz a situações de conflitos, que podem terminar em criminalidade, entendendo-se esta como todos os atos que constituem infração penal” (FERNANDES E FERNANDES, 2002, p. 51).

Para melhor entendimento, se faz necessário analisar não apenas grupos sociais, mas também períodos históricos, que demonstram como o crescimento da riqueza não implica diretamente na diminuição da criminalidade.

Tal análise é bem realizada por Jock Young, em sua obra “A sociedade excludente”, que identifica a desigualdade social como um desencadeador de privação relativa, que gera o aumento da criminalidade.

“A deficiência das recompensas materiais claramente não significa pobreza absoluta; a criminalidade aumentou ao longo da década de 1960, período em que o padrão de vida também subiu: a privação relativa é que é causa poderosa de criminalidade. Deste modo, talvez devêssemos falar, mesmo aqui, em déficit relativo: isto é, os padrões materiais relativos dos indivíduos comparados uns com os outros, um sentido de desigualdade, de recompensa injusta em relação ao mérito”. (Young, p. 86).

Privação relativa significa que não se trata de um período de recessão, ou falta de determinados alimentos, seja por uma catástrofe natural que arruinou plantações, seja por pobreza generalizada no país. Trata-se, em verdade, da privação individual ou de uma classe, que não é bem recompensada por seu trabalho, apesar de ser muitas vezes indispensável.

Ademais, as pessoas oriundas das baixas classes econômicas apresentam, na maioria das vezes, baixa qualificação para o trabalho, restando a muitos o trabalho informal e a outros o desemprego.

Também são essas as pessoas que primeiro sofrem os impactos de crises econômicas que levam ao fechamento de indústrias e conseqüente redução dos postos de trabalho, aumento o desemprego, a exclusão social e a irritabilidade dessa população.

Ora, são esses trabalhadores que contribuem para o enriquecimento dos donos das empresas, sem o recebimento de um salário justo e que veem suas economias desestabilizadas rapidamente, isso se um dia conseguiram estabilizá-la.

Na sociedade atual, o outro é visto como um competidor pela vaga de estudo ou de trabalho. Aquele que comete um crime é visto como um lixo da sociedade e as penitenciárias como local para limpeza dela para que os demais possam viver confortavelmente, sem serem incomodados.

O acúmulo dessas pressões em grandes polos eleva ainda mais seus índices criminais, uma vez que o excluído vê diariamente a grande recompensa que os abastados possuem por seu trabalho, ainda que ele seja mínimo.

Malgrado possa haver uma agressividade latente em determinadas pessoas, não há negar que nos centros densamente povoados, e notadamente nas grandes cidades da América Latina, essa agressividade advém principalmente das desigualdades sociais, da pressão do enxurro demográfico, do sentimento de impunidade que também funciona como fator de recidividade, dos estados de malvivência, do desencontro familiar e comunitário, total desregramento da moral e dos costumes, agruras e frustrações individuais da ostentação e opulência de pessoas privilegiadas, do desvirtuamento dos meios de comunicação de massa, da poluição ambiental, da irrealidade e nepotismo das leis, contágio psicológico com vícios e com os próprios delitos. (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 171).

Aqueles que não sofrem pela privação relativa buscam fortalecer a sua moral, o seus bons costumes atacando cada vez mais aqueles que sofrem pela pobreza relativa e buscando cada vez mais a repressão através da criminalização de condutas que, por si só, não passariam de meras infrações morais.

Devido à insegurança ontológica, há tentativas repetidas de criar uma base segura. Isto é, de reafirmar valores como absolutos morais, declarar que outros grupos não têm valores, estabelecer limites distintos do que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo e excludente em vez de permeável e assimilativo. (YOUNG, 2002, p. 34/35).

É o que ocorreu, por exemplo, quando da criação das contravenções penais de vadiagem e mendicância e diversos outros delitos de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, essa classe dominante tem a legislação a seu favor, mesmo quando se trata da prática de crimes, o que leva não somente ao sentimento

de exclusão de grande parte da população, mas também à indignação e percepção da impunidade.

É o que ocorre, por exemplo, com a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos devidos por aquele que cometeu crime contra a ordem tributária. Também, o sentimento de impunidade é ainda mais latente no caso dos crimes de colarinho branco.

A educação e saúde da população que já sofre de privação relativa são fortemente afetadas pelas grandes quantias tiradas dos cofres públicos pela corrupção. Tocamos, então, em outros dois pontos que também são fatores mesocriminogênicos, a educação e a saúde.

Quando falamos em educação estamos a abrangendo em dois aspectos: cultural e formal. A educação cultural é aquela formada pelos valores morais e éticos e pela conhecimento popular, que nem sempre é aprendido na escola. Já a educação formal consiste nas escolas de ensino fundamental a pós-graduações.

A boa educação cultural colabora para a formação de uma boa personalidade do indivíduo, de modo que, mesmo exposto a alguns fatores mesológicos, não se enveredarão pelo caminho da criminalidade.

Já a educação formal colabora não com a formação da personalidade do indivíduo, mas com conhecimentos técnicos que lhe permitem certa inclusão social, a medida que possibilita ao indivíduo romper as barreiras da desigualdade e alcançar seus objetivos de forma honesta.

Não sendo possível que familiares e depois pessoas que cercam determinado indivíduo lhes forneça uma boa educação cultural, refletiria em uma obrigação da sociedade (representada pelo Estado através das escolas) o oferecimento dessa educação.

Alhures, alguém disse que não existe relação alguma entre a gramática e a moralidade, provavelmente a querer demonstrar que a educação não tem força para impor um padrão de conduta, com o que não se deve anuir inteiramente, pois se a educação não é fator determinante, pode vir a ser um forte elemento coadjuvante de bom comportamento (...). (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 398).

Ocorre que muitos estão alienados da educação cultural e também alienados da educação formal, mesmo aqueles que frequentam assiduamente a

escola. Isto porque criou-se um vício de pessoas que não receberam educação cultural e possuem seus valores morais e éticos fortemente e facilmente influenciados, principalmente, pela mídia distorcida e também não são capazes de fornecer boa educação cultural aos outros.

Dentro das escolas, muitos se formam sem real conhecimento técnico e sem terem recebido nada de conhecimento cultural, não conseguindo desenvolver um pensamento crítico sobre o que lhe é apresentado e vivendo desenraizados de valores morais e éticos, sendo facilmente levados ao mundo da criminalidade.

Já a saúde consiste um fator criminogenético pela má-formação do indivíduo que não será inserido na sociedade. A desnutrição na primeira infância e algumas doenças podem levar a um desenvolvimento precário do indivíduo, que poderá ficar às margens da sociedade por debilidades físicas ou mentais.

Ressaltamos que os fatores até aqui apontados não são responsáveis de forma autônoma pela ocorrência do crime, mas é inegável a sua contribuição.

Eis aqui o adequado momento para a indagação: a quem cabe assegurar a igualdade social, educação, saúde e mais tantos direitos que se tornam vertentes de fatores mesocriminogenéticos?

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a redução das desigualdades sociais. Educação, saúde, condições dignas de trabalho e um salário mínimo conforme delineado no inciso IV, art. 7 da Constituição Federal são direitos assegurados constitucionalmente a todos os brasileiros.

O estado há muito deixou de ter, ao menos teoricamente, apenas o papel de não interferir nas relações dos indivíduos e passou a desempenhar a função de garantidor de direitos.

Garantir, neste caso, significa proporcionar, disponibilizar, oferecer. Exige-se uma prestação positiva do estado para o indivíduo.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas a proibição do excesso (Übermassverbote) mas também a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbote). E tal princípio tem aplicação especial no âmbito dos direitos sociais. (MENDES, 2011, p 679.)

Assim, sem tecer maiores comentários sobre as teorias constitucionais dos de efetivação dos direitos fundamentais, visto que não é este o objeto deste

estudo, o certo é que cabe ao estado assegurar tais direitos e promover a redução da desigualdade social.

Falhando o estado no desempenho de seu papel, há forte incidência de fatores mesocriminogênicos, desencadeando maior número de cometimento de delito e busca de punição dos transgressores, sem que o estado falho assuma a sua parcela de responsabilidade.

4 COCULPABILIDADE

Como pudemos observar da primeira dissertação acima transcrita o Estado somente pode punir o indivíduo nos estritos limites de sua culpabilidade, sendo esta o juízo de reprovabilidade que a sociedade faz sobre determinada conduta.

Do segundo excerto extrai-se que anos de estudo comprovam que são vários os fatores que impulsionam a prática delitiva, e, somados, podem ser determinantes para a sua ocorrência. Vimos que dentre os fatores que impulsionam a criminalidade os mais fortes são aqueles que advêm do meio em que o sujeito convive, de situações de desigualdade e segregação causadas pela própria sociedade.

Como demonstrado pela ciência da criminologia a desigualdade social, a falta de educação, de cultura, de saúde, o desemprego e a exclusão social são todos motivos que influenciam, impulsionam o sujeito no sentido da prática criminosa.

Segundo o raciocínio acima transcrito, é possível dizer que a sociedade tem séria influência sobre o nível de criminalidade que a assola, sendo parcial responsável por muitos dos crimes cometidos, especialmente aqueles praticados pelas classes sociais menos abastadas e mais isoladas, aqueles que se chama de “crimes de rua”.

É que quando da formação do contrato social o Estado, em troca das parcelas de liberdades individuais de cada um dos cidadãos, oferece prestações e

direitos, tais como a igualdade, a liberdade, a saúde, a educação, e mesmo a dignidade.

Hoje é certo dizer que o Estado brasileiro falha na prestação de muitos desses direitos, que por ele foram assegurados, de modo que há o cumprimento do contrato social por parte do jurisdicionado, que continua tendo sua liberdade individual cerceada, mas não por parte do Estado, que deixa de proporcionar as prestações devidas.

Quando essa omissão, esse descumprimento do contrato por parte do Estado impulsiona a prática de crimes, há, evidentemente, que se reconhecer que a reprovabilidade social não deve recair totalmente sobre o criminoso, mas também sobre o Estado, que, com sua conduta, o inclinou a delinqüir, e é justamente essa divisão da culpabilidade entre o infrator e o Estado que o direito penal chama de *coculpabilidade*.

Nilo Batista traz um conceito completo, porém, claro do que a doutrina hoje entende como o princípio da *co-culpabilidade*:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a *coculpabilidade* faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (BATISTA, 1990 p. 105).

Extrai-se, então, que a cláusula geral da culpabilidade, elemento do crime e princípio que limita o *jus puniendi* do Estado, encontra seu próprio limite na atuação do próprio Estado que, com suas ações ou omissões, de forma direta ou indireta, influencia no sentido de impulsionar a prática delitiva, de modo que se determina que haja a atenuação da culpabilidade do agente, levando-se em conta a *coculpabilidade*.

No ramo do direito civil a *coculpabilidade* é equivalente à compensação. Imagine o Estado como um credor, e o jurisdicionado que comete um crime como o respectivo devedor. O Estado tem o direito de cobrar o montante total da dívida daquele devedor, até o momento em que se descobre que o credor também tem certa dívida para com o devedor, dívida esta que, muito embora seja inferior ao seu crédito, deve ser compensada deste, de modo que a quantia que

pode ser cobrada do criminoso (devedor) pelo Estado (credor) há de ser atenuada (compensada).

La posición o estado de vulnerabilidades predominantemente social (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., siempre más o menos amplio, como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido. [...] De estos dos órdenes de factores de vulnerabilidad, el estado o posición de vulnerabilidad es "incobrable". (ZAFFARONI, 1998, p. 277).

É bem verdade que, considerando o nível não determinante de influência dos fatores mesológicos no comportamento do agente não se pode autorizar que a compensação pela falta do Estado seja tamanha ao ponto de tornar ínfima a pena. Não é essa a idéia do preceito. A coculpabilidade não busca, em sua essência, excluir o crime, nem mesmo isentar de pena, mas tão somente *filtrar* o *jus puniendi* do Estado, adequando-o à exata medida da culpabilidade de cada agente em cada caso em concreto.

Entendemos perfeitamente possível a aplicação da citada "compensação" no momento do cálculo da pena do acusado, seja na primeira, ou na segunda fase da dosimetria da pena.

É sabido que na primeira fase do cálculo penal, o magistrado deverá se atentar às circunstâncias judiciais do agente e do fato, sendo estas aquelas descritas no artigo 59 do Código Penal, o qual transcrevemos:

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 de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifei).

Da simples leitura do dispositivo extrai-se que o legislador *exige* que o juiz, para escolher qual pena aplicar, quanto de pena aplicar, o regime inicial do cumprimento de pena e acerca da possibilidade de substituição da pena, analise,

dentre outros fatores, a culpabilidade do agente, bem como os motivos que determinaram a prática criminosa.

Ora, o que é o juízo de reprovabilidade social da conduta, pautado pela co-responsabilidade do Estado pela prática delitiva, se não uma análise acerca da culpabilidade do agente e dos motivos que determinaram o crime?

É por esse motivo que entendemos que é não apenas possível, mas devida a utilização da cocuplabilidade como elemento influenciador da dosimetria da pena na primeira fase de seu cálculo.

Caso não se entenda adequada ou viável a citada forma de aplicação prática do princípio, entendemos ser possível sua aplicação como atenuante genérica, na segunda fase do cálculo da pena, como bem autoriza o artigo 66 do Código Penal, o qual também transcrevemos: "*A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*".

Como podemos observar, aí, mais uma vez, o legislador se valeu daquilo que a doutrina alemã chama de *generalklausel* (cláusula geral) para compatibilizar o ordenamento infraconstitucional à Carta da República, possibilitando uma aplicação intermediada dos princípios nela contidos por meio da lei penal.

No citado caso a cláusula aberta autoriza que o magistrado, em atenta análise às circunstâncias do caso concreto, possa atenuar a pena do agente em virtude de circunstância, anterior ou posterior ao crime, que ele considere relevante. Mais uma vez perguntamos: o que é a omissão estatal causadora de desigualdade, segregação e exclusão de um indivíduo e que o impulsiona a cometer ilícito penal, se não uma "circunstância relevante"?

É bem verdade que a aplicação do citado princípio, seja com qual fundamento for, confere extremo poder ao magistrado, mas possibilita, também, uma real análise perfunctória de cada caso em concreto, conferindo ao magistrado a possibilidade de um detalhado estudo a respeito da culpabilidade de cada agente em particular, tratando cada um como indivíduo isolado, tratando os desiguais desigualmente na exata medida de suas desigualdades, corolário do princípio da igualdade, insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, e, finalmente, permitindo uma *real* individualização da pena, exigida pelo inciso XLVI do mesmo artigo 5º da mesma carta fundamental de direitos.

Extraímos, assim, que a aplicação da teoria da coculpabilidade como forma de atenuação da pena do indivíduo em virtude do menor nível de sua culpabilidade, que é por ele compartilhada com o Estado, é medida imprescindível para que se atinja os ideais dispostos na Constituição Federal.

Não obstante toda a digressão doutrinária acima realizada, tendo em vista o alto nível de abstração, a suposta ausência de previsão legal e a necessidade de altíssima carga cognitiva em cada caso em concreto, hoje é muito difícil que se fale em aplicabilidade do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, de maneira unânime, os tribunais vêm rejeitando sua aplicação, não sufragando o entendimento por nós exarado.

Segue a transcrição de ementas de alguns dos principais tribunais nacionais a respeito do tema:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO DO BEM SUBTRAÍDO. FURTO PRIVILEGIADO. INOCORRÊNCIA. COCULPABILIDADE ESTATAL. DESCABIMENTO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

- A ausência de avaliação que evidencie o valor dos objetos subtraídos impede a incidência do princípio da insignificância, pois não se pode presumir que a res era de valor insignificante, capaz de afastar a tipicidade material do delito. Precedentes do STJ.
- Só é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal, quando o acusado é primário, de bons antecedentes e de pequeno valor o bem furtado, o que não restou comprovado nos autos.
- A mera debilidade financeira, aliada à ausência de oportunidades conferidas pelo Estado, não autoriza o cometimento reiterado de crimes, notadamente, porque há outros meios lícitos para busca da sobrevivência, sem a necessidade de se arrostar direito alheio, revelando-se inviável o reconhecimento da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal.
- Inviável o reconhecimento da participação de menor importância ao partícipe que dá cobertura ao comparsa para a realização do crime, pois tal atitude contribui valorosamente para a consecução do delito. Precedentes.
- "Considera-se consumado o crime de furto com a simples posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cesse a clandestinidade, ainda que por curto espaço de tempo." (STJ, HC 92352/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/10/08). (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.11.144425-3/001, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013). (grifei).

Ementa: "Apelação. Furto. Autoria e materialidade demonstradas pelas provas dos autos. Crime de bagatela. Inocorrência. Teoria da coculpabilidade. Ação do Estado que não é o único fator a resultar no cometimento do crime. Necessidade da norma penal como regra de conduta social. Política criminal do Estado que leva em conta as desigualdades

existentes em qualquer sociedade. Aumento da pena por maus antecedentes e pela reincidência. Impossibilidade. Vida pregressa do réu que estaria a aumentar a sanção duas vezes. Bis in idem. Dependência química que prejudicou apenas parcialmente a capacidade de determinação. Manutenção da redução mínima. Regime fechado justificado. Réu juridicamente pobre. Isenção de custas processuais. Recurso provido em parte". (TJSP – Apelação Criminal nº 0002224-57.2011.8.26.0637. Rel: Des. Marco Nahum. 1ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em: 18/03/2013). (grifei).

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ROUBO QUADRUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. TRANSPORTE DE VALORES. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. 1. MÉRITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. (...) COCULPABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. Inexistência de previsão legal. Atenuante genérica do art. 66 do CP, que não serve a tanto. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a delinquência fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a "criminalidade é democrática", atinge a todos os níveis sociais, indistintamente. PENA DEFINITIVA. MAJORANTES. ÍNDICE DE AUMENTO. ALTERAÇÃO. Fração de aumento pelas majorantes, fixada em 1/2, que se mostra excessivo, considerando o afastamento de 1 das adjetivadoras. Contudo, além da triplicidade das majorantes restantes, deve ser levado em conta o grau de censurabilidade da conduta revelado pelas circunstâncias do caso, que superam o ordinário, pois eram 3 os agentes envolvidos no crime, os quais invadiram a residência das vítimas e os 3 empunhando armas subjugaram 4 vítimas, 1 delas pessoa enferma, o que, sem dúvida alguma, desponta mais gravoso e merece maior repreensão, além do que completamente olvidado pelo sentenciante a hipótese de concurso formal, apesar de serem 4 vítimas patrimoniais. Assim, mais consentâneo o aumento de 23/48 (índice que se situa entre 11/24 e 1/2), mais razoável e proporcional à prevenção e reprovação da conduta. Corporal do réu Márcio definitivada em 7 anos, 10 meses e 27 dias de reclusão, e dos réus Carlos Alexandre e Cleudiomiro em 9 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. MAJORANTE DO TRANSPORTE DE VALORES AFASTADA. PENAS REDIMENSIONADAS. (TJRS - Apelação Crime Nº 70052169877, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 05/06/2013). (grifei).

Nada obstante, o tema, muito embora possua contornos constitucionais, nunca foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, e sua análise até já beirou o STJ, no Habeas Corpus nº 162412, entretanto encontrou obstáculo na ausência de prequestionamento, não sendo, por isso, julgado seu mérito.

O que resta, então, é a conclusão de que a jurisprudência brasileira, infelizmente não vem reconhecendo a possibilidade de aplicação do citado princípio, o que fere diretamente a Constituição Federal, a nosso ver. Resta, também, de outra banda, a esperança de que os tribunais superiores reconheçam a aplicabilidade do citado princípio, considerando sua importância e sua carga de liberdade individual oponível contra o Estado.

5 CONCLUSÃO

Concluimos, então, que para o direito penal mais técnico, as penas devem ser aplicadas somente quando estritamente necessárias, e, a cada jurisdicionado de maneira individual, e em virtude de cada fato praticado (direito penal do fato, e não do autor), sendo um dos fatores mais relevantes a ser considerado para a aferição acerca da aplicação ou não de pena, do tipo e da quantidade de pena a ser aplicada a culpabilidade, que, de acordo com a teoria finalista da ação (atualmente sufragada por nosso ordenamento jurídico) é o grau de reprovabilidade que a sociedade faz acerca de determinada conduta.

Confrontamos tal informação com as principais causas que levam o indivíduo a delinquir, tais como fatores psicológicos, sociais, ambientais e até mesmo financeiros, de modo que chegamos à conclusão de que o meio em que vive o agente, e, especialmente as condições de vida às quais está subordinado, muitas vezes precárias, em virtude de omissão estatal, são altamente relevantes para incliná-lo à prática delitiva.

Por fim, chega-se à inarredável conclusão de que se a reprovabilidade social de determinada conduta (culpabilidade) deve ser usada como “medidor” para aferir a punição do agente, e se a prática desta conduta pode ter sido diretamente influenciada pelo Estado e mesmo pela sociedade, em virtude da desídia com o jurisdicionado, há, mesmo que de maneira obscura e de difícil percepção, uma participação do Estado e da sociedade na prática daquele crime, logo, a reprovabilidade por sua prática não deve recair somente sobre o agente que a praticou materialmente, mas deve ser dividida com o próprio Estado, aplicador da pena.

Vimos, então, o quão plausível é a teoria da coculpabilidade, e como ela pode ser utilizada como medida da mais lúdima justiça, possuindo ampla aplicação prática, seja no campo da aferição da existência de crime (uma vez que, de acordo com a doutrina majoritária, a culpabilidade é elemento do crime), seja na dosimetria da pena, podendo ser a culpabilidade excluída, excluindo-se, conseqüentemente, o crime, ou atenuada, reduzindo-se a pena a ser aplicada ao agente.

A teoria citada há tempos já deveria haver sido sufragada por nosso ordenamento jurídico, considerando sua perfeita compatibilidade com o sistema persecutório e executório penal brasileiro, entretanto, como citado, pensamos não haver ainda recebido o “aval” do povo brasileiro, bem como dos operadores do direito, em virtude de sua carga minimalista e de redução do direito penal, que vai na contramão da expansão penal e da hipertrofia legislativa pela qual passa nosso país. No mínimo lastimável.

O que se espera para o futuro é uma melhor análise do instituto, e uma exegese mais técnica de suas razões e fundamentos, com sua conseqüente adoção e aplicação prática no dia-a-dia jurídico, aplicando-se o direito penal de acordo com todo o arcabouço teórico construído ao longo de séculos de aperfeiçoamento dessa ciência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro. Renavan, 1990.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 20 de agosto de 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acessado em 20 de agosto de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acessado em 20 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acessado em 20 de agosto de 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral, volume 1. – 6. Ed. rev. E atual. Pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. – São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 10ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. Ed. Madrid. Reus, [s.d]. t. II.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Ausência de laudo de avaliação do bem subtraído. Furto privilegiado. Inocorrência. Culpabilidade estatal. Descabimento. Participação de menor importância não evidenciada. Tentativa. Não configuração**. Apelação Criminal 1.0024.11.144425-3/001, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. – 5 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIGONATTI, Sérgio Paulo. **Temas em psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica**. São Paulo: Vetor, 2003.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação crime. Roubo quadruplicamente majorado. Emprego de arma. Concurso de agentes. Restrição à liberdade das vítimas. Transporte de valores. Coação no curso do processo**. Apelação Crime Nº 70052169877, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 05/06/2013.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. E Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação. Furto. Autoria e materialidade demonstradas pelas provas dos autos. Crime de bagatela. Inocorrência. Teoria**

da coculpabilidade.Apelação Criminal nº 0002224-57.2011.8.26.0637. Rel: Des. Marco Nahum. 1ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em: 18/03/2013

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 2 ed. rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TELES, Ney Moura. **Direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. – São Paulo: Atlas, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal.** – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. T. I, II, III e IV.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca de las penas perdidas** – deslegitimacion y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.

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

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.