

CULPABILIDADE

Lucas de Menezes VERGANI¹

RESUMO: Na Culpabilidade existem três teorias, (psicológica, psicológico-normativo, e normativa pura.), na culpabilidade nos ficamos sabendo se iremos ou não responder pelo crime cometido, em alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude, se culpado respondera pelo crime cometido com variações de penas, veremos também crimes cometidos em legítima defesa, e falha no ordenamento jurídico.

PALAVRA-CHAVE: Doloso e culposos, penas para o crime, conceito para culpabilidade, legítima defesa, falha no ordenamento jurídico.

1- Introdução

O presente artigo busca trazer um melhor entendimento sobre o juízo de reprovabilidade que hoje existe na sociedade brasileira.

Para tanto, há que se compreender como funciona o sistema que define uma conduta (ação ou omissão) como reprovável e a liga com o conceito do que pode ser culpável, bem como de a quem essa culpa pode ser atribuída.

Existem dois conceitos de crime: o conceito tripartido, que conceitua crime como sendo uma conduta típica, ilícita e culpável, incluindo, portanto a culpabilidade nos elementos do crime; e o conceito bipartido que traz como elementos do crime apenas a tipicidade e a ilicitude.

Pois bem, no sistema penal brasileiro, que adota a teoria bipartida, temos a definição de crime como sendo uma conduta típica e ilícita, sendo a culpabilidade, apenas um pressuposto para a aplicação da pena, ficando a mesma fora dos elementos do crime.

Genericamente falando, conduta típica é aquela que tem sua descrição na lei; conduta ilícita é aquela que além estar descrita na lei como tipo incriminador, não está amparada por um tipo permissivo que a torna lícita como no caso da legítima defesa, onde apesar de a conduta descrita “matar alguém” estar descrita na lei, quando alguém o faz em legítima defesa, o faz dentro da licitude do fato uma vez que nesta situação a lei permite “matar alguém”. Atenhamos-nos, pois à culpabilidade do fato.

2- Culpabilidade

Ter o agente cometido um fato descrito na lei, ou seja, um fato típico, não é o bastante para dizer que o mesmo cometeu um crime, pois se estiver amparado por uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, não será o mesmo responsabilizado pelo fato. Poderá uma pessoa matar a outra, motivada por interesses pessoais, e neste caso não haveria nenhuma das excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), trazendo à tona uma conduta típica e ilícita.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail@ lucas_menezes_vergani2007@hotmail.com Bolsista do Programa de Iniciação Científica.....

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Sociologia pelas Faculdades “Antonio Eufrásio de Toledo” e-mail@ joseartur@unitoledo.br Orientador do trabalho.

2.1 Teorias da Culpabilidade

São três as teorias a respeito da culpabilidade:

- a) Teoria psicológica;
- b) Teoria psicológica-normativa; e
- c) Teoria normativa pura.

a) Teoria Psicológica: Aqui, seriam elementos da tipicidade, a conduta e o nexos causal, ficando para análise da culpabilidade, a imputabilidade (que adiante será explicada), o dolo ou a culpa. Essa teoria não poderia ser aceita uma vez que bastaria o vínculo psicológico do dolo ou culpa do agente para se dizer que o mesmo pode ser culpável. Com base nesta teoria uma pessoa que furtasse uma quantia para salvar a vida de seu filho que foi seqüestrado seria igualmente culpável, e devendo receber a mesma pena, que uma pessoa que furtasse a mesma quantia para satisfazer os desejos de sua amante por exemplo. E assim diz Cleber Masson:

“Essa teoria não é atualmente aceita, pois a culpabilidade não pode ser um mero e frágil vínculo psicológico. Existem outros fatores que devem ser utilizados para a sua constatação, o que não se admite no contexto da teoria psicológica”.

- b) Teoria Psicológica-Normativa: Essa teoria traz como elementos da culpabilidade a imputabilidade; dolo ou culpa; e exigibilidade de conduta diversa. Aqui, ainda há a conexão do autor imputável, ao fato por ele praticado. O que se há de grande evolução em relação a teoria psicológica, é que trouxe a exigibilidade de conduta diversa, assim sendo, a conduta do agente que no exemplo anterior, furtou certa quantia para salvar a vida do filho que fora sequestrado, não seria culpável, uma vez que na situação em que se encontrava o agente, não lhe era exigível que de outra forma tivesse agido. Diz Damásio de Jesus “ quando é inexigível outra conduta, embora tenha o sujeito agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, i.e., não se torna culpável.”
- c) Teoria Normativa Pura: nessa teoria, que é a de nossa preferência, é retirado o dolo da culpabilidade colocando-o no âmbito da tipicidade; é excluída do dolo a consciência da ilicitude e colocada na culpabilidade, passando a culpabilidade a ter como seus elementos: imputabilidade, consciência da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa. Segundo Cleber Masson

“ de fato, se o individuo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa”.

Nesta, ainda há a Teoria Limitada da culpabilidade como sendo, segundo Damásio de Jesus, uma modalidade da teoria Normativa Pura. Essa teoria dispõe acerca das discriminantes putativas onde o

agente, por erro plenamente justificável pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima.

2.2 Elementos da Culpabilidade

Após chegar à conclusão de que uma conduta praticada é típica e ilícita há que se verificar se é a mesma culpável.

A culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal uma vez que, ao se chegar ao âmbito da mesma, já se constatou ter ocorrido um crime. Sobre tal, dispõe Fernando Capez:

“ na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, culpabilidade nada tem que ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento.”

Para chegar então à tal mérito, precisa-se averiguar a existência de três elementos. Quais sejam: a) imputabilidade do agente; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de uma conduta diversa.

a) Imputabilidade do Agente: nesta seara é verificada a capacidade de entendimento do agente relativa à ilicitude do fato, para aferir se pode ao mesmo ser imputado algum tipo de pena. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal, além de ter totais condições de controle sobre sua vontade. Exemplo:

“um dependente de drogas tem plena capacidade de entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a

consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade.”(Capez, Fernando, Curso de Direito Penal –Parte geral, 1º Volume, 15ª edição- 2011, Editora Saraiva)

Por consequência, podemos dizer que a imputabilidade depende de dois elementos: Intelectivo, que é a capacidade psíquica do agente compreender o caráter ilícito do fato; e Volitivo, que é relativo ao domínio de vontade do agente. Dizer então que o agente é imputável, é o mesmo que dizer que a ele pode ser aplicada alguma das formas de pena previstas em lei. E, ainda dispõe Álvaro Mayrink da Costa

“a imputabilidade é a capacidade psíquica de ser sujeito da reprovação de compreender o injusto do fato de determinar-se conforme este entendimento”.

- b) Potencial consciência da ilicitude: É a exigência feita ao agente de ter o conhecimento de que praticava uma conduta ilícita. Conforme Cleber Masson

“ a aplicação da pena ao autor de uma infração penal somente é justa e legítima quando ele, no momento da conduta, era dotado ao menos da possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado. Exige-se, pois, tivesse o autor o conhecimento do seu comportamento, isto é, os aspectos relativos ao tipo penal e à ilicitude”.

- c) Exigibilidade de conduta diversa: refere-se à comparação da conduta tomada pelo agente, com a que outras pessoas tomariam se estivessem no lugar do mesmo. Se fosse exigível e possível que de outra forma o agente tivesse agido, não será excluída a culpabilidade; porém, se de

outra forma não fosse exigível que o fizesse não há que se falar em culpabilidade, sendo a mesma excluída. Sobre tal assunto dispõe

Damásio de Jesus:

“só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão de culpabilidade. Isso ocorre no caso de coação moral irresistível.”

2.3 Excludentes de Culpabilidade

Tendo o agente praticado ação que é prevista na legislação, ou seja, tendo ele cometido conduta típica, não sendo esta amparada por uma excludente de ilicitude, o que torna o fato além de típico, ilícito, ainda o agente pode ficar isento de pena ou ter a mesma reduzida, se estiver sob alguma excludente de culpabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro existem 6 excludentes de culpabilidade, quais sejam: 1) menoridade; 2) doença mental; 3) embriaguez; 4) erro de Proibição; 5) coação irresistível; 6) obediência hierárquica.

- 1) Menoridade: A menoridade está interligada à imputabilidade do agente e, conforme dispõe o artigo 228 da Constituição Federal “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”; e o artigo 27 do Código Penal Brasileiro “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”. Assim sendo, aos menores de 18 anos não podem ser interpostas as penalidades previstas para a conduta que eventualmente seja cometida pelo mesmo.

No sistema brasileiro é adotado o critério biológico de entendimento. Assim, diz-se que a pessoa menor de 18 anos não tem a capacidade mental necessária para compreender o que está fazendo. Ressalta-se, portanto, a importância de se diferenciar a menoridade civil da menoridade penal, pois no âmbito civil a pessoa pode ser emancipada e deixar de ser absolutamente incapaz. Pois bem, ainda que emancipado, adquirindo capacidade de realizar atos civis para os quais estava impossibilitado de agir em razão de sua incapacidade absoluta, o agente ainda será inimputável no âmbito penal.

Aos autores de infrações penais menores de 18 anos são aplicadas as medidas sócio educativas previstas no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

A menoridade está inserida no que se chama desenvolvimento mental incompleto, onde o agente ainda não tem consciência da ilicitude do fato em razão de não ter se concluído o referido desenvolvimento, devido à recente idade cronológica do mesmo, ou ainda no caso dos indígenas que não têm o desenvolvimento completo por falta de convivência com o cotidiano e consequente falta de acúmulo de experiências que poderiam levá-lo à consciência da ilicitude, o que o tornaria imputável.

Vale lembrar a diferença entre este e o desenvolvimento mental retardado que ocorre em razão de alguma patologia provinda de doença mental. Passemos à segunda excludente de culpabilidade.

- 2) Doença Mental: A imputabilidade pode ser excluída em quatro hipóteses. Quais sejam: a) doença mental, que é a perturbação mental capaz de afetar a capacidade de entendimento do agente impossibilitando que o mesmo entenda e reconheça sua ação como ilícita; b) desenvolvimento mental incompleto, que ocorre quando o agente ainda não desenvolveu por completo sua capacidade de entendimento em razão de sua idade cronológica, ou por falta de convivência social, como no caso dos indígenas, conforme supra explicação; c) Desenvolvimento Retardado, ocorrido quando a capacidade de entendimento cronológica é incompatível com a psíquica. Classificam-se numa escala de inteligência decrescente em débeis mentais, imbecis e idiotas; e d) Embriaguez, que é a terceira excludente de culpabilidade sobre a qual falaremos.
- 3) Embriaguez: é falta transitória de capacidade de entendimento, ocasionada por ingestão de álcool ou substância de efeitos psicotrópicos. No estado de embriaguez, classificam-se 3 fases: 1ª- Excitação ou “fase do macaco” ocorrida quando o agente ainda está na euforia inicial causada pela perda de autocensura; 2ª- Depressão ou “fase do leão” – ocorre quando, passada a excitação inicial, o sujeito torna-se mais agressivo; 3ª- Sono ou “fase do porco”- somente ocorrida quando o agente ingere grande quantidade de álcool, fica o mesmo em um estado de dormência perdendo completamente o controle sobre suas funções fisiológicas. Nesta fase só poderá o sujeito cometer crimes omissivos. A embriaguez poderá ser não acidental, acidental, patológica ou preordenada. Sendo a ela não acidental e doloso o agente será imputável; se a embriaguez não acidental for culposa o agente só não

será imputável, se no momento em que a iniciou fosse totalmente imprevisível que a conduta ocorresse. Diz Fernando Capez

“ tal posição, a ser aplicada somente em casos excepcionais, nos quais, no momento em que o agente ingere a substância, for absolutamente imprevisível o desfecho trágico, está de acordo com a moderna concepção constitucionalista do Direito Penal.”

No caso de embriaguez accidental, que pode ser causada por caso fortuito, decorrente de fatores imprevisíveis, ou força maior, decorrente de força externa que compele a pessoa à ingestão da substância, poderá ser a mesma completa ou incompleta sendo a primeira causa de excludente de imputabilidade, e a segunda apenas causa de diminuição da pena de 1\3 a 2\3. A embriaguez patológica, que é o caso de alcoólatras e dependentes químicos, por se tratar de verdadeira doença mental, receberá o mesmo tratamento desta, sendo ao agente aplicada medida de segurança consistente em internação ou tratamento ambulatorial conforme o caso. Por fim, tem-se a embriaguez preordenada, que é aquela onde o agente se embriaga justamente com a finalidade de cometer algum ilícito penal, usando da mesma como um estímulo à sua falta de coragem. Neste caso, não só o agente é considerado imputável, como se torna a embriaguez uma agravante genérica.

4) Erro de proibição: não basta apenas que o agente alegue o desconhecimento da lei para não lhe ser atribuída a culpabilidade. A isto se dá o nome de Erro de Direito, erro este que não é aceitável em nosso

ordenamento, conforme Cleber Masson “ *a ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena.*” Dispõe ainda Fernando Capez

“ *o desconhecimento da lei, embora não exclua a culpabilidade, é circunstância atenuante genérica(CP art 65, II)*”. Assim, para que seja excluída a culpabilidade, é necessário que além de não conhecer o caráter ilícito do fato, o agente também não tenha possibilidades de conhecê-lo. É o que chamamos de Erro de Proibição, onde o agente interpreta o dispositivo legal de forma diversa da que deveria, achando-se pois, no momento da conduta, estar amparado por lei. Diz Fernando Capez

“ *se, no momento em que realizava a conduta, não a sabia proibida, faltava-lhe naquele instante a consciência de que ela era ilícita, daí por que o erro de proibição sempre impedir o agente de ter a consciência atual da ilicitude.*”

Cabe dizer que “Erro” é a falsa percepção da realidade. Assim sendo, o erro de proibição incide sobre uma ação putativa, daí o fato de ser retirada a consciência da ilicitude. É o que ocorre quando, pensando que seu inimigo, que colocou a mão no bolso para pegar a carteira, fosse pegar uma arma, e por se achar sob a proteção de legítima defesa, desferiu contra ele 2 tiros certos que o levam à óbito. Neste caso, por ser o erro inevitável, é excluída a culpabilidade, ficando o agente isento de pena; se a conduta é decorrente de erro de proibição evitável, onde o agente, se tivesse mais cautela perante a situação, perceberia estar em erro e evitaria o fato, será este apenas causa de diminuição de pena de 1\6 a 1\3, conforme dispõe o artigo 21 do Código Penal: “ *o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá*

diminuí-la de um sexto a um terço”, diz ainda o parágrafo 1º: “ *considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência*”. O erro de Proibição ainda poderá ser Direto quando recair diretamente sobre a norma, onde o agente pensa ser permitida uma ação que é proibida; Indireto quando recair na situação vivida, onde o agente pensa estar em uma situação onde poderia agir de tal forma por imaginar (situação putativa) estar sob uma excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito); ou mandamental quando o agente deixa de agir por imaginar não mais existir o dever legal de agir. Dispõe o artigo 20, §1º do Código Penal

“ é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”

está este artigo se referindo às “descriminantes putativas”. Putativo tem origem na palavra latina *putare*, e significa errar, imaginar. As discriminações putativas, portanto podem ser de três tipos: 1) Situação fática – quando o agente imagina existir uma situação que de fato não existe, quando por exemplo uma pessoa que é agredida e, somente após a cessação da agressão o agente volta em casa, pega uma arma e mata seu agressor imaginando estar sob a excludente da legítima defesa. Neste caso, a agressão já havia cessado, o que findava com a situação da legítima defesa, porém, o agente imaginava que essa situação também fosse

acobertada por ela, ou seja, imagina situação que não existe; 2- Existência - aqui o erro incide sobre a existência da norma, onde o agente pensa existir uma norma que regulamente sua ação tornando-a lícita, quando na verdade não há. Ocorre por exemplo com um sujeito que, após assistir ao noticiário da TV que disse que o senado aprovou lei que regulamenta a eutanásia, o faz. Neste caso o agente não tem consciência de que não basta que o senado aprove a lei para que ela esteja em vigência, faltando ainda vários outros fatores até que ela seja sancionada e entre em vigor; 3 – Limites – Aqui a situação de fato existe, e existem uma norma regulamentando o ação do sujeito. O que ocorre é que ele ultrapassa os limites previstos, deixando estar amparado por lei mas imaginando ainda estar. É o caso de uma pessoa que está sob iminente risco ser agredida, uma vez que vê seu inimigo, que prometeu matar-lhe, vindo em sua direção e pega um pedaço de pau para se defender e quando seu inimigo chega perto ele desferiu uma paulada, derrubando-o no chão. Somente esta paulada já seria suficiente para cessar o iminente risco de agressão previsto na legítima defesa. Mas, imaginando não ser o suficiente, o agente continua a desferir pauladas no mesmo ocasionando a sua morte. Neste caso ele ultrapassa os limites quando continua a desferir pauladas, uma vez que o sujeito já estava impossibilitado de continuar a agressão contra o agente.

A Teoria Extremada diz que agindo sujeito em erro, sendo este sobre situação fática, existência ou de limites, terá como consequências as previstas no erro de proibição onde será excluída a culpabilidade, isentando-o de pena, se o erro for inevitável, ou apenas diminuindo-a se

evitável. Já a Teoria Limitada, que se sujeito age em erro, sendo e ele sobre a situação fática, será tratado com Erro de Tipo Permissivo (erro que incide sobre as excludentes) sendo chamado de “Erro Sui Genesis” tendo dentro dele tanto o erro de tipo como o erro de proibição, tendo como consequências as previstas no erro de tipo, ou seja, se inevitável ficará o agente isento de pena, se evitável responderá pela culpa nos crimes que previrem a forma culposa conforme o artigo 20, §1º do Código Penal já transcrito logo acima. Já se sujeito agir em erro que incida sobre a existência ou sobre o limite responderá conforme as formas previstas apenas no erro de proibição ficando isento de pena se inevitável ou diminuindo-a se evitável.

Tendo visto as excludentes de culpabilidade que incidem sobre a Imputabilidade do agente e sobre a Consciência da Ilícitude, passemos pois às que incidem sobre a Exigibilidade de Conduta Diversa (que são os três elementos da culpabilidade):

- 5) Coação Irresistível: A coação poderá ser física ou moral. Coação física é o emprego de força física para obrigar alguém a realizar ato que não faria por própria vontade, como ocorre por exemplo quando alguém força-o a colocar a mão em uma arma, e por cima da sua mão aperta o gatilho, exclui a Tipicidade do fato e não a culpabilidade uma vez que não tendo sido ele quem cometeu o delito, torna-se o fato atípico. E diz Damásio de Jesus:

“ quando o sujeito pratica o ato sobre coação física irresistível, não concorre a liberdade psíquica ou física. Não há vontade integrante

da conduta, pelo que não há o próprio comportamento, primeiro elemento do fato típico. Então não há crime por ausência de conduta, aplicando-se o disposto o art.13, caput, do CP”,

e diz ainda:

“A coação que exclui a culpabilidade é amoral. Tratando-se de coação física, o problema não é de culpabilidade, mas sim de fato típico, que existe em relação ao coato por ausência de conduta voluntária”.

Coação moral é o emprego de grave ameaça contra alguém a fim de que realize algum ato ou não. A coação moral poderá ser resistível ou irresistível. Quando for ela resistível será aplicado o disposto no artigo 65, III, “c” do Código Penal:

“ Art 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III- ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;”.

Quando for ela irresistível aplicar-se-á o disposto no artigo 22 do Código Penal: “ *se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*” . Assim, responderá apenas o coator pelo crime cometido pelo coato, bem como pelo crime de constrangimento ilegal previsto no artigo 146 do Código Penal. Via de regra a coação apresentará três figuras: o coator, o coato e a vítima, podendo excepcionalmente apresentar somente duas, como quando alguém é constrangido a praticar ato obsceno na rua, conforme

exemplificado por Damásio de Jesus, existindo aí apenas a figura do coator e do coato.

6) Obediência Hierárquica: segundo Damásio de Toledo,

“ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa).”

A ordem hierárquica poderá ser “legal”, “ não manifestamente ilegal” ou “ilegal”. Se for legal, não há que se falar em culpabilidade uma vez que estará sujeito agindo em estrito cumprimento do dever legal. Pois bem, se o agente recebe uma ordem de seu superior hierárquico, pressupõe ele, ser esta legal, e concorda Álvaro Mayrink da Costa “ *Há presunção de que os mandados superiores estão acobertados pela adequação à ordem jurídica.*”. Ora, se o subordinado pressupõe ser a ordem legal, ainda que não a seja, não será o mesmo punido, mas sim o autor da ordem por ser esta não ser manifestamente ilegal, conforme o dispositivo legal do artigo 22 do Código Penal supracitado. Nesse sentido diz Cleber Masson :

“o estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico exclui a culpabilidade do executor subalterno, com fulcro na inexigibilidade de conduta diversa. O fato, contudo, não permanece impune, pois por ele responde o autor da ordem.”.

Já quando a ordem for manifestamente ilegal o subordinado não terá a obrigação de cumpri-la, respondendo pelos atos praticados e tendo sua pena atenuada nos termos do art 65, III, “b” do Código Penal, caso a cumpra.

Voltando-se à atenção ao fato de que para ser o fato punível, há que ser o mesmo culpável, e que para ser culpável precisa-se haver consciência da ilicitude do fato, entramos aí em uma “contradição” do ordenamento jurídico brasileiro ao qual se dá o nome de co-culpabilidade.

3 Co-Culpabilidade

É garantia constitucional de todo brasileiro, definida como um dos direitos fundamentais, através do princípio da isonomia, a Igualdade. Seria utópico dizer que o conhecido e célebre ensinamento de que os iguais devem ser tratados de forma igual, ao passo que os desiguais devem ser tratados de forma diferente, na medida de suas desigualdades tem sido, de fato, alcançado. Essa seria a verdadeira igualdade ou isonomia, analisada sob uma ótica material, que respeitasse as particularidades de cada indivíduo e se propagasse para muito além da conhecida fórmula de que todos são iguais perante a lei.

A co-culpabilidade trata de dar ao Estado parte da culpa atribuída ao agente, que devido às condições oferecidas pelo mesmo durante toda a sua vida, não teve condições de ter consciência da ilicitude do fato cometido, sendo assim, causa de atenuante de pena. Sobre tal dispõe Nucci

“trata-se de uma reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz como autor de uma infração penal, quando se verifica não ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidade na vida, significando, pois, que alguns tendem ao crime por falta de opção.”

Não se pode esquecer que o meio social exerce inegável influência sobre as pessoas, bem como que o crime, antes de ser um fato típico, ilícito e culpável, como é definido legalmente, é um fato social, exteriorizado no mundo dos fatos. Assim sendo, quando esses agentes praticam infrações penais, deve-se apurar a sua vulnerabilidade diante do contexto social para diminuir-lhes a reprimenda. Não sob o fundamento de que a culpa é do Estado, mas principalmente diante da constatação de que muito pouco se lhe poderia exigir a título de conduta diversa, que é um dos elementos da culpabilidade.

No mesmo sentido, Batista afirma que *“em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”*.

É fato que não há em nosso ordenamento jurídico qualquer referência expressa sobre o conceito de co-culpabilidade, cabendo à doutrina o encargo de fazê-lo, conceituando e definindo sua aplicação na fixação da pena. Dispõe o artigo 66 do Código Penal: “ a pena poderá inda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”. Em contrapartida dispõe a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “ a incidência da circunstância atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Tal entendimento é contrário ao próprio ordenamento jurídico quando dispõe no artigo 65 do Código Penal que “ são circunstâncias que sempre atenuam a pena (...), deixando expressamente claro a obrigatoriedade de

redução sem fazer qualquer menção quanto ao limite mínimo previsto no tipo penal.

Por tais motivos, a súmula 231 do STJ deve ser superada para permitir que, quando o Magistrado se depare com a prática de infração penal onde exista o reconhecimento de parcela do Estado e da sociedade na conduta criminosa, reduza a pena pela presença da circunstância prevista no artigo 66 do Código Penal, inclusive aquém do limite mínimo estipulado pelo legislador, ao passo que a súmula consubstancia interpretação contra a lei.

4 Co-Culpabilidade às avessas

O Estado vem cada vez mais se dispersando de suas responsabilidades sociais através de programas que, no lugar de pelo menos dar início à um futuro desenvolvimento e melhora social, apenas “enganam” os mais necessitados que não percebem o quanto prejudicados estão sendo em vários outros âmbitos de suas vidas.

Não seria preciso ressaltar o descaso que atualmente existe em relação à saúde e educação pública. Ocorre que, ao passo que o Estado nem se quer oferece ao cidadão oportunidade de estudos e qualificação para o mercado de trabalho, não poderia o mesmo exigir que tivessem idêntico entendimento e consciência sobre certos assuntos que ficam restritos à uma classe reservada da sociedade em geral.

O lavrador, sem qualquer nível de escolaridade, e que não possuía nenhum conhecimento acerca da lei 9605\98 (lei sobre o meio ambiente), ao cometer um ilícito relativo a tal em suas atividades laborais, deve ter sua

responsabilidade dividida com o Estado que, não lhe proporcionou condição alguma de tê-lo.

Por outro lado, passemos a um patamar onde a má situação social do réu, causada em decorrência da má atividade estatal, é tipificada como contravenção penal. Tais contravenções violam claramente a teoria da co-culpabilidade, abrindo caminho ao que se passou chamar “co-culpabilidade às avessas”.

Se ao Estado é auferida a co-culpa por não ter proporcionado condições de o agente ter a consciência da ilicitude do fato, a co-culpabilidade às avessas, não só “tira” essa co-culpa estatal, como ainda pune o agente por estar onde está, não esquecendo estar o mesmo em tal situação, por não lhe ter possível de outra forma estar.

O artigo 59 da Lei das Contravenções Penais tipifica como crime a vadiagem, que tem como pena prisão simples de 15 dias a 3 meses. Vadiagem, pode-se dizer, é o que fazem os mendigos que, em sua maior parte, já nasceram na rua e assim continuaram; não tiveram sequer oportunidade de crescimento pessoal, que dirá então de crescimento intelectual.

A indagação que nos move em razão disto é como poderia o Estado tipificar o fato, e culpar alguém por estar em situação que lhe foi conferida em razão da escassez de recursos oferecidos por ele (o que seria a co-culpa do mesmo)?

5 Conclusão

O ordenamento jurídico é muito falho no que toca à culpabilidade e à aplicação das penas. Ao primeiro tem-se o fator da co-culpabilidade como grande agravante. É fato que não se pode colocar toda a responsabilidade no Estado, e que grande parte das pessoas que cometem infrações penais, as cometeriam ainda que tivessem oportunidades mais propulsoras. Porém não há como negar que o Estado não contribui da forma como deveria, não proporciona a educação devida à sociedade, e ainda quer ter o devido respaldo.

Não há como uma pessoa que não passou pelo processo de formação escolar ter entendimento em certos âmbitos da vida civil e penal. Aliás, vale dizer, não há como nem saber a diferença entre o âmbito civil e penal.

Não bastasse a falta de oportunidade proporcionada pelo Estado na seara educacional, não é alcançada nem de longe a finalidade de ressocialização do sistema penitenciário; o Estado não lhe dá oportunidade de se ter consciência da ilicitude do fato, mas ainda assim o pune; o Estado não lhe dá outra oportunidade de vida, como a vadiagem, e ainda sim o pune; não obstante a punição, o pune de forma que chega perto da desumanidade, em penitenciárias super lotadas, alimentação de baixa qualidade e em péssimas condições de convivência.

No nível da utopia, pode-se dizer que há que se fazer uma grande revolução: aqui fora temos que começar do início, na base de tudo: na educação. Não deixando também de ser bem vindos programas de

reintegração do ex-dentendo (que estará ressocializado pelo novo sistema penitenciário) à sociedade; lá dentro há que se acabar com ócio, implantar atividades diárias, ocupar o tempo dos presidiários e ensiná-los como poder retomar a convivência social; há que se verificar até onde vai a “desculpa” que muitos dão à falta de responsabilidade do Estado dizendo que apenas estão onde estão por culpa deste, e até onde, de fato, é a falta de responsabilidade dele que os leva a chegarem à tais situações. Precisa-se colocar em uma balança, e melhorar em ambos os lados, afinal é inegável a interdependência existente entre os dois.

BIBLIOGRAFIA

MASSON, Cleber, Direito Penal Esquematizado: Parte Geral , Editora Metodo, Rio de Janeiro 2008.

MAYRINK da Costa, Álvaro, Direito Penal – Parte Geral – volume 2, 7ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro 2005.

JESUS, Damásio E. de, Direito Penal – Parte Geral – 32ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo 2011.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal – parte geral, volume 1,
15ªedição, Editora Saraiva, São Paulo 2011.

FILHO, Paulo Mauricio Simão, Artigo científico – “ A Noção de Co-
Culpabilidade no Ordenamento Jurídico Penal”- Rio de Janeiro 2010

NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, Editora Revista
dos Tribunais Ltda, São Paulo - 2009