

COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS: OS DOIS LADOS DE UMA MOEDA

CO-CULPABILITY IN REVERSE: TWO SIDES OF A COIN

LUCAS LACERDA TANURE¹

PAULO HENRIQUE FERREIRA²

Resumo: O presente artigo tenciona analisar as duas vertentes de teoria desenvolvida contemporaneamente no Direito Penal brasileiro, a saber, a coculpabilidade às avessas. Com efeito, utiliza-se a coculpabilidade em seu sentido usual – já bem estruturada na doutrina brasileira, notadamente a partir do escólio de Eugenio Raúl Zaffaroni – como critério de individualização da pena, levando-se em consideração a parcela de responsabilidade do Estado no cometimento de certos delitos pelos “excluídos sociais”. De um lado, pretende-se demonstrar como a noção de coculpabilidade muitas vezes é deturpada no sistema penal pátrio, servindo-se como instrumento de seletividade que penaliza de forma mais severa justamente os já marginalizados. Em contrapartida, mostrar-se-á como a coculpabilidade pode ter aplicação inversa, a qual encontra fundamento na legislação brasileira, agravando a pena daqueles que não teriam justificativa para a prática de crimes devido à sua privilegiada condição socioeconômica.

Palavras-chaves: Direito Penal. Individualização da Pena. Responsabilidade do Estado. Seletividade. Coculpabilidade Às Avessas.

Abstract: The present article intends to analyze the two sides of theory developed contemporaneously in Brazilian Criminal Law, namely co-culpability in reverse. In fact, co-culpability in its usual sense – which is already well structured in Brazilian doctrine, notably from Eugenio Raúl Zaffaroni’s scholium – is used as a criterion of individualization of punishment, considering the share of respon-

1 Aluno do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: lucas.lacerda_tanure@hotmail.com

2 Aluno do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: paulo_d-rick@hotmail.com

sibility of the State in perpetration of certain crimes by “socially non-included”. On the one hand, it is intended to demonstrate how the co-culpability notion is misrepresented in the national criminal system many times, used as selectivity instrument that punishes harder precisely those already marginalized. On the other hand, it will be shown how co-culpability can have an inverse application, which finds fundament in Brazilian law, increasing the penalty of those who would have no justification for committing crimes due their privileged socioeconomic status.

Keywords: Criminal Law. Individualization of Punishment. Responsibility of State. Selectivity. Co-culpability in Reverse.

*“No outdoor publicitário deixou falha
Não viu ladrão de terno com a glock engatilhada.
Sequestrador a mídia cobra, um mês, tá morto
Diferente de quem rouba com a caneta de ouro
Se por milagre preso fica emocionalmente abalado
E é receita prisão domiciliar pra arrombado.
O ladrão de seis galinhas tá no presídio,
O banqueiro tá livre por que tem endereço fixo
Sonha que o congresso vai aprovar lei mais severa
É o mesmo que o deputado atirar na própria testa
Com a justiça reformulada não sou eu que estou fudido
É a madame que vai levar jumbo pro marido,
O que me faz roubar não é pena branda
É ver a lata de arroz sem um grama”*

(Facção Central, “Hoje Deus Anda de Blindado”)

I Considerações introdutórias acerca da culpabilidade.

Corriqueiramente se afirma que nenhum ponto da teoria do delito é tão controvertido quanto a culpabilidade. Ao mesmo tempo, esta é considerada por muitos o capítulo mais significativo da Ciência Jurídico-Penal. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 521), trata-se de espécie de coroamento da teoria do delito e todos os erros que se cometam nos estratos inferiores – ou seja, no exame da tipici-

dade e da ilicitude da conduta – terão repercussão na culpabilidade. Aduzem os referidos doutrinadores que *“quando os alicerces de um edifício são mal construídos, o problema mais árduo é conseguir que suporte os últimos andares da obra. Por essas razões, a culpabilidade é o mais apaixonante estrato da teoria do delito”*.

Claus Roxin (2010), por sua vez, assevera que não há categoria de direito penal mais indispensável do que a culpabilidade, visto que constitui o critério central de toda imputação. Daí o jurista alemão assegurar que *“não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo”*.

Conforme preleciona a tradicional doutrina penalista, a palavra “culpabilidade” no Direito Penal comporta significado triplo. Em primeiro lugar, corresponde propriamente ao princípio da culpabilidade, o qual, configurando-se em imposição restritiva material, impede a atribuição de responsabilidade objetiva ao autor da conduta. Para que o fato seja penalmente típico, faz-se necessária a responsabilização subjetiva do agente por dolo ou, no mínimo, por culpa. Significa dizer que *“dolo ou culpa do agente e, portanto, responsabilidade subjetiva, são requisitos para a imputação, sem os quais não há falar em fato típico e, por conseguinte, em infração penal”* (LIMA, 2012, p. 104).

O segundo significado aloca a culpabilidade em uma terceira categoria dogmática ao lado da tipicidade e da ilicitude, cuja presença é imprescindível para a configuração do crime e, conseqüentemente, para a aplicação de qualquer sanção penal. Asseveram Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) que esse conceito de culpabilidade *“é um conceito normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”*². Para caracterização da culpabilidade nesta acepção dogmática, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, tais como: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma.

Enfim, explica Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p. 105) que o terceiro significado considera a culpabilidade como elemento para medição da pena, *“funcionando como padrão para fixação das margens penais em certos marcos, servindo ao juiz, aliada a outros elementos, na individualização da pena daquele determinado autor, baseado na proporção de sua ‘culpa’ determinada pelas provas”*.

Dessa forma, verifica-se que a culpabilidade é o juízo de censura, juízo de reprovação, feito sobre a conduta típica e ilícita do agente, poden-

2 Destaca-se, ainda, o conceito ofertado por Claus Roxin, para quem a culpabilidade consiste no agir ilícito apesar da idoneidade do agente para ser destinatário de normas.

do ser entendida com base em três acepções fundamentais, quais sejam, a culpabilidade como fato impeditivo da responsabilidade penal objetiva; culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime; e culpabilidade como critério determinante da pena.

A caracterização da culpabilidade como categoria sistemática do delito é resultado de evolução dos estudos dogmáticos jurídico-penais. Salientava Franz von Liszt (1929 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 488), a propósito, que “*pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal*”.

A construção dogmática penal estabeleceu, inicialmente, que a culpabilidade prendia-se somente a um liame psíquico entre o agente e o fato tido por delituoso. Conforme esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 523):

A culpabilidade era a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade. O injusto se ocupava, pois, dessa causalidade física – causação do resultado –, enquanto à culpabilidade cabia a tarefa de tratar a relação psíquica. O conjunto de ambas as relações dava por resultado o delito.

A ideia proposta, dessarte, situava a causalidade no plano físico e a culpabilidade, entendida pelo conjunto de elementos puramente subjetivos, no psíquico. Arquitectava-se, assim, a primeira teoria da culpabilidade, chamada de teoria psicológica, defendida arduamente pelo pensamento positivista sociológico, mormente por Franz von Liszt, por força das concepções mecanicistas da época.

No entanto, diante das deficiências apresentadas dessa teoria para explicar determinados acontecimentos (*v.g.*, a culpa inconsciente e a inexigibilidade de conduta diversa), a culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente de cunho psicológico, atribuindo-se a ela um novo elemento, estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes, e, posteriormente, de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa. Desta forma, a culpabilidade passou a ser, ao mesmo tempo, uma relação psicológica e um juízo de reprovação ao autor da relação psicológica. O dolo e a culpa, então espécies de culpabilidade, convertem-se em elementos dela, acrescendo-se ainda a imputabilidade e a exigibilidade de comportamento diverso, segundo a formulação iniciada por Reinhardt Frank e ultimada por Edmund Mezger, conhecida por teoria normativo-psicológica, ou teoria complexa da culpabilidade.

Em progressiva evolução, após os trabalhos de Hellmulth Von Weber, Alexander Grafzu Dohna e, finalizando a teoria, Hans Welzerl, o dolo e a culpa passaram-se a se localizar no tipo. Já a culpabilidade ficou sem estes elementos que complicavam seu entendimento. Somente a partir desta construção é que se pôde falar de uma teoria propriamente normativa ou teoria pura da culpabilidade, vez que apenas neste momento a culpabilidade ficou limitada à pura reprovabilidade.

Ultimada essa evolução do conteúdo da culpabilidade, alguns autores acostumados a verem na culpabilidade uma imensa carga de elementos que se ligavam inexplicavelmente à pura reprovabilidade chegaram a afirmar que a culpabilidade, liberada do dolo e da culpa, tornava-se “vazia”, imputando-se à teoria normativa da culpabilidade o “esvaziamento” de seu estudo. Contudo, conforme lecionam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 524), não é isto que ocorre. A culpabilidade, enquanto critério legal de reprovação do injusto, possui dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos, quais sejam, a possibilidade de compreensão da antijuricidade e certo âmbito de autodeterminação do agente.

Segundo os referidos autores (2011, p. 525), a conduta para ser tida como reprovável deve ser averiguada pelo juízo da culpabilidade, isto é, para que haja culpabilidade, necessita-se que o agente tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuricidade de sua conduta, e que tenha atuado dentro de certo âmbito de autodeterminação. Nesse sentido, a culpabilidade é um conceito eminentemente graduável, é dizer, admite graus de reprovabilidade, de sorte que, quando os limites da autodeterminação se encontram tão reduzidos que só resta a possibilidade física, mas o nível de autodeterminação é tão baixo que não permite a sua revelação para efeitos da exigibilidade desta possibilidade, estar-se-á diante de uma hipótese de inculpabilidade.

Nesse contexto teórico é que vem ganhando espaço a teoria da coculpabilidade, vez que, por questões sociais, determinados sujeitos têm um menor âmbito de autodeterminação, o que poderia levar a um menor grau de reprovabilidade, enquanto, n’outros ventos, também por questões sociais, determinados sujeitos têm maior âmbito de autodeterminação, o que poderia levar a um maior grau de reprovação, em prol da teoria da coculpabilidade às avessas.

Vê-se, dessarte, que a culpabilidade não se encontra desprovida de conteúdo, ao revés, mostra-se ávida por debates árduos e preciosos,

como o que se pretende travar no presente acerca das teorias da coculpabilidade e, sobretudo, da coculpabilidade às avessas.

2 A teoria da coculpabilidade.

No Direito Penal contemporâneo, tem adquirido importante atenção dos juristas no tocante à individualização da pena, ainda que paulatinamente, a denominada “Teoria da Coculpabilidade”, pela qual se estabelece uma correlação entre a responsabilidade do agente e a responsabilidade daquele que irá impor a sanção penal, a saber, o Estado. Com vistas a arrefecer a exclusão social fomentada indevidamente no exercício da atividade jurisdicional penal, os adeptos desta corrente teórica buscam reconhecer os vínculos que determinadas espécies de condutas delitivas possuem com as mazelas da sociedade.

Com efeito, a coculpabilidade surge como contraponto à seletividade, à marginalização e à exclusão geradas pelo direito penal. Propõe-se, então, que a culpabilidade do delinquente seja vista a menor, quando forem parcas as oportunidades concedidas a ele pelo Estado no tocante aos direitos sociais (*n.g.*, saúde, educação, direitos trabalhistas, assistência social, etc.).

A análise da coculpabilidade implica, portanto, interdisciplinaridade, visto que conecta a Ciência Jurídica Penal aos estudos sociológicos em relação de reciprocidade. Não se defende, porém, uma redução sociológica do Direito Penal, pois há de se preservar a autonomia de ambas as ciências. O que se pretende é uma aproximação do direito com a realidade fática mediante uma visão multidisciplinar, conferindo uma maior efetividade aos propósitos do Direito Penal. É o que bem observa Grégore Moura (2006, p. 2-3), o qual busca a partir do estudo da coculpabilidade:

(...) uma verdadeira mudança de paradigma – alcançar um Direito Penal Mínimo, não seletivo, não excludente e não marginalizador, com um Estado que não seja inadimplente no aspecto social e econômico ou, quem sabe, o simples abandono do paradigma atualmente dominante – Direito Penal Máximo, como solução para todos os problemas sociais, porém, na realidade, excludente, seletivo e marginalizador –, para proporcionar maior liberdade de investigação ao cientista do Direito Penal.

O nunca assaz citado Eugenio Raúl Zaffaroni (1986, p. 59) explica com proficiente clareza o fenômeno da coculpabilidade diante do contexto social em que vivemos:

Reprochar con la misma intensidad a personas que ocupan situaciones de privilegio y a otras que hallan en situaciones de extrema pobreza es una clara violación al principio de igualdad correctamente entendido, que no significa tratar a todos por igual, sino tratar igual a quienes se encuentran en igual situación. La carga de reproche que debe restársele a quien padece una carencia social, debe cárgala la sociedad que motiva esa carencia y no el carenciado que no puede proveer a su superación³.

Há de se ressaltar que o sentido empregado aqui para a “cocolpabilidade”⁴ se distingue da acepção dogmática de culpabilidade (MOURA, 2006, p. 39 e 40). Não se pretende, afinal, responsabilizar penalmente o Estado, mas apenas reconhecer a sua ineficácia no cumprimento de seus deveres constitucionais para fins de minoração da reprovação social à conduta do agente. Ora, o Estado, detentor do *jus puniendi*, não é passível de cometer delitos nem tampouco de ser submetido a sanções penais. A cocolpabilidade, decerto, consiste na responsabilização indireta do Estado como fator a ser considerado na cominação, aplicação e execução de uma pena justa para o infrator.

Conquanto seja um dos temas mais atuais – e relevantes – nos debates da Ciência Jurídica Penal, as ideias basilares do princípio da cocolpabilidade já podiam ser observadas nos pensamentos inauguradores do Estado Moderno. Nota-se que a noção da cocolpabilidade se compatibiliza com os ideais do direito socialista, vez que busca promover a igualdade material mediante a corresponsabilização indireta do Estado ao deixar de criar oportunidades iguais de inclusão social a todos os seus cidadãos. Todavia, alguns doutrinadores têm remontado os antecedentes da teoria da cocolpabilidade ao pensamento penal pré-revolucionário francês, como assim o faz Zaffaroni (1986, p. 59).

A propósito, Grégore Moura (2006, p. 43) assevera que a origem histórica da cocolpabilidade se confunde com o surgimento do Estado Liberal fundado com fulcro nas ideias iluministas, notadamente quanto à ideia de contratualismo, que caracteriza o delito como forma de rompi-

3 Tradução livre: “Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que estão em situações de extrema pobreza é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido, o qual não significa tratar a todos por igual, mas tratar igual quem se encontra em igual situação. O ônus de reprovação que deve ser retirado de quem sofre uma carência social deve ficar a cargo da sociedade, que motiva esta carência, e não do necessitado que não pode prover a sua superação”.

4 É possível encontrar na doutrina algumas expressões sinônimas de “cocolpabilidade”, tais como: “exigibilidade social”, “culpabilidade pela vulnerabilidade”, “análise das condições socioeconômicas do agente” ou “culpabilidade delinquencial atenuada”.

mento do contrato social. Nessa toada, o referido autor define a coculpabilidade como nada mais do que “o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo (...) assumir essa ‘inadimplência’ reconhecendo a co-culpabilidade”.

Diferentemente do que ocorre em outros países latino-americanos, como Argentina, México, Colômbia e Paraguai, a legislação brasileira penal hodierna não prevê expressamente a adoção da coculpabilidade. Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm entendido que a sua aplicação encontra guarida na Constituição Federal de 1988, sobretudo em razão dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Ademais, o princípio da coculpabilidade revela-se instrumento idôneo para o atingimento do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil consagrado no artigo 3º, inciso III, da Lei Maior, qual seja, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Do mesmo modo, justifica-se a adoção da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no artigo 66 do Código Penal⁵, dispositivo que permite a utilização de atenuantes inominadas. Nesse diapasão, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 529) afirmam que a coculpabilidade “faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66”.

Certamente, a responsabilização indireta do Estado dependerá das circunstâncias de cada caso concreto. Não se pretende com a teoria da coculpabilidade consagrar a impunidade. Pautando-se na razoabilidade, apurada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, analisar-se-á se o crime cometido é consequência de uma marginalização do cidadão acen-tuada pela omissão do Estado, o qual deveria ampará-lo. É o caso comum, por exemplo, daquele indivíduo sem oportunidade de trabalho com um salário digno que pratica o descaminho ou ingressa no tráfico de entorpecentes, visando à subsistência da própria família. Diferentemente, por óbvio, não se atenuará a pena do delinquente que comete estupro apenas levando em conta sua condição socioeconômica, visto que esta não pode servir de justificativa para a prática desta espécie de crime.

5 Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pretende-se com a teoria da coculpabilidade, com efeito, estabelecer um critério que corrija a seletividade provocada pelo direito penal, de modo que este deixe de ser um instrumento de estratificação de classes sociais. Afinal, o encarceramento desmedido dos não abastados tem promovido apenas mais marginalização e desigualdade social. Nesse sentido, deve-se reconhecer a importância da coculpabilidade para o fomento do direito penal mínimo, conforme se verifica nas vantagens elencadas por Grégoire Moura (2006, p. 111):

- a) a positivação da co-culpabilidade gera mais uma disposição na legislação penal, que atenuará ou diminuirá a pena do cidadão. Com efeito, teremos maior possibilidade na concessão de benefícios legais como o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, dentre outros;
- b) diminuição da população carcerária, propiciando um avanço no caminho para solucionar o problema da superlotação das prisões brasileiras;
- c) o reconhecimento da prescrição em tempo mais curto;
- d) o propiciamento da não-intervenção penal em casos extremos de exclusão social, ou nos casos em que essa exclusão social, econômica e cultural leva o agente ao desconhecimento da lei e, às vezes, a erro, por desconhecer a ilicitude do fato.

Nos termos do insigne mestre penalista Eugênio Zaffaroni (1986, p. 61), *“no puede olvidarse que la co-culpabilidad es la forma de introducir un mínimo de justicia social en al ámbito de la cuantificación penal”*⁶.

3 A coculpabilidade às avessas e suas vertentes.

Por outro viés, a noção de coculpabilidade tem encontrado na doutrina uma reconstrução teórica, a qual promove inversão de sua lógica exordial. É o que se tem denominado “coculpabilidade às avessas”, desenvolvidas em duas perspectivas distintas.

De um lado, verifica-se a existência de um sistema penal que, ao contrário do que prega a doutrina da coculpabilidade, pune os margi-

6 Tradução livre: “Não se pode esquecer que a coculpabilidade é a forma de introduzir um mínimo de justiça social no âmbito da quantificação da pena”.

nalizados apenas em razão de sua condição socioeconômica. Em contrapartida, tem-se desenvolvido o conceito de coculpabilidade com vistas a reconhecer a possibilidade de reprovação penal mais severa nos casos de crimes perpetrados por pessoas que utilizam a via delitativa para aumentar o seu já alto poder econômico. Cada uma destas vertentes da coculpabilidade às avessas será doravante analisada.

2.1 A coculpabilidade às avessas como instrumento de promoção da seletividade e de incriminação da vulnerabilidade.

Durante séculos, o direito serviu – e ainda tem servido – como forma de expressão da dominação da classe privilegiada com maior poder político e econômico sobre os inferiormente estratificados. Como resultado, estabelece-se um perverso sistema penal seletivo, que reserva aos não abastados a prática exclusiva de determinados crimes ou o arbitramento de penas mais gravosas, promovendo-lhes uma prostração social.

Essa divisão dos crimes em conformidade com os interesses da classe mais privilegiada foi observada pelo filósofo francês Michel Foucault (2011, p. 274), para quem *“não há então natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão”*. E complementa o referido autor transcrevendo excerto publicado no jornal *“La Phalange”* na primeira metade do século XIX:

“A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem-feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, mantêm-se o monopólio das classes superiores” (01/12/1838).

Conseqüentemente, fixa-se um padrão para os criminosos – a saber, pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades –, de tal sorte que o sistema penal seleciona, marginaliza e exclui os menos favorecidos economicamente por não se encaixarem no “modelo idealizado” pela classe dominante (MOURA, 2006, p. 107).

Nesse sistema seletivo, mesmo quando se criminaliza conduta praticada por pessoa em situação economicamente privilegiada, diante do que se noticia corriqueiramente, parece haver tratamento punitivo discre-

pante: geralmente, prevalecem as penas de natureza pecuniária para os abastados, ao passo que os pobres são submetidos à restrição de liberdade.

Com efeito, Grégore Moura (2006, p. 44) aduz que a coculpabilidade às avessas se manifesta na legislação de três modos: “a) *tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas*, b) *aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico*, c) *como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal*”. Observa-se que as duas primeiras formas expressam cabalmente a coculpabilidade às avessas como instrumento de promoção da seletividade e de incriminação da vulnerabilidade.

Na legislação brasileira, muitos são os exemplos de aplicação da coculpabilidade às avessas por este viés deturpado. A Lei de Contravenções Penais contém tipificações de condutas que só podem ser perpetradas por pessoas marginalizadas. É o caso dos artigos 59 e 60 – felizmente este revogado pela lei 11.983/2009 –, prevendo, respectivamente, a vadiagem e a mendicância como infrações penais⁷.

A tipificação de tais condutas, decerto, apenas atesta a ineficiência estatal em prover os anseios básicos da população. Revela-se em certo grau, ainda, como expressão da culpabilidade de autor, hoje tão vergastada pela doutrina. “*Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 527).

Outro exemplo nítido de preferência do legislador brasileiro pelos abastados reside no tratamento dispensado à criminalidade financeira, econômica e tributária, cujos principais agentes, na expressiva maioria dos casos, são aqueles em situação socioeconômica favorecida. Nestes casos, as penas são normalmente mais brandas e a legislação prevê variadas benesses materiais e processuais, exprimindo menor reprovação social e penal aos praticantes da conduta.

7 Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos. (Revogado pela Lei nº 11.983, de 2009)

Indaga-se se tais delitos seriam, de fato, menos reprováveis socialmente. Os crimes contra a ordem tributária, por exemplo, afetam diretamente à coletividade, visto que somente com a devida e efetiva arrecadação de tributos o Estado consegue exercer a sua função última, a saber, o atendimento ao interesse público. Afinal, em caso de rombos no orçamento público, tornam-se inviáveis as prestações de serviço público e as implementações de políticas públicas com vistas a assegurar aos cidadãos os seus direitos sociais básicos. Outrossim, também atingem incisivamente à coletividade os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, popularmente conhecidos como “crimes do colarinho branco”, os quais repercutem na economia ao ocasionar a instabilidade do sistema financeiro. Como frequentemente visto ao longo da História, em épocas de crise financeira, são justamente os mais pobres que mais arcam com as consequências de instabilidades econômicas. Nos casos de crimes contra a ordem econômica, por sua vez, as condutas anticoncorrenciais afetam todos os agentes econômicos - desde as grandes corporações até os pequenos e microempresários - e também os consumidores.

Resta, assim, examinar alguns exemplos que demonstram o tratamento discrepante entre estas espécies de delito e aqueles que chamaremos de “crimes comuns”. Consoante prevê o Estatuto Repressivo, se o autor do delito voluntariamente reparar o dano ou devolver a *res furtiva*, tal fato pode servir como causa de diminuição da pena (artigo 16 do Código Penal) ou como atenuante (artigo 65, inciso III, “b”). Lado outro, se o autor de crime tributário repara o dano mediante o simples pagamento integral do crédito que deu azo à persecução criminal, ele terá a sua punibilidade extinta, consoante artigo 9º da Lei nº 10.684/2003. Analogamente, verifica-se que também serve de atenuante da pena para os “crimes comuns” o fato de o infrator espontaneamente ter confessado ou procurado minorar as consequências da sua conduta, ao passo que o cumprimento do acordo de leniência firmado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE extingue a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica.

Outra amostra da diferenciação de tratamento consiste na forma como se aplica o princípio da bagatela em caso de crime contra a ordem tributária. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça – STJ no Recurso Especial nº 1.112.748/TO, representativo de controvérsia, incide o princípio da insignificância a estes tipos de delito quando o valor do débito tributário não ultrapassar o limite de R\$

10.000,00 (dez mil reais). Conforme apontam Ariadne Elloise Coelho e Bruna Inez Vieira (2012):

A verdade é que o critério válido para os crimes tributários não é um critério geral do Direito Penal, utilizável em todas as modalidades de crime. Pode-se dizer que a maioria dos processos criminais por imputação de furto advém de valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No entanto, exige-se atualmente para aplicação do mesmo princípio da insignificância os seguintes requisitos: 1) inexpressividade da lesão ao bem jurídico; 2) ausência de periculosidade da conduta; 3) baixa relevância social da conduta; e 4) baixa gravidade da conduta praticada.

Utiliza-se como referência para esta construção jurisprudencial o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, o qual determina o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos de execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou por ela cobrada, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nessa esteira, atualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF adota o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para fins de aplicação da insignificância aos crimes contra a ordem tributária, levando-se em conta as Portarias nº 75 e 130 do Ministério da Fazenda, que atualizaram o valor constante do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 (*vide*, por exemplo, HC nº 118.067, julgado em 25/03/2014)⁸.

Por óbvio, não se pretende dizer que tais crimes devam ter as mesmas soluções aplicáveis aos demais delitos, visto que cada um deles tem as suas peculiaridades. O que pretende aqui demonstrar é que, correntemente, é mais fácil obter uma absolvição ou uma pena menor pela prática destes “crimes elitizados” do que pelo cometimento de outros crimes, como, por exemplo, o furto.

Nesse contexto de seletividade, vem à mente a célebre frase de sabedoria popular usualmente difundida nas publicações do jurista Lenio Streck: “*a lei é como a serpente; só pica os pés descalços*”. É vexatório que, em pleno século XXI, a legislação brasileira “consagre” normas que promo-

8 As Turmas Criminais do STJ, por sua vez, têm mantido a adoção do valor de dez mil reais para aplicação da bagatela quanto aos crimes contra a ordem tributária, considerando que as portarias ministeriais, por cuidar de norma infralegal que não possui força normativa capaz de revogar ou modificar lei em sentido estrito, não tem o condão de alterar o patamar limítrofe para a aplicação do aludido princípio da insignificância. Tal orientação jurisprudencial, inclusive, foi ratificada pela Terceira Seção do Tribunal Superior (Alguns precedentes: RHC 43916/ RS, DJe 24/04/2014; REsp 1393317/ PR, DJe 02/12/2014; AgRg no REsp 1460036/PR, DJe 06/02/2015).

vam o aprisionamento da população hipossuficiente em verdadeiras masmorras, quando o Estado, na verdade, deveria ocupar-se em assegurar-lhe os direitos sociais básicos previstos no artigo 6º da Constituição Federal⁹.

1.2 A coculpabilidade às avessas como mecanismo de maior reprovação penal dos “incluídos sociais”.

A coculpabilidade às avessas também pode ser entendida como mecanismo de maior reprovação penal dos “incluídos sociais”.

Nesta órbita teórica, haveria maior reprovação para aqueles sujeitos que cometem determinados delitos e são mais abastados, considerados privilegiados sociais, isto é, aqueles que tiveram acesso a uma boa educação ou pertencem a uma classe econômica com maior poder aquisitivo e, portanto, tiveram acesso às oportunidades de ter maior mobilidade social.

Tal teoria prega literalmente o inverso da teoria da coculpabilidade, pois, enquanto nesta se busca reduzir a culpabilidade do agente tendo em vista seu menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por questões sociais, naquela visualiza-se uma maior reprovabilidade do agente que, não obstante ter acesso pleno aos direitos sociais básicos, escolhe o crime como modo de vida. Consistira a coculpabilidade às avessas, nesse sentido, em atribuir aos sujeitos que estão incluídos socialmente, justamente por terem tido acesso às oportunidades que ensejam uma maior ascensão social, uma reprovação com maior intensidade. Ou seja, confere-se a sua conduta delitiva a censurabilidade – elevada reprovabilidade –, ao passo que aqueles considerados vulneráveis sociais mereceriam uma menor reprovação pela conduta perpetrada, com base na teoria da coculpabilidade.

A doutrina penalista pátria não aceita pacificamente a teoria em comento. Segundo Grégore Moura, a reprovação já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não necessitando de uma exacerbação na punição desses agentes, uma vez que a intervenção penal deve ser necessária e suficiente para proteger o bem jurídico sem insuficiências ou excessos (MOURA, 2006, p. 47-48). Todavia, apesar de também entendermos que a reprovação já está devidamente limitada pelo orde-

9 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

namento jurídico-penal, a adoção da teoria da coculpabilidade às avessas encontra espaço no nosso ordenamento jurídico.

É sabido que, enquanto a coculpabilidade é admitida como atenuante genérica inominada, com fundamento no artigo 66 do Código Penal, a coculpabilidade às avessas não pode ser compreendida como agravante genérica, porque lhe falta previsão legal, bem como não se pode perder de vista que, em se tratando de matéria prejudicial ao agente, não há espaço para a analogia *in malam partem*.

Ocorre que a aplicação desta teoria esta alicerçada na fixação da pena-base, levando em conta as circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), com base no artigo 59, *caput*, do Código Penal.

Assim, segundo entendemos, o “incluído social” poderá sofrer um maior grau de reprovabilidade e, conseqüentemente, ser punido de forma mais grave, quando do juízo da pena-base, em nome do princípio constitucional da individualização da pena. Ora, o agente que tem maior grau de autodeterminação e é potencialmente capaz de entender, de modo mais amplo, a antijuricidade norma deve ter sua conduta considerada mais reprovável.

Advertimos, outrossim, que a aplicação dessa teoria dependerá das circunstâncias de cada caso concreto. Não se pretende com a teoria da coculpabilidade às avessas consagrar a responsabilidade objetiva dos mais abastados. Sob juízo da razoabilidade e da culpabilidade, entendida esta como padrão para fixação das margens penais em certos marcos que serve ao juiz – aliada a outros elementos – na individualização da pena daquele determinado autor, com base na proporção de sua “culpa” no caso em concreto, analisar-se-á se o crime cometido é mais reprovável quando as condições sociais e econômicas indicarem a falta de justificativa e a consciência da ilicitude, de forma que a prática delituosa foi uma decisão dentre as inúmeras oportunidades. É o caso comum, por exemplo, daquele indivíduo com oportunidade de estudo, de trabalho digno e escorado em sólida base familiar, resolve ingressar no tráfico de entorpecentes, visando apenas saciar sua aspiração de viver desse modo que sabe, pela ampla base de autodeterminação, ser inaceitável pela sociedade. Há também aqueles que se valem justamente do seu poder político ou econômico para o cometimento de crimes.

Diferentemente, à evidência, não se aumentará a reprovabilidade do agente “incluído social” que comete estupro apenas levando-se em

conta sua condição socioeconômica, visto que esta é não causa a determinação para esse tipo de delito. Decerto, não se quer dizer com isto que os crimes contra a dignidade sexual são menos reprováveis do que a comercialização de drogas. O que se afirma aqui é que, sob a ótica exclusivamente socioeconômica, a reprovabilidade daquele que já goza de boas oportunidades na sociedade será maior quando perpetrar delitos simplesmente para aumentar a sua renda.

E assim o é, pois, a própria Constituição Federal estabelece expressamente no artigo 5.º, XLVI, a individualização da pena, repousando o princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento. Desta forma, a teoria da coculpabilidade às avessas encontra guarida nesse princípio angular, vez que busca atribuir maior responsabilidade àquele que se pode exigir mais, dado a sua maior capacidade de decisão de praticar a conduta.

Em que pese os argumentos expendidos, há quem rechace a aplicação dessa teoria, devido, sobretudo, a falta de maiores debates e reflexões sobre o caso, pensando que tal expediente implicaria responsabilidade objetiva dos “incluídos sociais”. Repisa-se, porém, não ser isso o que se pretende. A teoria, assim como entendemos, deve ser utilizada na dosimetria da pena como forma de atribuir àqueles que possuem uma conduta mais reprovável uma pena mais grave, a fim de dar cumprimento aos desígnios da pena.

Aliás, calha registrar que o ordenamento jurídico pátrio encampa, em alguns dispositivos legais, essa teoria de forma indireta, elevando a reprovabilidade da conduta daqueles que estão incluídos socialmente. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 76, inciso IV, alínea “a”, inserido no Título II que trata das infrações penais, estabelece que são circunstâncias agravantes dos delitos previstos no aludido Código os crimes cometidos por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à vítima. Ademais, a Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, prevê que são agravantes do crime de usura ser o autor militar, funcionário público ou pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.

Logo, a teoria tem respaldo legal no ordenamento jurídico pátrio, sendo que os instrumentos para a reprovação já estão devidamente previstos e limitados, uma vez que a intervenção penal deve ser necessária e

suficiente para proteger o bem jurídico, buscando a reprovação e a efetiva prevenção.

Considerações finais.

A culpabilidade, enquanto parte inseparável da Ciência Jurídico-Penal, mostra-se berço de instigantes e árduos problemas jurídicos. Atuando como categoria da dogmática da teoria do crime, evitando a responsabilização penal objetiva e, sobretudo, como elemento de medição da pena, a culpabilidade revela-se como meio para aferir a exata medida da reprovabilidade da conduta do agente para, conseqüentemente, aplicar-lhe a pena justa, consubstanciada naquela eficiente e necessária para a reprovação e prevenção da conduta. Nessa toada, a teoria da coculpabilidade às avessas, enquanto instrumento para aumentar a pena dos “incluídos sociais”, encontra espaço na legislação pátria, podendo ser sopesada na primeira fase do critério trifásico, quando verificada a maior culpabilidade desses agentes na prática delitiva levando-se em consideração o maior âmbito de autodeterminação. Lado outro, tal teoria, na sua vertente deturpada, a qual penaliza de forma mais severa os já excluídos socialmente, deve ser totalmente rechaçada, pois a seletividade social é totalmente contrária a ordem de valores adotadas pela Constituição da República de 1988.

O fato é que não se pode olvidar que o Estado tem a sua parcela de responsabilidade quando o marginalizado cometido algum crime com vistas a ascender socialmente, sobretudo se considerarmos que ele avocou como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. Ademais, o Estado muitas vezes acaba por mostrar-se deveras conivente com a criminalidade perpetrada pelos abastados; quiçá se comportando como refém do poder político-econômico capitalista. Diante deste contexto, o que se busca é um sistema penal menos seletivo, que procure arrefecer a estratificação social ao invés de acentuá-la.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Ariadne Elloise; VIEIRA, Bruna Inez. *A Teoria da Co-culpabilidade Às Avessas nos Delitos Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária*. Boletim

Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 984. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2548> > Acesso em: 15 out. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: Princípios Constitucionais Penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOURA, Grégore Moura. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e Sua Exclusão no Direito Penal*. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 191, outubro de 2010. Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <http://revistadotribunais.com.br> >. Acesso em: 15 out. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina*. Informe Final, 1986. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1994/5.pdf> > Acesso em: 15 out. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RECEBIDO EM: 15/10/2015

APROVADO EM: 15/03/2015