

## COCULPABILIDADE E VULNERABILIDADE: VISÃO SOCIAL DA CULPABILIDADE DO SUJEITO

Otávio Augusto Copatti dos Santos<sup>1</sup>  
Sílvia de Freitas Mendes<sup>2</sup>

**Área de conhecimento:** Direito

**Eixo Temático:** Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Tutela dos atos infracionais (ECA)

### RESUMO

No presente trabalho pretende-se avaliar o conceito de culpabilidade e sua nova tendência com o tema coculpabilidade e vulnerabilidade. Diante de tal temática, estabelece-se o seguinte problema: como atenuar a avaliação da culpabilidade considerando-se a coculpabilidade e a vulnerabilidade do acusado diante da ausência ou insuficiência de políticas públicas? Para o estudo desse problema foi determinado como objetivos: avaliar o atual panorama da culpabilidade e analisar a coculpabilidade como tendência a contribuir para a definição de culpabilidade. O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do tema foi o bibliográfico, fazendo-se a busca em doutrina para apresentar conceitos e construir um posicionamento crítico acerca da análise da culpabilidade do acusado.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Coculpabilidade. Vulnerabilidade.

### 1 INTRODUÇÃO

Diariamente são noticiadas várias práticas delitivas. Aponta-se a conduta e o sujeito ativo. Porém, em poucos casos são mencionadas as causas que impulsionaram a ocorrência do crime, bem como o histórico de vida dos indivíduos envolvidos.

Na teoria do delito verifica-se uma atenção com o indivíduo/sujeito ativo do crime nos conceitos do termo culpabilidade. Este termo pode ser compreendido como princípio (o qual veda a responsabilização penal objetiva) como elemento do delito e grau de reprovabilidade.

Neste trabalho propõe-se como objetivos avaliar o atual panorama da culpabilidade e analisar a coculpabilidade como tendência a contribuir para a definição de culpabilidade. Tais objetivos contribuirão para tentar analisar o seguinte problema de pesquisa: como atenuar a avaliação da culpabilidade considerando-se

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Francisco Beltrão; estudante membro do Grupo de Estudo em Direito, Democracia e Sociedade. otavioacopatti@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Francisco Beltrão; Mestre em Ciências Sociais e Aplicadas pela UEPG; Líder do Grupo de Estudo em Direito, Democracia e Sociedade. silviamedes2005@yahoo.com.br



---

---

a coculpabilidade e a vulnerabilidade do acusado diante da ausência ou insuficiência de políticas públicas?

Para o desenvolvimento do tema adotou-se a pesquisa bibliográfica, fazendo-se um comparativo entre as diversas teorias para, posteriormente, realizar apontamentos críticos sobre o tema.

## **2 REVISÃO DA LITERATURA**

### **2.1 ATUAL PANORAMA DA CULPABILIDADE**

A culpabilidade é um dos três pilares fundamentais do delito, juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade. Tem-se assim consolidado que o delito se consuma em uma espécie de escala: primeiramente, o fato deve estar previsto como uma infração penal (fato típico); em seguida, ser a ação ou omissão contrária ao direito (o que se verifica por um critério de exclusão, com as causas que afastam a antijuridicidade da conduta) e, por fim, ser o agente culpável, o que significa dizer que a pessoa possui capacidade, em sentido amplo, de responder por sua conduta típica e antijurídica.

A culpabilidade, por sua vez, assume três aspectos distintos, reconhecidos amplamente pela doutrina, e que, por mais que sejam classificados em compartimentos distintos, seria incorreto dizer que se tratam de conceitos estanques entre si. O primeiro deles é a culpabilidade enquanto princípio, que significa dizer que a responsabilidade penal deve ser analisada sob um viés subjetivo, sendo necessário que o autor do fato típico e antijurídico tenha atuado dolosa ou culposamente (GRECO, 2008, p. 117). Nas palavras de BUSATO (2013, p. 524), a culpabilidade enquanto princípio se traduz em uma “[...] exigência de demonstração de uma contribuição subjetiva especial individual para o delito como requisito para a atribuição de responsabilidade por resultados desvaliosos.”

O segundo aspecto característico da culpabilidade é a sua aceitação enquanto limitadora da pena, no sentido de proporcionalidade entre o desvalor da ação e do resultado. A reprovação do autor para um mesmo fato pode ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias ou dos meios empregados na prática. Segundo



BITENCOURT, quando se trata da culpabilidade enquanto medição ou determinação da pena,

[...] a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.” (2012, p. 489)

Sob este viés, a culpabilidade tem o papel de dar também segurança jurídica à aplicação da pena, tendo em vista em que é nesta fase de apreciação do fenômeno delitivo em que se avalia, resumidamente, a gravidade da conduta em relação à consciência do autor e a sua opção de agir conforme o direito – que fazem menção ao terceiro aspecto da culpabilidade, como veremos a seguir, enquanto exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato. De acordo com BUSATO, a culpabilidade enquanto limitadora da pena “[...] representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face de seu contexto”(2013, p. 525), afirmando que:

Admitida a culpabilidade como expressão de subjetividade, ou de decisão do sujeito em face da conduta delitiva, é óbvio que essa decisão será sempre circunstancial e relacionada a uma postura de maior ou menor enfrentamento dos valores sociais protegidos normativamente. [...] a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de repulsa social e, uma vez que ela exista, seu grau será determinante para compreender a necessidade de maior ou menor reação social contra a conduta. (2012, p. 525)

A determinação da extensão do desvalor da ação e do resultado, bem como a repulsa social, pode se dar por outros critérios, que fazem parte da culpabilidade enquanto elemento do delito e que tentam sistematizar de forma objetiva (normativamente) a análise subjetiva do autor.

Neste ponto, a culpabilidade volta-se especificamente a pessoa que cometeu o fato típico e antijurídico, fornecendo critérios para que se confira a aptidão do autor em responder por sua conduta. Segundo BITENCOURT, que trata deste aspecto como sendo a culpabilidade um fundamento da pena,

[...] refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. (2012, p. 489)



### 2.1.1 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE. A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO NORMATIVO PURO E O CONFLITO ENTRE EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA E POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATOS.

Tais critérios (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) são resultado de uma evolução na teoria do delito. A teoria psicológica da culpabilidade foi a primeira a ser sistematizada no mundo jurídico, apesar de o direito romano já conhecer, no estudo do dolo, os aspectos subjetivos da ação.

De acordo com BITENCOURT, para esta teoria a culpabilidade era o “(...) vínculo subjetivo que existia entre a conduta e o resultado, assim como, no plano físico, a relação era a causalidade”(2012, p. 494). A culpabilidade se constituía apenas por dolo e culpa, não existindo os elementos que conhecemos no modelo atual - a potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade, sendo esta última apenas um pressuposto. Dolo e culpa eram formas de culpabilidade, e esta só poderia ser afastada com a exclusão do elemento psíquico, do vínculo psicológico entre autor e fato: em caso de erro ou coação.

BUSATO, ao explicar a teoria psicológica, cita Luiz Jiménez de Asúa:

[...] a culpabilidade se esgota inteiramente com a consideração dos pressupostos psicológicos que, com a característica do injusto que ostenta o ato, fundamentam a pena. Estes pressupostos de índole exclusivamente psicológica são o dolo e a culpa. Por fim, só o homem é culpável, com toda a simplicidade, por ter atuado dolosa ou culposamente. Só a psique do autor deve considerar-se para essa teoria [psicológica] da culpabilidade. (2013, p. 531)

Críticas foram feitas a esta teoria. Seu principal defeito era a insuficiência em relação à conduta culposa, pois esta trata de um não querer o resultado atingido. De acordo com BUSATO, “[...] na imprudência inconsciente não há nenhuma ligação psicológica entre o agente e o fato, até porque é da essência dele a imprevisão do resultado desvalioso”(2013, p. 532).

Já a teoria psicológica-normativa veio dar novos contornos ao conceito de culpabilidade e, por sua vez, foi a evolução de uma



[...] realidade psíquica que deve ser constatada e passou a ser considerado um juízo jurídico, deixando de estar focado na mente do autor e passando a figurar como um juízo pessoal de censura pela prática de um ato ilícito. [...] Em realidade, não se negava a existência do vínculo psicológico representado pelo dolo e pela culpa. O que se afirmava é que a incumbência do direito não é aferir esse vínculo, mas sim, valorá-lo. A culpabilidade seria um juízo a respeito de uma realidade psicológica. (2013, p. 533)

A doutrina reconhece que os três principais precursores desta teoria foram Reinhard Frank (defensor da ideia de que dolo e culpa não esgotavam a culpabilidade e criticou a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade), James Goldschmidt (responsável pela distinção entre a norma jurídica e a norma de dever: violar a norma de dever que está positivada só implica em crime caso o autor tenha consciência da existência da norma jurídica – o que se assemelha à potencial consciência da ilicitude), e Berthold Freudenthal (reconhecendo a distância entre o povo e o direito e elaborando a exigibilidade de conduta diversa, dizendo que a incapacidade de agir conforme a norma de dever, desde que causada pela “excepcionalidade das circunstâncias”, deveria excluir a culpabilidade).

De acordo com BUSATO,

[...] a consciência da ilicitude que se exigiu foi uma consciência presente, ou seja, a afirmação da culpabilidade passou a depender não só da presença de dolo ou imprudência, mas também de que o autor soubesse o que estava fazendo, soubesse que estava atuando contra o direito. (2013, p. 536)

Assim, a grande inovação trazida pela teoria psicológico-normativa foi a inclusão de novos elementos na estrutura da culpabilidade. Ao lado do dolo e da culpa, incluiu-se a imputabilidade e a exigibilidade de conduta conforme o direito.

Todavia, esse modelo foi também superado, pelo conceito normativo puro de culpabilidade, predominante atualmente. Formulação de Hans Welzel, o dolo e a culpa migraram de posição na teoria do delito, passando a fazer parte da tipicidade. A razão para tal modificação é que, por razões filosóficas, Welzel entendia que a ação humana era constituída também de vontade. O elemento psicológico de fazer (ou omitir-se em fazer) não pode ser analisado separadamente da ação, pois sempre existe, em alguma medida, a decisão em praticar determinada conduta. Segundo BUSATO,

Esse conceito de ação era buscado por Welzel em raízes que remontam ao próprio Aristóteles, sempre com a ideia de que a ação humana é constituída de uma vontade dirigida a um fim. Essa vontade, vinculada a um propósito,



---

---

certamente implicaria no reconhecimento de que o dolo seria um elemento da própria ação.(2013, p. 535)

A culpabilidade, por sua vez, ficou com outras categorias: a potencial consciência da ilicitude (que trabalha com uma presunção de conhecimento, uma vez que não é possível entrar na mente da pessoa para conferir se de fato ela sabe ou não que tal ação é criminosa), a inexigibilidade de conduta diversa (que é uma análise sobre as circunstâncias fáticas) e a imputabilidade.

BITENCOURT define a culpabilidade no modelo normativo puro como “(...) a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um ato contrário ao direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente do que o fez”.(2012, p. 505)

BUSATO faz uma crítica ao modelo normativo puro, pelo fato de os critérios estabelecidos – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – serem demasiadamente objetivos e trabalharem com padrões reconhecidos e fixos de conduta e consciência humana, o que remonta inclusive ao conceito de homem-médio. Segundo o autor,

A conversão de um conceito psicológico em um conceito normativo puro da culpabilidade abriu a porta a uma matriz que, de certo modo, despreza a individualidade, posto que converte a identificação da culpabilidade em um mero processo de atribuição. Os critérios normativos são unicamente atribuídos, e não têm nenhuma vinculação com o “ser”, adotando *standards* de condutas em supressão à característica de identidade individual do culpado.(BUSATO, 2013, p. 541)

Deve se reconhecer que, na atualidade, o conceito de culpabilidade passa por uma crise, pelo simples fato de trabalhar com duas categorias antagônicas entre si, que põe em choque a coesão de tal mecanismo: a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Na primeira, trabalha-se em razão da pessoa subjetivamente individualizada: é (ou deveria ser) um juízo sobre a capacidade, ainda que potencial, do agente perceber o caráter lesivo (considerando que as regras penais tem por finalidade a proteção de bens jurídicos e não a sua própria eficácia) de sua conduta. Ilustrando, a pessoa que comete um homicídio por um relevante valor social ou moral (por retaliação a uma violência praticada a uma pessoa próxima, por exemplo) tem, por tal razão, sua culpabilidade atenuada, pois se assume, através deste critério, que o ser humano reconhece legítima a retribuição pelo mal sofrido, e, em razão da extensão do dano suportado, sua conduta penalmente definida (típica, antijurídica e culpável) merece ser menos reprovada



---

---

pela motivação que a causou. Em outras palavras, não seria ilícito, pois seria justo, na consciência da pessoa: sua percepção sobre a sua conduta não enseja, para todos os efeitos, uma sanção penal.

Falando-se de crimes de dano e, principalmente, contra a vida e a pessoa humana, torna-se difícil, como se percebe do exemplo acima, sustentar a deficiência da potencial consciência da ilicitude – pois, nestes casos, temos noção de que matar alguém, independentemente do motivo, é uma ação muito grave.

Todavia, se pensarmos em outras infrações penais, como as de perigo abstrato ou as de mera conduta, a potencial consciência da ilicitude começa a mostrar seus furos. Em primeiro lugar, porque é um conceito que funciona na base de uma apreciação subjetiva do psicológico da pessoa, na tentativa de torna-la objetiva. Como se apreende o intelecto da pessoa? Como saber se ela tinha consciência de que aquela conduta violava o direito, com base na consciência da ilicitude? Fica a cargo do julgador, através de um critério que leva por base o padrão de conduta da sociedade em que estão inseridos, reconhecer ou não a potencial consciência do autor em relação à conduta que cometeu.

O problema se agrava quando a exigibilidade de conduta diversa entra em cena, pois ela trata, de forma simplificada, de um padrão de conduta que deve ser seguido pelas pessoas, presumindo que sempre existe uma margem de opção entre a violação ou não de bens jurídicos. Assim, quando contrapostas a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, a incongruência parece evidente: enquanto que na primeira se valoriza a carga subjetiva do indivíduo (que deveria compreender um profundo conhecimento sobre as circunstâncias em que esta pessoa esta inserida, para dizer o mínimo), na segunda exige-se da pessoa que ela aja de acordo com um padrão de conduta imposto e reconhecido pelo sistema jurídico-penal.

### 2.1.2 A COCULPABILIDADE COMO TENDÊNCIA NO MODELO ATUAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A CRIMINALIDADE DE MASSA.

Isso significa dizer que, em poucas palavras, se de um lado o Estado têm o dever de fornecer a base da dignidade da pessoa humana (com seus deveres de educação, segurança pública, saúde, redução da desigualdade e da



---

---

marginalização), por outro lado ele deve possuir legitimidade para exigir (bem como a sociedade que representa) destas pessoas que ajam de acordo com o ordenamento jurídico. Porém, quando a máquina estatal falha em prover o mínimo à sociedade (especialmente às comunidades vulneráveis economicamente, onde a criminalidade de massa encontra terreno para desenvolver-se), parece impossível exigir de tais populações que elas cumpram com a sua parte no “acordo”. De acordo com PALADINO,

Desde já, em que pese algumas políticas existentes, adota-se a premissa de que não se pode falar em um modelo caritativo quando se aborda o Brasil. Sabe-se que a ineficiência dos governantes, o inchaço da máquina administrativa, a má administração, a falta de recursos, a corrupção, os interesses políticos, os aspectos históricos e as desigualdades são elementos que dificultam a sobrevivência do cidadão, questionando-se a legitimidade do Estado ante a sua ineficiência (MOURA, 2006, p.62).

A coculpabilidade possui seu fundamento sobre esta ausência do Estado em fornecer condições mínimas para que a pessoa possua uma autodeterminação ou condição de poder escolher entre o lícito e o ilícito (levando-se em consideração sempre a ideia do bem jurídico com critério para tanto). É como se, por omissão da máquina estatal, o sujeito não tivesse outra saída para suprir suas necessidades econômicas com exceção de praticar delitos.

De acordo com BUSATO, a ausência de autodeterminação acaba por tornar impossível a utilização do atual modelo da culpabilidade, que é assentada sobre uma presunção de liberdade de escolha. Segundo o autor,

[...] o sujeito a ser considerado não é o indivíduo isolado, mas em seu contexto social, e o contexto social, a se ter em conta, hoje, é de um mundo moldado segundo os padrões capitalistas globalizados de exclusão. Esse mundo, sem dúvida, condiciona os sujeitos, formando uma massa de excluídos. Essa conclusão não é somente da participação na sociedade de consumo, mas do próprio espaço, levando a uma importante limitação da liberdade de escolha, o que aflige, diretamente, o conceito de culpabilidade.(BUSATO, 2013, p. 553)

Por mais que seja criação recente, o conceito de coculpabilidade (ou vulnerabilidade) possui, por trás de sua ideia, um longo processo histórico que a fundamenta, e sua construção teórica na doutrina penal deve ser entendida enquanto reconhecimento de uma realidade. ZAFFARONI, dividindo o mundo ocidental em regiões centrais (mais especificamente a Europa continental) e marginais (a América Latina) faz menção a dois episódios históricos que marcaram a





---

---

construção das sociedades em que vivemos hoje, e que legitimaram a violência do sistema jurídico-penal, transformando a pessoa em mero objeto e não sujeito de direitos, neste lado do hemisfério: a expansão mercantil do século XVI e a revolução industrial do século XVIII. Segundo ele,

Estes são dois capítulos genocidas, praticados em consequência de uma incorporação forçada que implantou um controle punitivo transculturado, funcional para os objetivos colonialistas e neocolonialistas. Nestes dois momentos, a ideologia genocida foi justificada em razão de nossa “inquestionável inferioridade”, dentro de um “marco teórico” teocrático no colonialismo (inferioridade por não haver recebido a mensagem cristã) e de um “marco científico” no neocolonialismo (inferioridade por não possuir o mesmo grau de “civilização”) ou por ser biologicamente inferior”.(ZAFFARONI, 2001, p. 119)

Essa ideia de genocídio proposta pelo autor argentino tem por finalidade demonstrar que, para o exercício do poder, a segregação social e a eleição de um “inimigo” do Estado – a figura daquele que se opõe a uma cultura forçosamente imposta, são mecanismos necessários ao controle da sociedade e a própria funcionalidade do sistema. Isso fica bastante evidente quando olhamos, adotando a nomenclatura proposta pelo autor, para a composição das nossas sociedades marginais: uma vasta miscigenação étnico-cultural (no sentido de origens e hábitos ou costumes), e uma enorme diversidade de identidades sociais, o que acaba por tornar insuficientes os modelos e conceitos jurídicos (para mencionar somente estes) importados das regiões centrais, pois foram concebidos sob um contexto social muito mais uniforme, por assim dizer.

Em nosso caso, porém, essa uniformidade não existe: basta olharmos para a quantia de etnias e grupos sociais existentes nos países sul-americanos para constatarmos que tratam-se de sociedades heterogêneas. E assim, como o sistema é elaborado para privilegiar determinadas pessoas ou grupos e sancionar outras (o que não deveria confundir-se com detentores do exercício do poder, devendo significar o agir de acordo e contrariamente ao Direito, respectivamente), acaba por, em nosso contexto, atingir somente as pessoas que não possuem uma condição social e circunstancial que lhes permitam a mudança (a chamada mobilidade social). Em outras palavras, é afirmar que, não basta o Estado ser incapaz de dar o que promete, ainda pune aqueles a quem deveria auxiliar, quando violam um conjunto de regras inviáveis na prática.

São valiosas as palavras de ZAFFARONI neste sentido:



---

---

O genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista. [...]

Em alguns países, esta situação torna-se mais evidente quando o genocídio assume um aspecto inquestionavelmente étnico, como a contribuição do sistema penal para a extinção do índio, ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos.”(ZAFFARONI, 2001, p. 125)

A coculpabilidade, na realidade, não tem por fundamento um foco na pessoa criminosa, como se pode avaliar em primeiro momento. Seu fundamento está sobre a própria forma com que o sistema jurídico-penal é construído: uma repetição de modelos importados de outros países, com outras características sociais. Estas regras do sistema, por sua própria origem, não compreendem de forma eficaz a realidade social da região marginal, dando ao direito penal um caráter seletivo na escolha de suas ‘vítimas’: punindo com severidade a criminalidade de massa (principalmente os crimes contra o patrimônio), e fechando os olhos para a criminalidade proveniente de quem exercita o poder (corrupção, tráfico de influência, fraudes de variadas espécies, sonegação etc.). E o pior de tudo: perpetuando o discurso selecionador sem promover nenhum tipo de melhoria dos meios sociais carentes, nem trabalhando a pessoa do delinquente para que não volte a delinquir.

Em uma palavra: uma sociedade mais igualitária e equilibrada (principal, mas não somente em aspectos econômicos) gera menos violência. De acordo com o Relatório das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano do ano de 2013, “A desigualdade e a exclusão são injustiças sociais que, fundamentalmente, corroem as liberdades humanas” (Organização das Nações Unidas, 2013). Ainda neste sentido, o relatório diz que:

No Brasil, pelo menos um quarto das desigualdades de remuneração estão associadas às situações dos agregados familiares, como o sucesso escolar, a raça ou a etnia, ou o local de nascimento dos pais. Esta persistência dos padrões de distribuição de rendimento entre as gerações é igualmente evidente no Chile e no México, embora, no México, se tenha assistido a um aumento da mobilidade intergeracional nos últimos anos. Em geral, a América Latina padece de uma mobilidade social baixa e de escassas oportunidades para aqueles que beneficiam em último lugar da distribuição de rendimentos, para os quais o desempenho na sociedade é, em grande medida, determinado por características de contexto que não podem controlar. O problema é particularmente difícil em sociedades heterogêneas, uma vez que os membros de grupos desfavorecidos têm grandes dificuldades para progredir. ( Organização das Nações Unidas. Relatório de Desenvolvimento Humano 2013: p.37. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>. Acesso em: jul. 2014.)



Esse estado fático de desigualdade social deve ser sempre levado em conta na hora de avaliar-se a funcionalidade do sistema jurídico penal em relação a criminalidade. Negar que o meio social não possui influência na formação da pessoa, bem como na limitação de suas escolhas para um caminho danoso para si e seus semelhantes (a violação de bens jurídicos através da prática de crimes) é perpetuar a falha do direito penal em compreender e combater melhor o fenômeno da criminalidade: se a autodeterminação torna-se um mito quando passa pelo reconhecimento da existência de uma coculpabilidade entre Estado e sujeito ativo do crime, então o conceito de culpabilidade atual não é mais suficiente e deve ser questionado. O próprio Relatório da ONU afirma que “A existência de desigualdades pode afetar negativamente as interações sociais e restringir a liberdade de escolha.”, e não fazer uso dessa ferramenta para o desenvolvimento de uma nova sistemática penal é um erro, um comodismo epistemológico já arraigado, denunciado há bastante tempo por autores como Lênio Streck e o próprio Zaffaroni. Ensina o mestre argentino que:

Quanto à formação e treinamento dos operadores dos órgãos judiciais, não podem ser negados uma considerável massificação do ensino, uma redução da bibliografia, uma adestrada incapacidade para vincular fenômenos e, em geral, uma degradação tecnocrática do direito que, escassamente, supera o nível exegético de preparação de empregados com título. As exceções apenas confirmam a tendência geral. (ZAFFARONI, 2001, p. 133)

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coculpabilidade é o reconhecimento de que o sistema jurídico-penal e, conseqüentemente, o próprio Estado possuem uma insuficiência prática em garantir direitos básicos elementares, assegurados pela Constituição Federal. Por mais que esta contestação seja óbvia aos olhos da maioria das pessoas, a partir do momento em que a teoria penal admite a relação entre a ausência estatal que sonega oportunidades do indivíduo e a proliferação de uma parcela bastante específica de criminalidade (principalmente crimes contra o patrimônio e o próprio tráfico de entorpecentes), novas possibilidades se abrem diante da atual situação não só da culpabilidade, mas da teoria do delito e da própria política criminal.



A primeira delas seria incluir o critério da vulnerabilidade no conceito da culpabilidade, como maneira de estabelecer um parâmetro capaz de diminuir a reprovação social da pessoa em situação vulnerável pelas suas condições de vida. A vulnerabilidade poderia traduzir-se na forma de uma atenuante genérica, por exemplo. Por mais que o art. 59 do Código Penal inclua as circunstâncias em um dos critérios de fixação da pena base, ele não especifica que circunstâncias são essas – o que dependeria, na prática, da aplicação por cada julgador. Estabelecer um critério próprio e de aplicação obrigatória (não discricionária), caso verificada tal condição de vulnerabilidade, seria também uma forma de aperfeiçoar a individualização da pena através do tratamento distinto entre agentes desiguais em suas características. O critério básico seria afirmar que a reprovabilidade da conduta seria inversamente proporcional à vulnerabilidade do agente – o que poderia implicar, por outro lado, na inclusão de uma expressão específica no mencionado art. 59 do Código Penal, fazendo com que a avaliação da coculpabilidade fosse um critério para a fixação da própria pena base (o que excluiria, desta forma, o critério da atenuante genérica proposto antes).

Em segundo lugar, a coculpabilidade poderia ser utilizada, além de uma nova baliza para o direito penal, como norteadora de políticas pública de mapeamento de regiões em situação de vulnerabilidade para que o Estado leve às populações de tais localidades o desenvolvimento necessário (principalmente de infraestrutura) o que contribuiria para a prevenção da criminalidade – mas certamente este esforço não é simples e demanda o combate ao próprio crime que já existe em tal sociedade.

Se o Estado fornece o mínimo para que as pessoas possam formar seu caráter e tomar suas decisões, duas situações podem ser reconhecidas: primeiramente, que o Estado pode exigir então uma conduta de acordo com o direito de tais pessoas que antes se encontravam em situação de vulnerabilidade; segundo: que a reprodução da criminalidade, à um longo prazo, seria atenuada. O desenvolvimento do conhecimento e da vontade (inclusive, mas não só em relação ao direito) são bem destacados pelo professor alemão JAKOBS:

Se se consideram as condições psíquicas que devem estar cumpridas para que uma norma seja respeitada, obtém-se o seguinte resultado: para cumprir a norma necessita-se, por um lado, de um motivo para respeitá-la e, por outro, a capacidade psíquica de encontrar e acatar a norma em



questão. Por conseguinte, trata-se de uma prestação volitiva e de uma prestação cognitiva. Falando em termos exemplificativos: só pode cumprir tal ordem quem tem a vontade de acatar tal ordem, quem é capaz de reconhecer que essa ordem se dirige a ele e, ademais, de conhecer o que se deve fazer para cumprir a ordem. Resumidamente, trata-se de querer e conhecer. (2003. p.12-13)

De qualquer maneira, em tempos de desenvolvimento de ciências penais integradas e voltadas não só para a repressão, mas também para a repressão do crime, tal iniciativa seria bastante útil. Certamente, é uma hipótese abrangente e que, dado o propósito deste trabalho, não deve aqui ser aprofundada.

Assim, diante do estudo elaborado acima, é perceptível a insuficiência do atual modelo utilizado pelo nosso ordenamento jurídico, principalmente quanto à estrutura normativa da culpabilidade. A coculpabilidade e a vulnerabilidade se apresentam como alternativas interessantes para a compreensão e posterior mitigação da criminalidade gerada nos grupos sociais mais carentes, que hoje representam a maior parte da população carcerária de nosso país.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

JAKOBS, Günther. O princípio de culpabilidade. In: **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

Organização das Nações Unidas. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013 - A ascensão do sul: Progresso humano num mundo diversificado**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>. Acesso em: jul. 2014.

PALADINO, Carolina Freitas. A corresponsabilização penal estatal: réquiem ou remição das funções das penas privativas de liberdade. In: **Revista SJRJ**, v.18, n.30, p.207-232, Rio de Janeiro, abr. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed. Revan: Rio de Janeiro, 2001.

