



COCULPABILIDADE PENAL UMA QUESTÃO SOCIAL

LÁZARO SAMUEL
GONÇALVES GUILHERME



editora
D'PLÁCIDO

COCULPABILIDADE

PENAL

UMA QUESTÃO

SOCIAL

COCULPABILIDADE PENAL UMA QUESTÃO SOCIAL

LÁZARO SAMUEL
GONÇALVES GUILHERME



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Imagem por Dany13, via VisualHunt)

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves.

Coculpabilidade penal: uma questão social - Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-803-1

1. Direito 2. Direito Penal. I. Título.

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Ao querido Heitor, que acabara de chegar
nesse mundo, espero que possa crescer em
um mundo mais igual, humano e solidário.

#Não nos renderemos!

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer significa o reconhecimento de que não se conquista nada sozinho, e a conclusão do mestrado não seria diferente, pois uma união de forças e pensamentos convergiu para que se chegasse neste momento.

Primeiro, sempre à Ele, que, com sua bondade infinita, tem me guiado e amparado.

Aos meus pais, pois o caminho traçado por mim é fruto do trabalho e esforço deles. A todos da “Família Tufão”, que sabem como ninguém prestar apoio nos momentos difíceis e comemorar nos momentos de alegria. Beberemos!

Aos professores do Programa de Pós-Graduação pelos ensinamentos e, em especial, ao Professor e orientador Dr. Guilherme Colen, pela dedicação, apoio e confiança, na conclusão do presente trabalho e no decorrer do estágio de docência.

Aos amigos da Linha de pesquisa “O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas”, sem a força de vocês, nada disso seria possível. Que continuemos andando em “bando”.

Aos sócios e amigos, Leonardo Yarochevsky e Thalita Coelho, por serem fonte de inspiração, incentivo e motivação. Ao Léo devo tudo pelo pouco que conquistei e construí na advocacia criminal, minha gratidão é eterna. À Thalita, por ser uma amiga ímpar e companheira de

todos os momentos. É na convivência diária que aprendo as lições mais importantes.

À doce e amada “Ju”, tão compreensível e parceira durante essa fase de dedicação e abdicação. O amor nos ensina muitas coisas!

À amiga Alice Khouri, companheira de estudos nas tardes e noites intermináveis na biblioteca da PUC Minas. Não rara as vezes em que os seus incentivos foram essenciais.

À memória do saudoso Professor Guilherme José, um dos grandes incentivadores e entusiastas da linha de ciências penais na Faculdade Mineira de Direito – PUC/MG.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	17
1. INTRODUÇÃO	21
2. CULPABILIDADE	27
2.1. Teorias da culpabilidade	27
2.1.1. Teoria psicológica	28
2.1.2. Teoria psicológico-normativa	31
2.1.3. Teoria normativa pura ou finalista	38
2.2. Funções da culpabilidade	41
2.2.1. Princípio constitucional	42
2.2.2. Limitação do poder punitivo (da pena)	45
2.2.3. Elemento do conceito analítico do crime	49
2.3. Elementos da culpabilidade na teoria normativa	51
2.3.1. Imputabilidade	52
2.3.2. Potencial consciência da ilicitude	56
2.3.3. Exigibilidade de conduta conforme o Direito	65
2.3.3.1. Origem histórica	65
2.3.3.2. Conceito e natureza jurídica	67

3. LIVRE-ARBITRIO E O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE	75
3.1. Conceito de liberdade	76
3.2. Aspectos do livre-arbítrio e o indeterminismo	78
3.2.1. Escola Clássica	81
3.3. Determinismo	85
3.3.1. Escola Positiva	87
3.4. Fundamento material da culpabilidade e o livre-arbítrio	92
4. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE	111
4.1. Origem histórica	111
4.2. Conceito	121
4.3. Coculpabilidade e vulnerabilidade	134
4.4. Mínimo existencial no paradigma da dignidade da pessoa humana	137
4.5. Realismo jurídico-penal e seletividade penal	141
4.6. Hipóteses redutoras/corretivas da seletividade penal	147
4.6.1. A coculpabilidade como negação/exclusão da culpabilidade: exculpação	149
4.6.2. A coculpabilidade como mitigação/diminuição da culpabilidade: circunstância judicial ou atenuante genérica	162
5. DA (NÃO) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	171
5.1. Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça	172

5.2. Decisões favoráveis à aplicação da coculpabilidade.....	183
6. CONCLUSÃO.....	189
REFERÊNCIAS.....	197

PREFÁCIO

Historicamente a construção da dogmática penal se desenvolveu gradual e lentamente na busca da racionalização e legitimação da imposição das duras consequências do Direito Penal, razão pela qual este foi denominado no passado por Von Liszt de “*a Magna Charta do delinquente*”.

Hoje, sobretudo em função do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, a afirmação do autor alemão melhor se adequaria a expressão *Magna Carta do cidadão*.¹ Isto porque, na atualidade, o Direito Penal e seus princípios extraídos da Constituição Federal representam (ou deveriam representar) verdadeiros remédios em benefício do cidadão: contra o arbítrio estatal, a legalidade; contra a incerteza das Leis, a taxatividade; contra a perseguição oportunista, a irretroatividade; contra a tortura, o princípio da humanidade; contra a responsabilidade objetiva, a culpabilidade, dentre outros.

Entretanto, no Brasil atual, lamentavelmente, impossível não constatar o crescimento do discurso político de natureza autoritário e de sua contribuição para o empobrecimento da produção legislativa penal, ademais de seus reflexos na deformação da hermenêutica concernente as garantias constitucionais do indivíduo. Ao contrário do que

¹ www2.dbd.puc-rio.br. teses abertas.

dele se espera, o Direito Penal vem assumindo ultrajante papel legitimador da opressão estatal, indiscriminadamente.

É justamente neste cenário de mediocridade legislativa e deformação interpretativa do Direito Penal que surge a erudita, multidisciplinar e humanitária obra denominada: *“Coculpabilidade: uma questão social”, oriunda da dissertação de mestrado “Princípio da Coculpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade: mecanismos de controle e limitação (correção) da seletividade penal”*.

Na presente pesquisa, a erudição do texto é constatada em grande medida pelo enriquecimento do conteúdo da (co)culpabilidade e da punibilidade, ao vinculá-las a necessidade de valoração da condição de vida do autor e de sua eventual vulnerabilidade social, especialmente daqueles que vivem à margem da sociedade, resultado da incapacidade e indiferença estatal em garantir-lhes os mais elementares direitos individuais.

Como consequência, a aferição da “inexigibilidade de conduta diversa” é retirada de seu tradicional isolamento ao direito positivado, e acrescido de valoração proveniente das ciências sociais e humanas, apresentando-se, assim, mais compatível com a tendência rumo a um modelo integral de ciência do Direito Penal, na qual se incluem outros aspectos além dos puramente dogmáticos, em especial a contribuição da criminologia. Por consequência, o livre-arbítrio não fica imune a necessidade de seu reposicionamento conceitual, o que é exemplarmente realizado pelo autor como forma de fundamentar suas lúcidas conclusões.

Merecedor de destaque é também o forte caráter humanitário da presente obra que se dedica com atitude socialmente responsável a reduzir a incidência da aplicação do Direito Penal nas camadas sociais menos favorecidas, de modo especial aqueles indivíduos em situação de extrema pobreza e vulnerabilidade social.

Assim, o Professor da Faculdade Mineira de Direito e pesquisador do Programa de Pós-graduação da PUC-Minas, Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme, presenteia o meio jurídico com fartos, adequados e responsáveis argumentos que fundamentam a aplicação supralegal da inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade do agente que se encontra em situação de conflito de deveres.

Belo Horizonte/MG, novembro de 2017.

Guilherme Coelho Colen

APRESENTAÇÃO

Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme ao escrever sobre o “princípio da coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade” enfrentou um dos temas mais desafiantes e complexos da teoria do fato punível.

É incontestável que a culpabilidade constitui o mais apaixonante elemento da teoria do delito. Se, como afirmam **Zaffaroni** e **Pierangeli**,¹ o homem esteve presente em toda a teoria do delito, aqui, na culpabilidade, “*o enfrentamos mais do que nunca*”.

Para **Giuseppe Bettiol**,² o problema central do direito penal é o da culpabilidade. Para o penalista italiano,

sem pretendemos estabelecer uma hierarquia de valores entre os conceitos penalísticos, os quais são todos igualmente importantes e estão ligados entre si de tal maneira que se um desaparece também os outros se ressentem, pode dizer-se que o conceito de culpabilidade é aquele que, mais do que qualquer outro, atrai a atenção dos profanos e dos estudiosos, porque nele se

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 603.

² BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p. 145.

reflete, imediatamente, a orientação mental do investigador.³

É necessário ressaltar que o conceito de culpabilidade pode e deve ser analisado sob três aspectos distintos: i. a culpabilidade como princípio; ii. a culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime; e iii. a culpabilidade como limitador do poder punitivo e da pena.

No direito brasileiro o princípio da culpabilidade, encontra-se de maneira implícita abrigado, em nível constitucional, no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana)⁴, corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos), e 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), da Constituição da República.

Em seus Princípios Básicos do Direito Penal, **Francisco de Assis Toledo**⁵ proclama que quanto mais evolui

³ Idem, p. 145.

⁴ De acordo com Juarez Tavares “desde a promulgação da CF/88, insere-se como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, além de outros, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Esta norma não constitui novidade no Direito Constitucional, estando praticamente reproduzida nas Constituições de pós-guerra de quase todas as nações adiantadas, como na alemã (art. 1º), espanhola (art. 10), italiana (art. 3º) e portuguesa (art. 1º).” Mais adiante Juarez Tavares afirma que: “Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir na penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/1992, p. 77-78).

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal. São Paulo: Saraiva, 1990.

o conceito de culpabilidade mais se reduz a incidência da pena criminal.

Assim, num país onde predomina a desigualdade social, a pobreza e os mais vulneráveis são os que mais sofrem com o caráter repressivo, seletivo e estigmatizante do direito penal, a coculpabilidade, como bem observa o professor e advogado Lázaro Guilherme *“é a efetivação do princípio da isonomia (material), uma vez que exige o tratamento penal diferenciado para aquele que não tem acesso aos direitos fundamentais básicos”*.

Por fim, entende-se que independente da coculpabilidade estar prevista no direito positivo pátrio, como princípio que é – decorrente da dignidade da pessoa humana – deve sim atuar como limitador do poder punitivo estatal, notadamente em relação aos mais vulneráveis.

O livro que o leitor tem em mãos trata-se de obra profunda e crítica, própria daqueles que têm uma preocupação e um compromisso social para além da dogmática pura e simples.

Primavera de 2017.

Leonardo Isaac Yarochevsky

INTRODUÇÃO

A vontade de aprofundar e verticalizar os estudos sobre a coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade foi despertada em mim a partir da constatação de que o direito penal é altamente seletivo, justamente com as pessoas que vivem à margem da sociedade, as quais sofrem com a implacável e inexorável violência das agências punitivas.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem por escopo o estudo do princípio da coculpabilidade, bem como da culpabilidade pela vulnerabilidade, e a análise da sua aplicabilidade como inexigibilidade de conduta diversa pela situação de conflito de deveres.

A coculpabilidade é tema pouco estudado pela dogmática penal, sendo restrito aos estudos da criminologia. Importante, assim, para sua compreensão, o estudo da culpabilidade desde a sua concepção psicológica até a normativa pura. A coculpabilidade visa à aplicação do princípio da isonomia em seu sentido material, visto que o tratamento penal não pode ser o mesmo para aqueles (maioria) que não são brindados pela sociedade com as mesmas oportunidades que são conferidas à minoria.

Ante essa dupla constatação, da seletividade penal e da ineficiência do Estado em garantir os direitos mínimos aos cidadãos, a coculpabilidade apresenta-se como excludente

da responsabilidade penal pela inexigibilidade de conduta diversa diante da situação de conflito de deveres.

O Professor Raúl Eugenio Zaffaroni sempre se mostrou preocupado com a legitimidade do poder punitivo estatal. Nesse contexto, o professor revela a falsidade e a perversão do discurso penal latino-americano e, por conseguinte, adverte que jamais se conseguirá adequar a realidade penal ao discurso legitimador, haja vista existir inúmeras variáveis, tais como, seletividade, reprodução da violência, concentração de poder, verticalização social, as quais impossibilitam o exercício racional do poder penal (ZAFFARONI, 2014, p. 15).

Dessa forma, importante descartar o discurso legitimador do Direito Penal e encontrar na criminologia crítica algum fundamento ético e racional, concebível no Estado Democrático de Direito, para se legitimar a intervenção penal. Isso porque o Direito Penal tem que servir como instrumento de proteção do cidadão frente ao poder punitivo do estado.

No primeiro capítulo, analisa-se a evolução das concepções de culpabilidade desde a teoria psicológica de Von Liszt e Beling, passando pelo incremento dado pela concepção normativa de Reinhard Frank, Goldschmidt e Freudenthal, até se chegar à concepção normativa pura de Hans Welzel. A introdução das circunstâncias concomitantes pela teoria normativa é de suma relevância para reconhecimento e aplicação da coculpabilidade.

Ainda nesse capítulo, faz-se um estudo da tríplice função da culpabilidade: como princípio constitucional, como limitação do poder punitivo e como elemento do conceito analítico de crime. Dentro do conceito analítico de crime, a inexigibilidade de conduta conforme o Direito apresenta-se com dupla natureza jurídica como excludente a culpabilidade, ora legal, ora supralegal.

Para o estudo do presente trabalho, importante se ter em mente que a inexigibilidade de conduta diversa foi desenvolvida por Freudenthal num contexto de extrema dificuldade econômica na qual se encontrava a Alemanha. O autor alemão buscava proteger esses cidadãos que se encontravam em situação de extrema “vulnerabilidade”. (MELLO, 2010, p. 144).

O segundo capítulo dedica-se ao estudo do livre-arbítrio e sua importância para as ciências penais, especialmente, para o conceito material da culpabilidade. Hans Welzel, com sua teoria finalista, apresenta o livre-arbítrio (destacando os seus três aspectos: antropológico, caracteriológico e categorial) e o define como principal característica do ser humano. O livre-arbítrio deve ser entendido, para concepção do Direito Penal, como a capacidade do homem de motivar-se de acordo com a sua vontade. É justamente essa autonomia do ser humano que fundamenta o poder de punir do Estado.

A questão do livre-arbítrio foi ponto de discordância das duas principais escolas penais: clássica e a positiva italiana. Ao passo que aquela reconhecia o livre-arbítrio e acreditava no indeterminismo, esta, por sua vez, rechaçava o livre-arbítrio e justificava a intervenção penal na proteção do interesse social.

Nesse diapasão, somente diante da liberdade de vontade do autor é que se mostra possível atribuir culpabilidade, uma vez que a possibilidade de agir de outro modo deve ser necessariamente o conteúdo material da culpabilidade.

A culpabilidade pressupõe que o agente possua certo grau de liberdade e na sua capacidade de autodeterminação, senão todo fundamento e legitimação do poder punitivo estatal estaria esvaziado, bem como o estado de direito e a própria democracia. (NUNES, 2012, p. 138).

Assim, no presente trabalho, se analisarão os fatores que podem condicionar essa autonomia do sujeito, tais

como, relações pessoais e familiares, desemprego, riqueza ou miséria, formação educacional, poder e submissão. Isso porque o juízo de culpabilidade não prescinde de uma análise do contexto social do cidadão, isto é, de toda a sua relação com a sociedade.

O terceiro capítulo se propõe ao estudo do princípio da coculpabilidade, perquirindo a sua origem histórica nas decisões do “bom juiz” – Magnaud – e nas lições do “amigo do povo” – Marat. O próprio Zaffaroni (2014, p. 218), ao mencionar as decisões do juiz Magnaud, as reconhece como fonte de inspiração para o que ele denomina de realismo marginal penal.

Será objeto de estudo, também, o poder seletivo do Direito Penal, desde a fase legislativa e, principalmente, até a fase judicial, em que o estado de vulnerabilidade do sujeito é determinante para análise da probabilidade de intervenção estatal em sua liberdade.

A seletividade penal tem como clientela preferencial justamente a camada da população que é alijada dos direitos fundamentais. Na verdade, o discurso legitimador do Direito Penal é instrumento devassador que não cumpre sua função anunciada, pelo contrário, costuma ser mais violento, danoso e letal do que o próprio crime *si*. O mínimo existencial previsto e garantido na Constituição da República não é oferecido a essas pessoas, pelo contrário, a elas, o Estado tem a oferecer justamente o Direito Penal extremamente violento e repressivo. Dessa forma, o mínimo existencial passa a ser critério importante para se analisar a coculpabilidade ou culpabilidade pela vulnerabilidade.

A situação de conflito de deveres será analisada no terceiro capítulo, podendo ser sintetizada como a inexistência, no ordenamento jurídico, de uma medida para solução do conflito, e o agente acaba tomando a decisão de “segundo o princípio universal de toda ética: produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade”.

Dessa forma, a exculpante pelo conflito de deveres é própria e fundamental em países nos quais a dignidade da pessoa humana é constantemente negada e subtraída da grande parte da população pelas políticas de globalização neoliberal. (NUNES, 2012, p. 183).

No quarto capítulo, faz-se um estudo da jurisprudência pátria acerca do princípio da coculpabilidade. Pela análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se claramente a resistência em aplicar esse importante instrumento redutor da seletividade penal. Por vezes, o único argumento é a ausência de previsão legal, fazendo crer que se está diante de um sistema legalista e hermético que não permite a interpretação do Direito Penal como um todo, dando relevância para os seus princípios orientadores.

Por fim, foi possível identificar decisões esporádicas de aplicação do princípio da coculpabilidade, em especial, como limitador do poder punitivo estatal, visto que reconhecida na dosimetria da pena, ora na pena-base (culpabilidade), ora na segunda fase como atenuante genérica.

CULPABILIDADE

2.1. TEORIAS DA CULPABILIDADE

A relevância do conceito de culpabilidade é reconhecida de forma quase unânime pelos doutrinadores, sendo colocado em referência por ser o elemento da dogmática jurídico-penal que trata de forma mais próxima o ser humano. Nesse sentido, salienta o professor Brandão (2014, p. 168): “Nisto reside a singular diferença entre a culpabilidade e os demais elementos que integram e formam o crime: a culpabilidade é o único elemento que versa sobre a pessoa humana”.

Isso porque se deve à culpabilidade a passagem do Direito Penal do resultado, ou responsabilidade objetiva, para a reprovabilidade pessoal do acusado, tendo sempre como foco o fato (típico e antijurídico) por ele praticado.

Nesse diapasão, imprescindível analisar a evolução das teorias da culpabilidade, desde a concepção psicológica até chegar à teoria finalista de Hans Welzel ou normativa pura⁶. Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 274), ao sintetizar essa evolução das concepções da culpabilidade, iniciada

⁶ Apenas por opção do autor fez-se um recorte epistemológico de modo a não analisar as valiosas contribuições acerca da culpabilidade trazidas pelas correntes funcionalistas. Ressalta-se que não se pretende, de forma alguma, menosprezar tais contribuições.

“

num país onde predomina a desigualdade social, a pobreza e os mais vulneráveis são os que mais sofrem com o caráter repressivo, seletivo e estigmatizante do direito penal, a coculpabilidade, como bem observa o professor e advogado Lázaro Guilherme “é a efetivação do princípio da isonomia (material), uma vez que exige o tratamento penal diferenciado para aquele que não tem acesso aos direitos fundamentais básicos.

LEONARDO ISAAC ”
YAROCHEWSKY



ISBN 978-85-8425-803-1



9 788584 258031