

# A CORRESPONSABILIZAÇÃO PENAL ESTATAL: RÉQUIEM OU REMIÇÃO DAS FUNÇÕES DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE\*

Carolina Freitas Paladino\*\*

RESUMO: Tem o presente artigo a finalidade de abordar sobre a teoria da coculpabilidade. Nesse sentido, inicia-se um movimento de responsabilização, ainda que parcial, por determinados delitos cometidos. Isso está intrinsecamente relacionado às funções do estado. Ao lado disso, tem-se um outro panorama relativo às funções da pena. Dessa forma, a proposta é relacionar a coculpabilidade às funções da pena, questionando-se a utilidade desta última.

PALAVRAS-CHAVE: Corresponsabilidade. Modelos de Estado. Culpabilidade.

## Introdução

O Direito Penal tem sido um dos assuntos que requer ampla reflexão e debate, tanto em relação à teoria do delito, como sobre a teoria da pena. Costuma-se discutir as questões separadamente, mas, quando elas são cotejadas, surgem infundáveis reflexões.

Certamente, já houve um grande avanço do Direito Penal, principalmente pela criminologia, ao se apontar a aplicação de um Direito Penal de autor, buscando-se minimizá-lo frente a um Direito Penal de ato. A doutrina em muito alterou a concepção de crime, trazendo critérios mais objetivos, evoluindo suas concepções.

A questão é: antes de se abordar sobre o Direito Penal, necessário é destacar duas outras searas do conhecimento. Primeiro, a teoria do Estado, com a finalidade de buscar respostas à obediência ao contrato social, investigando-se os responsáveis por sua formulação e as respostas estatais que podem ser exigidas pelo cidadão. Isso evolui e chega num segundo momento em uma segunda área, de grande importância e ainda mais relevo no contexto atual: o Direito Constitucional. Há um século discute-se o papel do Estado, não o ente que pune alguém pelo descumprimento dos direitos fundamentais, mas um ente com uma função positiva, no intuito de atuar e garantir esses direitos, enquanto prestações positivas agregada às demais.

Nessa toada, valores como igualdade nunca foram alvo de tantos questionamentos quando não resguardados, eis que se aborda essa temática como pressuposto do cidadão. Entretanto, quando se chega ao Direito Penal efetivamente, não se pode verificar uma situação de igualdade por vários motivos. Essa desigualdade se dá em relação aos crimes, ao processo, às penas, às prisões temporárias, às defesas, às sentenças, ao tratamento com o sujeito durante toda a investigação até o trânsito em julgado.

---

\* Enviado em 5/1, aprovado em 11/2 e aceito em 17/6/2011.

\*\* Doutoranda em Ciências Criminais – Pontifícia Universidade Católica (RS); mestre em Direitos Fundamentais e Democracia – Faculdade Paranaense; professora de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Hermenêutica – Faculdade Paranaense; especialista em Direito Processual Civil – Instituto Romeu Felipe Bacellar; especialista em Direito Constitucional – Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: carolinapaladino@gmail.com.

Por conseguinte, o presente artigo visa especificamente a analisar essas condições de igualdade a partir de uma proposta que paulatinamente vem sendo recepcionada, embora de maneira muito singela, atribuindo-se uma parcial responsabilidade ao Estado pelo cometimento de determinados delitos. Está-se a falar da coculpabilidade (ou vulnerabilidade, como será abordado na sequência), admitindo-se uma reprovação estatal por não garantir condições igualitárias entre os cidadãos. Trata-se do ponto de partida da vida do cidadão e como isso deve influenciar no processo penal. Diversas são as hipóteses atribuídas pela doutrina para abordar essa temática: diminuir a pena-base, aplicar uma atenuante genérica ou mesmo deixar de punir.

Ademais, outro conceito será de suma importância na elaboração do presente artigo. As chamadas funções da pena serão questionadas frente à proposta de coculpabilidade.

## 1 Justificativa da coculpabilidade

Várias são as distorções existentes no Direito Penal, no processo penal e na política criminal, o que acaba colocando em xeque a legitimidade dessas searas do conhecimento e, mais, a aplicação de todo o sistema penal. Por conta disso, pugna-se pela prática de um direito mais igualitário, em um modelo de Estado em que fiquem devidamente protegidos os direitos fundamentais do cidadão, rechaçando um tratamento de todo desigual e arbitrário. Muitas são as teorias criadas no direito penal, mas a impressão que se tem da uma comunidade jurídica em geral é uma preocupação pela manutenção do sistema, pela proteção da vítima, pela proteção do Estado.

Nesse sentido, são poucos os que focam todo esse discurso no indivíduo, esse indivíduo alvo do Direito Penal. Perde-se muito tempo com discursos de proteções sociais, sem se refletir que se está a falar de uma pessoa, assim como todas as outras, que receberá todo esse tratamento. As demais searas do direito tiveram uma recepção bem mais ampla e aceita das propostas de filtragem constitucional e direitos fundamentais, buscando sempre a proteção do indivíduo. Mas, no âmbito penal, a realidade é diversa.

Por isso, fundamenta-se o estudo na proteção do indivíduo. Para isso, é necessário retomar às questões de teoria do Estado. Ou seja: antes de tipificar novas condutas, diminuir os direitos do cidadão, deve-se resgatar algumas ideias do Iluminismo, colocando o indivíduo no centro das preocupações, como sujeito de direitos.

Embora não exista no plano jurídico penal uma real reflexão acerca da função do Estado para além do poder de punir, necessário é ponderar para que serve tal estrutura. Serve ele para auxiliar o cidadão? Para manter as relações de poder? Tem o Estado uma simples função de poder de polícia? Deve ele assegurar os direitos fundamentais? É possível ainda falar em modelo de Estado social? Destaca Zaffaroni (2009b) que “a dialética do estado de *direito de polícia* se manifesta de forma particular no Direito Penal: o estado de polícia pretende a ampliação do poder punitivo (seu exercício sempre arbitrário e seletivo debilita o estado de direito) e o direito deve contê-lo”.

Desde já, em que pese algumas políticas existentes, adota-se a premissa de que não se pode falar num 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 sua ineficiência (MOURA, 2006, p. 62).

O argentino Juan Facundo Gómez Urso faz uma longa digressão sobre os problemas atuais como:

El reconocimiento (A) de la irracionalidad del legislador, (B) del estado de vulnerabilidad de ciertas personas a la peligrosidad del poder punitivo, (C) del dato concreto de La selectividad estructural con que operan las agencias ejecutivas, (D) de la situación de emergencia y de escaso poder directo de las agencias jurídicas, (E) del proceder burocrático de todas las agencias del sistema penal, (F) de la influencia de los medios de comunicación y de las agencias políticas, (G) de la existencia de un poder configurador positivo o de control de las agencias ejecutivas, (H) de la operatividad de las leyes penales manifiestas, latentes y eventuales y de un derecho penal paralelo y otro subterráneo, (I) del desconocimiento de toda función positiva de la pena y de su definición por exclusión, (J) de la necesidad de un bien jurídico lesionado frente a la farsa del bien jurídico tutelado o protegido, (H) de la confiscación del conflicto a la víctima, etc., implica incluir datos sociales que informan una teleología reductora de la *potentia puniendi estatal* a través de este saber penal dirigido al jurista y a las agencias judiciales (“sus destinatarios son las personas de derecho y, en especial, las de la magistratura argentina y latinoamericana, a cuyo cargo queda la pesada tarea de contener las pulsiones de los estados de policía en la región”). (GÓMEZ URSO, 2007)

Nessa toada, em vez de se caracterizar como um instrumento garantidor de Direitos e Garantias - observando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e oferecendo condições mínimas de sobrevivência ao cidadão, assegurando-se igualdade em relação a direitos assistenciais - verifica-se que o Estado, de um ponto de vista geral, utiliza-se do Direito como um instrumento de classe seletiva e opressiva. Tem-se que “tal seletividade do direito penal deve ostentar um sinal trocado em relação à seletividade do poder punitivo, configurando perante este uma contra-seletividade” (ZAFFARONI et al., 2010, p. 20). Em contrapartida, é necessário “establecer los parámetros de contraselectividad con los que deben operar la agencia judicial” (GÓMEZ URSO, 2007). Frente a essas condições de desigualdade, é necessário questionar a existência de um livre arbítrio do sujeito, e se ele possui reais condições de se autodeterminar.

## 2 A evolução da culpabilidade

De outro lado, no âmbito da teoria do delito, o desenvolvimento nos últimos dois séculos foi demasiadamente importante, culminando no conceito analítico de crime (conduta humana típica, antijurídica e culpável), utilizado até o presente. Parte desse

conceito, qual seja, a figura da culpabilidade, surge como análise do sujeito, da vontade, da noção para transgredir a regra e da sua consciência. A culpa surge como um rechaço a uma possibilidade de responsabilização objetiva do sujeito (SILVA, 2008, p. 82).

O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não justificada de um crime, fundado no poder de agir conforme a norma, em condições de normalidade do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade. O atual conceito de culpabilidade configura-se como produto inacabado de mais de um século de controvérsia acerca de sua estrutura, a qual começa no “conceito psicológico no século XIX, evolui para o conceito psicológico-normativo no início do século XX, transforma-se em conceito normativo puro durante o século XX, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável” (SANTOS, 2002. p. 173).

Com o abandono do positivismo, retomou-se à culpabilidade a partir de um modelo de ética tradicional, de modo que:

A apelação à condução da vida era um recurso para esquivar a objeção de que a culpabilidade de caráter ou de personalidade pretendia provar as características biológicas e os genes. Deste modo, instala-se uma culpabilidade de autor, fundada na autoridade da ética tradicional, todavia colocando de lado sua essência, pois a ética não conhece a proibição de analogia (tampouco a lei alemã dos anos trinta), tendo em vista que nega o princípio da legalidade ao reprovar atos atípicos anteriores e estranhos ao ilícito. Pretende que um funcionário estatal julgue a própria existência de um cidadão e não somente seu ilícito. Com isso logra construir uma conexão punitiva a partir do delito em forma de periculosidade espiritualizada: substitui o estado perigoso pelo estado de pecado penal (ZAFFARONI, 2009b).

Por conseguinte, toda a noção de culpabilidade permeia a própria ideia de legitimação da pena. Costuma-se dizer que a culpa se caracteriza como déficit de fidelidade à lei e que o princípio da culpabilidade demonstra que a “culpabilidade é um pressuposto necessário da legitimação da pena estatal. Por sua vez, a culpabilidade é o resultado de uma imputação reprovadora, no sentido de que a defraudação que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa.” (JAKOBS, 2003, p. 11).

Assim:

En principio, culpabilidad es una expresión que denota la idea de *deuda* (*Schuld* em alemão; *deuda* em castelhano admite el sentido de culpa), está conectado a un deber o norma por lo cual se la vincula al retribucionismo, lo que permitió inferir que la moral y el derecho se originan em las obligaciones civiles y em la composición. (ZAFFARONI, 2002, p. 14)

Contudo, a culpabilidade passou, e ainda passa, por períodos de constantes questionamentos sobre a sua permanência no sistema, além de eternas discussões sobre o que ela contempla, sendo necessário resgatar alguns aspectos teóricos e históricos

atinentes a ela. Sobre essa temática, aborda Zaffaroni (1999, p. 13) que “la culpabilidad es uno de los conceptos más equivocados del discurso del derecho penal”.

Tem-se que num modelo liberal, no século XIX, o homem era considerado uma máquina. Por conta disso, surge um modelo causalista de Direito Penal, no qual ocorre um processo mecânico de causa e efeito. Nesse sentido, a culpa não era pensada no tipo penal, pois o simples ato de praticar um ato não levava em conta a vontade para a finalidade daquela ação, mas a ação e o tipo eram pensados somente enquanto fins próprios. Por conta desse modelo, o dolo e a culpa seriam analisados em um terceiro momento de análise do crime, ou seja, na culpabilidade: “La distinción entre injusto y culpabilidad se impuso a partir del siglo XIX, entendida originariamente como una segmentación de La imputación (Zurechnung), escindida en objetiva e subjetiva” (ZAFFARONI, 1999, p. 15).

Franz Von Liszt mencionava que a ação é a causa de consequências por conta de um ato voluntário com qualquer conteúdo. O conteúdo da vontade não merecia relevo. O exercício da vontade é apenas o ponto de partida. O destino passa a ser elemento provocador dos resultados das ações. A ação era considerada apenas como um conceito introdutório que poderia ser completada com qualidades, como a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade (JAKOBS, 2003, p. 51-53).

Liszt era um determinista e dirigiu-se várias vezes contra todos aqueles que “querem converter o dogma do livre arbítrio em fundamento do direito penal”. Para ele, a culpa não tem nada a ver com a liberdade de poder atuar de outro modo, sendo sim “equivalente à responsabilidade que se tem pelo resultado”. Mas, segundo a sua teoria, responsabilidade não significa “mais que o fato de que fazemos responsável [...] pelo seu fato o delinquentemente mentalmente são”; e a saúde mental necessária para haver culpa em qualquer caso (imputabilidade) concebe-a como “possibilidade de determinação normal por motivos”. Quem reage aos motivos de forma anormal, quer dizer, de modo diferente do homem médio normal, não é imputável e, portanto, não pode ser punido. Para Liszt a função prática destas teorias consistia na justificação da pena orientada para os fins. Com o conceito de culpa (no sentido tradicional) cai também o conceito de retribuição. (ROXIN, 1979, p. 67-68).

Com ideias vanguardistas, revoluções voltadas ao homem são propostas, a partir do surgimento do Iluminismo. Hans Welzel subjetiva a culpabilidade nas décadas de 1950 e 1960, o que é recepcionado pelo Código Penal (StGB) germânico, a partir da constatação de que o sistema penal não é puro. Afirma Welzel (2008, p. 107-109) que a finalidade era vidente, enquanto a causalidade era cega. Nesse sentido a função do direito penal é buscar um comportamento fiel à lei.

Jakobs menciona que:

A falta de colorido do conceito causal se abrandou timidamente mediante a introdução de elementos subjetivos do injusto, na medida em que o direito positivo os continha. Mas tais modificações fortuitas em todo caso poderiam ser um indicio de que toda essa doutrina era claramente errônea, mas não bastavam elevá-la à categoria de teoria. Isso somente se conseguiu quando se pretendeu empregar o

conceito de ação não só como categoria de classificação, como também um conceito destinado a compreender uma parte da realidade. (JAKOBS, 2003. p. 53)

Por conta disso, o Direito evolui e passa a considerar a vontade intrinsecamente relacionada à ação. Assim, surge o Finalismo, no qual ocorre um deslocamento do dolo e culpa para o tipo penal - ou seja, a culpabilidade é subjetivada na capacidade de prever resultados, sendo restrita à análise do livre arbítrio e da imputabilidade (SILVA, 2008, p. 112-113).

Um elemento de extrema relevância é ponderado por essa teoria. Assim, “o livre arbítrio é definido como a ‘liberdade de vontade’, a liberdade da coação determinada pelo universo dos impulsos primitivos do homem” (MOURA, 2006, p. 35). A liberdade passa a se caracterizar como algo supervalorizado dentro de um contexto de Estado de Direito. Ressalta Welzel (2008, p. 114) que a culpabilidade se verifica com a falta de determinação “conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se por impulsos contrários ao valor”. Zaffaroni aponta que a teoria finalista da ação, de Hans Welzel, ensejou uma renovação da sistemática do delito, sendo considerado o conceito da ação ôntico-ontológico (ZAFFARONI et al., 2006, p. 32).

Num modelo posterior, novamente na Alemanha, trabalha-se outra proposta, representada pelo Funcionalismo, com seus principais precursores Claus Roxin e Günther Jakobs, na qual há a inclusão de conceitos normativos e valorativos para a formação do juízo de culpabilidade. Tem-se que o referido conceito de culpabilidade é de caráter normativo, partindo-se do pressuposto que o sujeito pudesse fazer algo distinto do que fez, o que lhe era exigível à época (ZAFFARONI, 2002, p. 602). O mesmo autor sintetiza que, pelas correntes funcionalistas preventivas, é possível verificar dois modelos em relação à construção da culpabilidade: a) um modelo complementar (Roxin), no qual a culpa constitui um limite para a prevenção e; b) um modelo de substituição (Jakobs), no qual se prescinde da culpa toda vez que a prevenção é limitada a si mesma (ZAFFARONI, 2002, p. 49).

A partir de rechaço completo da influência de Welzel, mestre de Jakobs, substitui-se uma dogmática ontologicista por uma renormatização de conceitos jurídico-penais, orientado-os ao telos do Direito Penal (PEÑARANDA RAMOS et al., 2003).

Com isso, propõe-se que:

Não só ocorre que os conceitos de culpabilidade e de ação, aos que a dogmática do direito penal atribui sempre, de forma expressa, uma essência ou uma estrutura (lógico-objetiva, pré-jurídica), se convertem em conceitos de que não se pode dizer absolutamente nada sem se referir à missão que deve cumprir o Direito Penal, e que inclusive o conceito de sujeito ao qual se imputa, se mostra como um conceito funcional (JAKOBS, 2006, p. xiv).

Aplica-se, então, uma imputação objetiva, a partir da teoria do risco de Roxin, sendo produzida paralelamente à teoria da Jakobs, com os papéis (ZAFFARONI et al., 2010, p. 184). Ambas as teorias são abordadas na obra (cf. também JAKOBS, 2003).

Tem-se que o conceito de culpabilidade é formal e pressupõe tão somente a imputação a um sujeito, numa concepção funcionalista. Não se concebe o sujeito, embora a finalidade a ser atingida é que preencha o conteúdo da culpabilidade. O núcleo é determinado pela finalidade (PEÑARANDA RAMOS et al., 2003, p. 62-63).

Contudo, algumas críticas são abordadas sobre o conceito funcional de culpabilidade. Existe o risco de que o Direito Penal e os fins da pena conduzam à instrumentalização daquele a receber o tratamento (PEÑARANDA RAMOS et al., 2003, p. 64-65).

A função do conceito funcional de culpabilidade fornecido por Jakobs é caracterizar a motivação do autor desconforme ao Direito como motivo do conflito, visando castigá-lo. Para tanto, é necessário que o autor da conduta possua competência para questionar a validade da norma, ou seja, deve ser imputável. Assim, quanto menor a vontade do sujeito de ter em conta a norma, mais obstinada é a sua infidelidade ao Direito e mais grave será a culpabilidade (exemplo: delinquência reiterada). (CORREA, 2010)

Conforme destaca Luiz Regis Prado (2005, p. 425), com a evolução do direito contemporâneo e o desenvolvimento da responsabilidade objetiva (sem culpa), atrelado às teorias do risco e também da solidariedade, tais fatores têm contribuído para uma discussão ainda maior sobre a incerteza e ambiguidade envolvidas pela culpabilidade.

Em todos os modelos apresentados, a culpabilidade sofre alterações quanto aos critérios e elementos que a contemplam. Hoje se aceita a concepção de que o crime é constituído por elementos objetivos (representado pelo injusto, o qual é composto de tipicidade e antijuridicidade) e subjetivos (a culpabilidade propriamente dita). Apenas como complementação:

Fica claro, pois, que os tipos penais descrevem condutas, mas os tipos de ato habilitam um espaço de arbitrariedade para a seleção de pessoas. Embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor, por inevitáveis razões estruturais. O incremento de leis penais, na realidade operativa do sistema penal, importa um aumento da prática de um poder seletivo de autor. (ZAFFARONI, 2009b)

Portanto, durante a análise da tipicidade e da antijuridicidade, não se pode atribuir ainda responsabilidade ao sujeito que cometeu o injusto, pois essa análise demanda conhecimentos sobre o autor, e não somente sobre o ato cometido. Fala-se na reunião de um saber sistemático sobre o autor com a culpabilidade para o juízo de imputação subjetiva a um determinado sujeito (HASSEMER, 2005, p. 287-288). Hassemer aduz que, no plano da ação e da antijuridicidade, se está a trabalhar como elementos negativos (excludentes), enquanto o tipo e a culpabilidade configuram-se como elementos positivos (justificadores) (HASSEMER, 2005, p. 288).

Contudo:

Ao nomear culpabilidade ao aspecto subjetivo do ilícito produziu-se uma confusão semântica, sendo difícil sustentar que tenha existido uma verdadeira teoria

psicológica da culpabilidade [...]. Liszt pretendia trabalhar com um conceito descritivo (existe ou não causação psíquica); assim, uma cunha de estranha madeira era seu conceito de imputabilidade, que evitara considerar sua ausência como excusa absolutória, baseado na normal motivação. (ZAFFARONI et al, 2010)

A partir da afirmação de Zaffaroni, aponta-se a culpabilidade enquanto reprova- bilidade pessoal numa ação típica e antijurídica. Enquanto a ilicitude se configura como juízo de desvalor de fato, a culpabilidade é a censura ou reprovação ao agente (autor) (PRADO, 2005, p. 426), que passa por três valorações: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Enfim, assumiu a culpabilidade uma complexidade tamanha de forma que Dirk Fabricius (2006, p. 14) afirma que ela se configura como um conceito cada vez mais vazio, equiparando-a a um unicórnio - uma bela representação, mas sem existência. Em meio a toda a crise existente, Zaffaroni (1999, p. 58) pergunta qual será o futuro da culpabilidade, uma vez que descartada a perigosidade como fundamento da pena. Este autor reitera que a medida da culpabilidade deverá ser a medida da pena, ou seja, utiliza-se a culpabilidade para quantificar a pena. Zaffaroni (2001, p. 261) ainda destaca que o princípio segundo o qual a pena se mede pela culpabilidade foi mais um enuncia- do do que um conteúdo propriamente dito. O único aspecto vantajoso foi neutralizar o juízo de perigosidade de um biologismo racista que existia anteriormente e recolocar a questão sob uma perspectiva ética, embora superada por uma reação positivista, embora nunca tenha resolvido os problemas, manipulando o conceito para as mesmas consequências da anterior perigosidade.

Aborda Claus Roxin (1979, p. 70) que “a medida da pena denota o campo de tensão entre a política criminal da culpa num sector particularmente importante. Liszt declarava categoricamente ‘para a medida da pena exigimos o domínio das con- siderações político-criminais’”. Analisando pontualmente a fixação da pena, a culpa- bilidade possui funções que servem de pressuposto da aplicação. Quando o juiz passa à dosimetria, ocorrem três fases. A primeira delas, prevista no artigo 59 do Código Penal, caracteriza-se pela propositura da pena-base. Para isso, existem elementos subjetivos, representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social, perso- nalidade do agente, e os motivos; além dos elementos objetivos caracterizados pelas circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima. Num se- gundo momento, passa-se à análise da aplicação de agravantes e atenuantes, previstas a partir do artigo 61. Finalmente, o magistrado deve analisar as causas especiais de aumento e diminuição previstas, quando existentes, no próprio tipo penal.

### 3 A proposta da coculpabilidade

Em que pese todo o desenvolvimento da culpabilidade citado anteriormente, não se pode ter mais trabalhar uma responsabilidade penal subjetiva baseada numa relação psíquica. O homem não pode ser considerado a partir de uma análise mecânica.



É necessária a superação do conceito psicológico de culpabilidade, sendo transformada por Frank, num contexto seguinte, em reprovabilidade, enquanto uma valoração negativa da conduta realizada (SILVA, 2008, p. 98-100). Zaffaroni faz uma digressão sobre a questão da reprovabilidade, afirmando que essa é do injusto sobre o autor. Pergunta o que é reprovado e responde: o injusto. Depois questiona por que se reprova. A resposta: porque não se motivou na norma, era exigível que se motivasse nela. Conclui que “uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 601).

A partir da constatação da existência de uma significativa parte da população carcerária e condenados formada por pessoas de menor condição econômica e de que “nem todos os membros de uma sociedade podem usufruir da liberdade de escolher entre uma ação lícita e outra ilícita” (PINTO, 2010), admite-se outra forma de reflexão sobre os ilícitos praticados por uma parcela da população com uma condição social mais singela. Portanto, cabe ao Estado oferecer condições mínimas ao cidadão. Como essa tarefa não é devidamente realizada, não há de se falar propriamente numa mobilidade vertical dos cidadãos, em que pese a existência de algumas exceções (ZAFFARONI, 2002).

Frente a todos os problemas mencionados, aponta-se a necessidade de garantia de uma igualdade de compensação. Para que haja confiança no sistema penal, não pode o Estado assistir as quotidianas diferenças sociais e se alienar a tudo, aplicando tão somente punição nos casos em que alguns cidadãos transgridem a norma. Para isso, é fundamental analisar as questões advindas da teoria do Estado e a ideia de contrato social, e refletir sobre o real papel do Estado.

Basicamente, três foram os modelos estatais a partir da ideia de Estado Moderno. Como paradigma, tem-se a Revolução Francesa, que aponta três valores a serem perseguidos: liberdade, igualdade e fraternidade. Com o surgimento do Estado Liberal, fala-se em liberdade, igualdade formal e propriedade. Contudo, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, propõe-se outro modelo, o Estado Social, em que se supera a liberdade incondicionada pela necessidade de se assegurar o cumprimento da igualdade. Mas esse Estado não é rentável. A economia, a globalização e o mercado tornam-se ferramentas principias, instituindo-se novamente um liberalismo, agora neo (cf. NOVAIS, 1987).

Com a noção de Estado Moderno e suas várias facetas e com a ruptura gradual de costumes implementados na Idade Média, renasce o Estado com bastante vigor, o que refletiu na vida do até então súdito. O marco teórico a que se costuma fazer alusão é a Revolução Francesa.

Com isso, é necessário fazer um *link* entre a função do Estado e o papel dos direitos fundamentais, conforme as necessidades de cada época. Logo no início do século XVIII, o modelo liberal é implantado, de forma a garantir que os cidadãos pudessem conduzir suas atividades da forma que melhor lhe aprouvessem. É época da primeira dimensão de direitos fundamentais - está-se a mencionar um modelo liberal, em que o Estado é chamado apenas para proteger esses bens jurídicos. Fala-se, então, de um

poder de polícia, para proteção, com prestações negativas do Estado. A partir dessa ideia de Estado mínimo, o modelo liberal, como um Estado *gendarme*, recebe o apelido de “guarda noturno” por Lassale (apud CLÉVE, 2000, p. 34).

Mas não basta isso. Nos tempos de grandes guerras populações inteiras serem dizimadas, reinstala-se a pobreza, quebram-se economias, de forma que o Estado é chamado a intervir na vida do cidadão, não apenas como vigia de seus direitos, mas como responsável por assegurar prestações positivas. É época dos direitos sociais, também chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão: o Estado tem um dever de agir, de proporcionar ao cidadão uma vida digna. Em que pese muitos afirmarem que o Estado Social nunca existiu no Brasil, existiram algumas políticas assistencialistas, desde o Governo Getúlio Vargas, com a Constituição de 1934, conhecida como Constituição de Weimar (eis que inspirada no texto constitucional germânico de 1920), proporcionando uma melhora na condição de vida dos cidadãos. Aqui, o Direito Penal é utilizado também como uma política de auxílio ao cidadão, com as noções de fins preventivos da pena. A transformação do Estado liberal para o modelo social se dá de forma paulatina, e ao Direito incumbe reduzir as desigualdades, ao repartir os encargos sociais. Ou seja: o Estado deixa de ter tão somente aquela ideia de soberania para tornar-se o principal responsável pela concretização dos direitos sociais, como o direito à vida (BERCOVICI, 2003, p. 50).

Mas o capitalismo selvagem se instala de uma forma desenfreada. Além disso, a globalização coloca diversos Estados soberanos em contato, o que causa um empobrecimento de algumas populações em função de outras. E o Direito Penal também caminha nesse sentido. Não por acaso, desenvolve-se a teoria da intervenção mínima, a partir de delitos sem potencial ofensivo. Fala-se, então, em Neoliberalismo, com uma diminuição de um modelo social. Com efeito, é imperioso ressaltar as palavras de Carlos Antonio Morales:

O esforço da superação da crise do Estado vem traduzindo-se, quando se trata de rever a forma de intervenção do Estado no desenvolvimento social, na redefinição do modo de financiamento e da maneira de organizar e execução das políticas públicas sociais, de modo a garantir efetividade na resposta às demandas sociais e maior eficiência na produção dos serviços. (MORALES, 1998, p. 118)

Loïc Wacquant (2007, p. 96) faz uma importante digressão acerca do declínio do Estado caritativo, caracterizado por um Estado providência, assistindo aos indivíduos e famílias dependentes ou em situações de miséria, e do avanço do Estado penal, que busca conter o fluxo de famílias marginais a partir de políticas de criminalização das consequências da pobreza. Por esse motivo, deve-se refletir sobre a parcela de responsabilidade do Estado perante todo esse processo.

Funda-se, então, a proposta de coculpabilidade, baseada na premissa de que o Estado não pode ser estático, indiferente às mazelas sociais. Como o Estado costuma ser sonegador de oportunidades, surge uma divisão de culpa entre o cidadão que comete ilícitos e a sociedade como um todo, representada pelo Estado. Grégore Moreira de Moura (2006) justifica a coculpabilidade na posição de hipossuficiente e abandonado

pelo Estado - este, inadimplente em relação ao cumprimento de suas obrigações constituídas com o cidadão, especialmente em relação ao aspecto econômico-social.

Por isso, o elemento central nesse processo é a questão da existência ou não do livre arbítrio:

A cadeia de pensamentos parece não apresentar lacunas: o conceito de uma reprovação da culpabilidade implica sempre na constatação de que o culpável tinha uma alternativa para a conduta em relação à qual se faz reprovação à ele, que ele podia agir de outro modo. Se ele não tinha alternativa, não há nenhum substrato, nenhuma parte da conduta no tempo e no espaço, em relação à qual ele poderia ter cometido um erro. Consequentemente, ele mesmo deve ter conduzido a conduta que lhe é reproçada, ela não pode ter sido conduzida (integralmente) por outro. Isto é, ele deve ter tido a possibilidade de formar livremente a vontade e de agir livremente. Sem o livre arbítrio não há alternativa à conduta, sem alternativa à conduta não há reprovação da culpabilidade (HASSEMER, 2005, p. 305).

A proposta de coculpabilidade está fundada na ideia de que cada sujeito age conforme uma determinada circunstância, o que influencia em suas escolhas. Assim, no que tange à sua própria personalidade, existe uma contribuição para “esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 611).

O conceito de coculpabilidade surge a partir do momento em que se constata não possuir o homem liberdade - ou seja, partindo-se de um pressuposto de desigualdade, não se pode falar em autodeterminação, embora essa questão possa ser levantada em diversos momentos históricos, até mesmo antes da concepção do Estado Moderno. Contudo, a questão pontual é que no modelo atual, com toda a proposta de constitucionalismo de direitos, vive-se num momento no qual os direitos fundamentais são considerados essenciais à vida do cidadão. Basta verificar a quantidade de trabalhos desenvolvidos nessa seara. Em época de supervalorização desses valores, questiona-se a inviabilidade desses direitos e, por isso, coloca-se em xeque a postura estatal (cf. CANOTILHO, 1998, e SARLET, 2004).

Ainda não há legislação penal expressa sobre o tema, o que não impede, todavia, a sua aplicação. Contudo, já existem jurisprudências que aceitam a aplicação do princípio da coculpabilidade.

EMENTA: ROUBO. 1. PROVA. 2. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA AFASTADA; 3. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA, DE MENOR IMPORTÂNCIA E POR COAÇÃO. TESES AFASTADAS. 4. MAJORANTE EMPREGADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL [...] b) Presente a ideia da coculpabilidade, haja vista o perverso sistema prisional e, ainda, a indiferença social em torno da criminogênese, o estigma das condenações criminais, torna inaceitável ver a agravante da reincidência como preponderante em seu cotejo com a confissão espontânea; c) A pena não deve estar imbuída apenas de carga retributiva, sob perigo de desrespeito aos ditames do Direito Penal

Democrático. É inadmissível que sob influência dos vetores da “reação punitiva”, os operadores do direito venham agravar ainda mais as consequências estigmatizantes inerentes à condenação penal. Readequação da pena. Recurso ministerial improvido. Recurso defensivo parcialmente provido. (TJ-RS, *Apelação Criminal nº 70.03.015392-8*, j. 13/1/2010).

O capitalismo é marcado por um modelo de produção que privilegia a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre mercado, o que permite a má distribuição de riqueza e a exclusão social (MOURA, 2006, p. 35).

O ponto basilar do questionamento pela coculpabilidade é a falta de existência de igualdade. Ou seja, a alteridade é tratada de tal forma como se fosse uma inimiga do Estado e dos cidadãos. Juarez Cirino dos Santos aduz que:

em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos com status social superior, maior liberdade; indivíduos com status social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação suprallegal, igualmente definível como escolha do mal menor - até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para a culpabilidade. (SANTOS, 2002, p. 231)

Isso é proposto pela constatação de que não pode o Direito Penal garantir a segurança de bens jurídicos, mas tão somente a vigência das normas, uma vez que a sociedade teria surgido com a vigência da primeira norma, “sendo o conhecimento da norma equivalente ao da realidade social, ainda que o agente não a aceite como válida. O delito é apontado como comunicação defeituosa imputada ao autor como culpa sua” (CORRÊA, 2010). Por isso, reflete-se menos sobre a posição do indivíduo e mais sobre a posição do Estado, que passa a integrar o polo ativo nessa relação.

Com a análise da posição estatal em face dos cidadãos, questiona-se, desses prováveis agressores, se possuem livre escolha, se estão numa condição de igualdade para serem selecionados pelo Poder Judiciário, visando à preservação do sistema. Ou seja, qual a parcela de responsabilidade dessas pessoas quando praticam esses atos? A partir da concepção de um princípio constitucional implícito, admitindo-se a corresponsabilidade do Estado em relação ao cometimento de alguns delitos praticados por cidadãos com um âmbito menor de autodeterminação, especialmente em relação às condições sociais e econômicas do agente, sugere-se uma menor reprovação social (MOURA, 2006, p. 35).

A coculpabilidade atua na observação do princípio da igualdade e na individualização da pena, podendo atuar como uma atenuante genérica das previstas no art. 66. Grégoire Moreira de Moura (2006, p. 93-96) afirma que a coculpabilidade pode ser aplicada

como circunstância judicial prevista durante a verificação do art. 59 do Código Penal; como uma atenuante genérica prevista no art. 66 do mesmo diploma legal; ou ainda, como causa de diminuição de pena, sendo um parágrafo do art. 29; e, finalmente, como causa de exclusão da culpabilidade prevista no caput do art. 29.

Por conta dessa interpretação, atua a culpabilidade como atenuante inominada (artigo 66 do Código Penal), pela qual se reconheceria a existência de indivíduos com “grau reduzido de autodeterminação em razão de causas sociais e, por isso, impõe-se ao Estado e à sociedade o ônus decorrente de sua irresponsabilidade. Admite-se, através de tal teoria, a divisão da responsabilidade pelo injusto penal perpetrado entre o Estado, a sociedade e o agente” (THOMÉ, 2006).

Contudo, embora a doutrina da culpabilidade seja recente, as críticas já se fazem presentes. Na visão de Zaffaroni, tem-se que a culpabilidade (Mit-Schuld) acaba sendo insuficiente por três motivos: invoca um preconceito da pobreza, como se ela fosse a causa de todos os delitos; em segundo lugar, por conta desse preconceito, “habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um *direito penal classista em dois tempos*”; e finalmente, destaca que haveria bastante arbitrariedade, seja com o abastado ou pobre “com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2009b, grifo do autor).

*Data venia* ao eminente professor, discorda-se em partes desse conceito. Efetivamente nas últimas décadas, houve uma inflação penal legislativa de crimes potencialmente praticados por pessoas de melhor condição social, como é o caso da proteção à ordem econômica, crimes financeiros e meio ambiente. Contudo, a possibilidade de transação e do atuar de profissionais penais de grande relevo nessa área continua a demonstrar que os presídios são destinados à pessoas de menor condição social e econômica.

O argumento promovido por Zaffaroni existe também até porque se tem um panorama de tentativa de abandono da própria culpabilidade. O autor destaca que:

Há alguns anos pretendeu-se situar a culpabilidade sob considerações político-criminais, ou seja, se tentou abandonar a culpabilidade normativa e recolocá-la a partir de um conceito funcional de culpabilidade. Isso não deixa de demonstrar a crise de legitimidade que afeta todo o poder penal e de exprimir a lenta degradação do discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 2001, p. 261-262)

Zaffaroni (2001, p. 261-262) sugere a superação do referido conceito, ao propor outro, o da vulnerabilidade, para evitar uma imersão completa na ética. Isso porque a culpabilidade deve ser entendida como um limite à irracionalidade seletiva dos vulneráveis e à contrapartida do defeito ético do poder punitivo (GÓMEZ URSO, 2007).

Nesse sentido, o conceito de vulnerabilidade seria mais amplo do que o de culpabilidade, como é tratada no presente momento. Além disso, o Estado de vulnerabilidade seria “incobrável”, de forma que o esforço pessoal para a culpabilidade seria determinado conforme uma ordem de valores, um grau de autonomia decisória sobre o injusto (ZAFFARONI, 2001, p. 271). Verifica-se, então, que o grau de vulnerabilidade é o fator

responsável pela seleção, e não o cometimento do injusto propriamente dito, pois existem diversos injustos que deixam o sistema penal indiferente.

A situação da vulnerabilidade é dividida em dois grandes grupos: a posição ou o estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A primeira é predominantemente social, a partir do grau do risco ou perigo em que pessoa convive simplesmente por pertencer a determinada classe ou estrato social, e por se encaixar num estereótipo. O esforço, por sua vez, é individual, caracterizando-se no grau de perigo ou risco em que se coloca o sujeito por conta de um comportamento particular (ZAFFARONI, 2002, p. 270).

Por assim dizer:

O grau de esforço que uma pessoa realiza para colocar-se em situação de vulnerabilidade é diretamente proporcional à fortalecedora quota de ilusão que os aparatos de propaganda e os discursos de justificação do sistema penal “inventam”. Deste modo, quanto maior for o esforço, e a conseqüente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa fez para colocar-se em situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta. O esforço feito pela pessoa para colocar-se em situação de vulnerabilidade não é algo que a agência judicial reprove à pessoa, e nem que confira um rótulo original e independe para que esta lhe cobre sua culpa pela vulnerabilidade, mas não pode evitar que o poder do sistema penal a cobre, simplesmente, sem com isso por em crise seu próprio exercício de poder limitado. (ZAFFARONI, 2001, p. 268-269).

Por conta disso, é possível concluir que a responsabilidade criminalizante é inversamente proporcional ao poder limitador no caso concreto e vice-versa. Logo, em cada hipótese “haverá um ‘espaço’ de exercício de poder diferente e, quanto menor seja o espaço, menos se poderá evitar a criminalização e vice-versa” (ZAFFARONI, 2001, p. 268). Também aponta Zaffaroni (2009b) que “a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma correção da culpabilidade pelo ato, senão o reverso dialético, do que surgirá a culpabilidade penal como síntese”.

#### 4 As funções da pena

De qualquer forma, independentemente da adoção da nomenclatura - coculpabilidade ou vulnerabilidade, até porque isso requer uma reflexão muito mais aprofundada -, chega-se a um importante debate: a relação da culpabilidade com as funções da pena. Conforme aborda Zaffaroni (2009b), toda teoria do Direito Penal, e conseqüentemente a teoria do delito, “é tributária de uma teoria da pena, conservando esta seu nome ou ainda mudando por outro que amenize seu sentido penoso. Justamente a referência a uma teoria da pena dota de unidade conceitual e sistemática a uma teoria do direito penal”. Por conta disso, conclui que:

Qualquer teoria do direito penal também deve estabelecer de alguma maneira a vinculação do delito com sua consequência (a pena). Com esse binômio delito-pena, a teoria indica a dosimetria da consequência (pena) e é a base do que se chama *sentencing*, *strafzumessung* e mais latinamente *individualización judicial de la pena*. Este elemento vinculante que, repita-se, é um espaço a preencher ou uma interrogação a responder (que alguns ocuparam com a periculosidade e outros com heterogêneos e incompatíveis conceitos de culpabilidade) que batizamos como conexão punitiva. (ZAFFARONI, 2009b)

Assim, toda a discussão do direito penal não é um fim em si mesmo. Se o sujeito praticou o crime ou não, isso somente tem relevância quando se reflete sobre a resposta a esse ato. Por isso, está-se a falar sobre a teoria da pena. Contudo, em países periféricos como os da América Latina, é cada vez mais patente uma deslegitimação do Direito Penal a partir de superlotação de presídios, demora processual, falta de garantias e seletividade.

A deslegitimação do exercício do poder seletivo e arbitrário do sistema penal ‘passa’ à agência judicial. O processado já não é mais ‘o’ responsável, pois não tem por que responder legitimamente (já que se submete a um poder deslegitimado). A responsabilidade é da agência judicial, que deve responder perante o processado e a comunidade, dando cota da forma com que exerce ou administra a sua reduzida quota de poder limitador. (ZAFFARONI, 2002, p. 264)

Mas o objeto de estudo aqui é mais específico: não visa a analisar toda a teoria da pena, mas sim fragmentos dela, relacionando-os com a culpabilidade. Por isso, diante de toda a discussão anteriormente apontada, busca-se abordar todo esse contexto frente às finalidades da pena. Nesse sentido:

Si bien el agnosticismo afirma desconocer cualquier finalidad positiva asignada a la pena por las teorías legitimantes, ya que ninguna de ellas (prevención general o especial) puede demostrarse empíricamente (o al menos generalizarse), y las que se verifican tienen signo negativo, es necesario determinar si existe cierta retribución hacia el “vulnerable” por el esfuerzo realizado para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad al poder punitivo (GÓMEZ URSO, 2007)

Por isso, cabe analisar o papel das penas ante a aplicação do princípio da culpabilidade, considerando-se que seria equivocado dispensar uma conexão punitiva do Direito Penal, isso porque não se pode “pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena, porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma ‘conexão punitiva’” (ZAFFARONI, 2009b).

Essa “conexão punitiva” pode ser levantada na própria teoria do delito ou, num momento posterior, com a construção da teoria da pena. No início do século passado, houve a adoção da segunda hipótese, construindo-se uma conexão punitiva com a periculosidade na teoria da pena, reduzindo o delito ao ilícito. Quando a culpa passou a ocupar o aspecto subjetivo do delito, produziu-se uma confusão semântica. Na verdade,

buscava Liszt trabalhar com o conceito descritivo (existência ou não de causação psíquica) (ZAFFARONI, 2009b). E isso se refletirá nas penas.

O surgimento do Estado e o Direito são reflexos de uma sociedade incapaz de se autorregular. As formas mais graves de condutas que afetam a sociedade são sancionadas com o aparato repressivo estatal, qual seja, a pena (JAKOBS, 2005, p. 10-11). Tanto o Direito quanto o Estado não representam a expressão de uma vontade geral, mas sim o reflexo de uma forma de produção, almejando a proteção de interesses de classes dominante, desmistificando a proposta de um direito penal igualitário (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 30). Assim, embora o discurso legitimador do direito seja o pacto social, está-se diante de uma oligarquia (governo de poucos), que acaba impondo os valores a serem seguidos por uma determinada sociedade.

Mas é necessário que essa pena seja útil para o sistema. Seja para o indivíduo ou para a sociedade, a aplicação deve ser criteriosamente analisada, pois pode deslegitimar o sistema. Nesse sentido, retoma-se à culpabilidade do sujeito que pode:

Fundamentar-se como um puro critério político, a partir da finalidade da pena (Roxin). Em outras palavras: quando não há possibilidade de evitar o injusto, não faz sentido penalizá-lo. A partir disto, a culpabilidade seria um critério político que derivaria da teoria do fim da pena: quando a pena não cumprisse seu fim no caso concreto, já não teria sentido aplicá-la, e, portanto, a culpabilidade estaria ausente. (ZAFFARONI, 2002, p. 611)

Conforme a concepção de Liszt, o projeto alternativo teria por finalidade substituir a retribuição pela ideia de prevenção, além de propor uma proposta de transformar a prevenção geral em prevenção especial, reclamando esta uma total prioridade. Fala-se em proteção do agente antes da proteção de bens jurídicos. Com isso, Liszt cria a teoria dos fins da pena, embasada nos elementos necessidade e idoneidade (ROXIN, 1979, p. 55-56).

Menciona Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 89) que a preocupação da finalidade das penas é um problema tão antigo quanto a própria legitimidade, fundamentação e justificação do Direito Penal. Com finalidades repressivas e preventivas, a pena tem natureza mista desde a reforma de 1984 no Código Penal brasileiro, possuindo quatro características: personalíssima, disciplinada em lei, inderrogável e proporcional ao crime (JESUS, 2003, p. 519-520). De qualquer forma, aduz Jakobs (2003, p. 4) que “não existe prova da existência de um efeito preventivo individual da pena”. Dessa forma, tem-se que a pena depende do delito e, portanto, da existência efetiva e total do processo penal, vez que “se o processo termina antes do desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade) não pode se imposta uma pena” (JAKOBS, 2003, p. 4) com a efetivação dos valores almejados pela sociedade.

Assim, retoma-se o conceito de culpabilidade para refletir sobre os fins preventivos da pena, o que é alvo de severas críticas na visão de Jakobs, pois atribuir essa função “só pode representar que o próprio fim dê coloração à culpabilidade” (PEÑARANDA RAMOS et al., 2003, p. 62-63).



Já para Hassemer (2006, p. 312), a ligação entre culpabilidade e fins da pena se dá da seguinte maneira: somente nos casos em que o Direito Penal pode esperar que uma finalidade preventiva seja viável é que se torna razoável punir o agente, pronunciando um juízo de culpabilidade. Assim, nos casos em que não há previsibilidade da realização do fim da pena, seria absurda a construção de regras de um poder geral, pois estas não seriam fiéis à realidade. Dessa forma:

A moderna dogmática da culpabilidade busca critérios do poder geral em um campo mais próximo: nos fins da pena. Os fins da pena, como as teorias que indicam quais as tarefas que a pena estatal possui, são evidentemente um meio adequado para a concretização do juízo de culpabilidade. Pois dão sentido à pena, e podem também tornar razoável o juízo de culpabilidade; além disso, uma concretização da culpabilidade a partir dos fins da pena promete uma harmonização do sistema jurídico-penal, uma vinculação material de dois âmbitos que hoje estão sob o forte bombardeio dos críticos de Direito Penal. (HASSEMER, 2005, p. 311)

Com isso, busca-se refletir sobre a finalidade da pena e questionar a necessidade real de proteção da sociedade ou a simples punição do indivíduo, representando um castigo. Ainda pode-se falar de uma possibilidade de tratamento ao cidadão ou de uma tratativa estatal, com a finalidade de demonstrar aos demais para não cometer os mesmos erros. A retribuição é denominada teoria absoluta, ao passo que a prevenção, teoria relativa. Essa proposta de prevenção subdivide-se em geral e especial. E cada uma delas, em positiva e negativa, as quais serão pontualmente analisadas a seguir.

A teoria absoluta da pena passa pela ideia de retribuição, enquanto compensação, ou igualamento entre o “mal do crime” e o “mal da pena” (DIAS, 1999, p. 93-94). Conforme aborda Salo de Carvalho (2008, p. 118-119), “a ideia da ‘devolução do mal com o mal’, presente no modelo retributivista arcaico, representa a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba um castigo idêntico ao sofrido pela vítima”. Mas mesmo esse sistema evolui de modo que se pode falar num modelo indenizatório e inadimplemento contratual. Nessa perspectiva, a pena é vista como um fim em si mesmo, seja como uma forma de imposição de justiça ou rechaço ao mal, justificando-se pela ocorrência de um fato criminoso. Paulo Queiroz (2005, p. 17-21) menciona que tanto em Kant quanto em Hegel existe uma razão idealista para a pena, a partir do plano do dever-ser. Para Kant, a retribuição ocorre no plano moral como forma de verificação da justiça. Já Hegel desvincula a ideia de moral, justificando sua existência por meio da razão a partir de um processo dialético.

Conforme menciona Zaffaroni, também na América Latina impõe-se ainda a ideia de retribuição, isso por conta do princípio da culpabilidade. Com efeito, a objeção de Marat de que a retribuição não é justa numa sociedade de grandes injustiças acaba deslegitimando esse discurso:

Centrado na ideia de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, a pena, aplicada por juiz imparcial em processo penal público e contraditório, adquirirá fim intimidatório. O exemplo aplicado ao infrator é necessário para constranger o corpo

social a não praticar o mesmo ato: os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. (CARVALHO, 2008, p. 124)

Assim, a retribuição tem uma vantagem, ou seja, denuncia os excessos biologistas e racistas do positivismo, convertendo-se em uma ideologia que “frequentemente, para não dizer quase sempre sirva aos setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial e a seus vizinhos do sistema penal”, além do fato de preencher com argumentos perigosistas casos que não o são (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 239). Zaffaroni (1999, p. 56-57) ainda menciona que houve uma máxima destruição do Direito Penal liberal, que alcançou sua máxima expressão autoritária com o perigosismo, a partir de uma culpabilidade de autor. Assim, a culpabilidade passou a ser substituída pela perigosidade, sugerindo-se uma relativização do princípio acusatório e, em contrapartida, um fortalecimento do princípio inquisitório.

Por conseguinte:

Acolher o princípio da culpabilidade exclusivamente como limite da pena é próprio de um sistema no qual a sanção encontra sua justificação na finalidade de prevenção do crime, respondendo a culpabilidade à exigência de evitar que o Estado, na persecução da finalidade preventiva, abuse do poder punitivo, chegando, até a ferir o respeito ao qual não se põe nenhuma exigência de irrogar a pena: a culpabilidade, como limite da pena, projeta o sistema numa perspectiva utilitarista na qual o maior perigo é o de uma instrumentalização do homem para o “bem comum”. (PALAZZO, 1989, p. 53)

Tem-se que a proposta de retribuição pode ser considerada o “antônimo da Justiça, por ser legitimadora dos abusos de poder e do tratamento indigno à pessoa humana” (MAIA NETO, 1999, p. 39). Por tal motivo, esse discurso perdeu força no âmbito penal, dando lugar a uma outra proposta, ou seja, a prevenção de delitos. Conforme assevera Juarez Cirino dos Santos:

A crítica jurídica do discurso retributivo da pena criminal, produzida por adeptos da prevenção especial e geral, tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da retribuição penal: retribuir, como método de expiar ou compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença - e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo - e não em nome de Deus - e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. (SANTOS, 2005, p. 5-6)

Afirma-se que, na concepção de Jakobs, o Direito Penal obtém uma legitimação material quando consegue manter a vigência em relação às suas expectativas normativas essenciais sobre as condutas que expressam regras de comportamento incompatível com a regra geral, o modelo geral de orientação do contrato social (PEÑARANDA RAMOS et al., 2003, p. 1).

Com o fracasso da teoria absoluta, a ideia de prevenção instala-se no sistema penal. As teorias relativas subdividem-se em duas, de modo que cada uma delas se ramificará em duas novamente. Assim, tem-se a prevenção geral e a especial. A prevenção geral funciona para a sociedade, enquanto a especial para o delinquente. Cada uma delas possui duas faces: positiva e negativa. Pela prevenção geral positiva, busca-se legitimar a conduta do Estado, com a proteção do modelo, por meio do monopólio da violência. Já pela prevenção geral negativa, há a intimidação dos demais entes para que não cometam delitos. Por sua vez, a prevenção especial positiva propõe a ideia de tratamento do preso, enquanto a prevenção especial negativa visa à não reincidência.

O principal defensor da prevenção geral negativa foi Paul Johann Anselm Ritter Feuerbach, a partir da constatação da necessidade de uma motivação psicológica para o cometimento do delito. Hassemer destaca que a teoria da prevenção geral negativa é filha do Iluminismo, a partir da concepção do homem como ser racional, regido pelo contrato social. Feuerbach formulou tal teoria como a “teoria da coação psicológica”. Contudo, tal teoria é alvo de críticas porque coloca o ofensor como objeto de demonstração (HASSEMER, 2006, p. 403-404).

Portanto, a pena deve seguir a mesma sorte, como uma “coação psicológica” sobre a comunidade jurídica para intimidar as demais pessoas para que não incidam no mesmo equívoco, pois, caso o façam, serão tratadas com a mesma severidade. Dois são esses momentos: o da comunicação da pena (aplicando-se a todos); e o da sua efetiva aplicação (agora sim voltada a quem efetivamente tenha praticado conduta delituosa. Sem embargo, não há qualquer relação entre Direito e Moral, pois não se visa com a pena ao aperfeiçoamento moral do infrator. Trata-se de um processo bem menos audacioso: evitar a realização de outras práticas criminosas (QUEIROZ, 2005, p. 33-34).

A prevenção geral negativa é defendida por autores como Bentham, Beccaria, Feuerbach e Schopenhauer e trata justamente da ideia de prevenção, coincidindo justamente com a passagem de um Estado Absoluto ao Estado Liberal, o que se desenvolveu no período iluminista. Duas são as propostas dessa prevenção: a intimidação e a ponderação da racionalidade do homem, surgindo como motivações aos indivíduos para não cometerem delitos (BITENCOURT, 1993. p. 117). A pena deixa de ser vista como um fim em si mesmo: busca-se evitar a ocorrência de novos delitos (QUEIROZ, 2005, p. 33).

Serve, então, para aqueles que não delinquiram, mas podem fazê-lo. Assume a criminalização uma função utilitária, sem uma eticidade, para evitar o cometimento de crimes por outrem. Funciona, então, como um exemplo a não ser realizado por outros cidadãos, pelo fato da punição estatal ocorrida mostrada (ZAFFARONI et al., 2006, p. 117-118).

É claro que não há convivência humana sem lei, mas a lei da convivência não é penal, mas sim ético-social e jurídica não penal. Não se sustentaria uma sociedade cujos membros realizassem todas as ações que sabem não estarem criminalizadas, bem como as que eles soubessem que não o seriam secundariamente (ou que teriam pouca probabilidade de sê-lo) por incapacidade operativa das agências do sistema penal. Portanto, não é a prevenção geral negativa que dissuade as pessoas

ou conserva a sociedade: trata-se, sim, de uma ilusão do penalismo que identifica direito penal como cultura (ZAFFARONI et al., 2006, p. 120).

Para a prevenção geral, é necessário pressupor a racionalidade do ser humano (ZAFFARONI et al., 2006, p. 118-119). Muñoz Conde menciona a função preventiva geral do Direito como intimidatória aos cidadãos, mas integrando um consenso pelo qual se confirma a garantia das normas que regulam a convivência social. Todavia, o próprio autor destaca que essa tese, sem aludir à função do Direito Penal de marginalizar e re-preender as pessoas que potencialmente possam atacar um sistema de valores (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 27), de nada resolve, pois é necessário pressupor esse sistema.

Já pela prevenção geral positiva, a pena traduz-se na função de conscientizar a coletividade acerca dos valores resguardados por aquela sociedade, buscando uma maior integração social. Émile Durkheim menciona que a pena tem como finalidade a restaurar a coesão social. Hans Welzel, por sua vez, busca a vigência de valores éticos, com a proteção de bens jurídicos. E Günther Jakobs analisa a pena do ponto de vista funcional. (QUEIROZ, 2005, p. 37-53). Constitui a pena, assim, um valor simbólico, que reforça a ideia de confiança (ZAFFARONI et al., 2006, p. 121).

Logo:

A comunicação seria um símbolo que se usa para manter a confiança no sistema, de modo que também instrumentaliza (mediatiza) uma pessoa, utilizando sua dor como símbolo, porque o sistema deve priorizar a pessoa, tanto do autor quanto da vítima. As categorias de análise jurídica se esvaziaram; o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora não afetasse direitos de ninguém. (ZAFFARONI et al., 2006, p. 123).

Nesse sentido, não serve mais a pena tão somente para intimidar - prevenção geral negativa -, mas também de nada adianta a forma do Estado de fazer valer sua confiança na validade e vigência de suas normas - prevenção geral positiva ou integração (DIAS, 2006, p. 99). Assim, “a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é um efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo” (LOPES JR., 2005, p. 3).

Com efeito, a prevenção especial positiva está voltada ao preso - ou seja, à sua ressocialização -, embora se diga que a correção de delinquentes não passa de uma utopia, sendo utilizada a pena apenas para amedrontar aquele indivíduo a não mais cometer ilícitos (DIAS, 2006, p. 103). Assim, “erguem-se vozes contra a ideologia do tratamento ressocializador” (CERVINI, 1995, p. 37).

Tem-se que, na Alemanha:

O fim da ressocialização dos presos, hoje, pode esperar reconhecimento em uma ampla adesão, a qual tem se acentuado através da promulgação da lei de execução penal de 1976 que se comprometeu com este fim. O mais razoável que uma sociedade *output*, que observa as consequências, pode fazer é lhe dar auxílio para uma (re) integração na comunidade jurídica e em suas normas. (HASSEMER, 2006, p. 374)

Juarez Cirino dos Santos menciona o trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da “ortopedia moral” (FOUCAULT, 2008, p. 13) para a execução dessa tarefa (SANTOS, 2002, p. 7). Talvez esse seja o fim mais compatível com a proposta anteriormente mencionada da coculpabilidade. Embora questionável, o Estado, já que não cumpriu suas tarefas antes do cometimento do crime, pode, de alguma forma, resgatar suas funções com a ideia de ressocialização. De outro lado, a proposta de prevenção especial positiva é a menos aplicada, ao menos em países latino-americanos.

A crítica que se faz à ressocialização não é efetivamente contra a existência desse sistema, mas à falácia de apontar a prisão como meio legítimo para proporcionar esse processo. Portanto, a contestação é justamente pela forma de proposta e seus meios: os estabelecimentos carcerários não possuem quaisquer condições de reabilitação, não há nesses locais possibilidade de tratamento (CERVINI, 1995 p. 37).

A teoria da ressocialização é alvo de severas críticas pelas condições sociais e também pelas condições dos estabelecimentos prisionais, considerados escolas criminosas. Embora seja ainda proposta por grande parte da doutrina, como se pode falar em ressocialização nas condições atuais da prisão? Se o próprio Estado não assegura as condições mínimas de sobrevivência digna dentro dos estabelecimentos prisionais, como se esperar um tratamento dentro do cárcere?

Finalmente, a prevenção especial negativa, defendida por Franz Von Liszt e Marc Ancel, dirige-se ao delinquentes para que ele não cometa mais crimes.

A prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão - e assim, a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal. (SANTOS, 2005, p. 7-8)

Logo, verifica-se que:

El desconocimiento absoluto de cualquier función positiva asignada a la pena por las teorías legitimantes del poder punitivo, por falsas o no generalizables, y la aceptación de consecuencias negativas en su aplicación, implica apartarse de todos los modelos conocidos que buscan en la culpabilidad (justificándose en la apelación al ámbito de autodeterminación del sujeto y considerando que con ello ejercen un reproche ético) el castigo por La peligrosidad del autor o por resultar necesario a fines transpersonales como pueden ser La “defensa social” o la “razón de estado”. Aquellas posiciones tradicionales han procurado incesantemente encontrar en la culpabilidad algún remanente de la peligrosidad del positivismo criminológico o de la postura organicista de la defensa social. (GÓMEZ URSO, 2007)

De qualquer forma, vale refletir até que ponto é possível afirmar a existência de um modelo preventivo do sistema penal, eis que ele atua somente depois do cometimento de delitos. Nesse sentido, Paulo Queiroz (2005, p. 99-100) menciona que “o sistema penal intervém de maneira reativa e não preventiva” além de atuar somente atrasado.

## Considerações finais

Chega-se ao ponto crucial e objeto de análise, que consiste em relacionar as funções da pena com a proposta da coculpabilidade. Resgatando as hipóteses de Liszt, em que são necessários os elementos necessidade e idoneidade, colocam-se em xeque as funções da pena, quando se fala na aplicação do princípio da coculpabilidade. A pena, conforme a visão do mencionado autor, não pode ser nociva. Daí todo o resgate à legitimidade estatal para punir. Como um ente estatal pode se admitir corresponsável pela falta de adequada formação daquele sujeito e, em seguida, aplicar uma pena ao cidadão posteriormente? Sob qual argumento? Existe legitimidade para tanto? Ainda se está diante de um modelo retributivista (em que pese até este seja questionável).

Num contexto neoliberal, falar em função da pena torna-se um pouco ilusório, pois ela “perde seu tradicional discurso de ‘ressocialização’ ou ‘adestramento’ do corpo do condenado para esgotar-se na noção de prevenção geral. Pena é tão somente uma resposta da sociedade a quem ousou infringir suas regras (de mercado)” (SILVA, 2008, p. 119). Contudo, se se acreditar realmente nesse argumento, pode-se falar em abolicionismo penal em sua forma mais enérgica e deixar de aplicar todo o contido nos infundáveis instrumentos normativos que permeiam o Direito Penal.

Num modelo causalista, a função da pena é representada por uma prevenção especial positiva, ou seja, a ação necessária era um tratamento do cidadão. Isso se coaduna com os modelos de Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garofalo, a partir de concepções deterministas e preconceitos biológicos. Dentro de uma concepção finalística, não se tem qualquer preocupação com o ofensor, mas as energias são voltadas a uma resposta social, isto é, a aplicação de uma prevenção geral negativa. Numa proposta funcionalista, tem-se a prevenção geral, a partir da ideia de se proteger uma possível erosão da norma penal (JAKOBS, 2003, p. 9).

Mas talvez o ponto crucial do trabalho, a partir da adoção da teoria da coculpabilidade, seja o de verificar a função da pena. Duas são as teorias iniciais sobre a função da pena: uma repressiva (absoluta) e outra preventiva (relativa, que se divide em prevenção social ou do agente). De qualquer forma, como admitir que o Estado, que tem uma parcela de responsabilidade no cometimento do delito, possa penalizar o agente? Sob qual enfoque? Para que serve a pena? É possível falar em uma compensação de culpas para abordar uma teoria absoluta? E a relativa? Se o Estado falhou, como mostrar aos demais agentes o que não fazer; ou o que pode ser resultado disso; ou ainda, oferecer um tratamento para o cidadão (que já está num contexto de falha estatal) e dar-lhe um exemplo para não mais delinquir? Enfim, esses são os dois pontos principais de investigação: a evolução da noção de coculpabilidade e a função da pena a partir dessa adoção.

Dirk Fabricius (2006, p. 39) conclui que a “pena não é só apenas inútil para o desenvolvimento desses cidadãos, mas é precisamente destrutiva. Isso quer dizer que nós precisamos de culpabilidade, enquanto que a pena deve ser, pedaço por pedaço,

excluída de nossa vida social - como a prática pedagógica já faz avanços em muitos Estados" (FABRICIUS, 2006, p. 39). Jakobs menciona que se pode partir de uma base em que a pena inútil não pode se "legitimar de nenhum modo em um Estado secularizado; a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social - sem essa necessidade, seria por sua vez inútil. Essa utilidade chama-se, na terminologia da teoria jurídico-penal habitualmente fins da pena" (JAKOBS, 2003, p. 12).

Contudo, não parece ser esse o caminho a ser seguido pelas bancadas legislativas. O Direito Penal passa exatamente por uma maximização, de forma que se torna crucial discutir questões como as apresentadas.

## CO-RESPONSIBILITY FROM THE STATE: REQUIEM OR REDEMPTION OF THE FUNCTIONS OF PRISON

**ABSTRACT:** The present paper aims to verify the application of theory of coculpability. In this way, begins a movement of even partial states responsibility for certain crimes committed. This is intrinsically related to the functions of the state. Beside that, there is another discussion of the prison's functions. Thus, the proposal is to co-relate the functions of prison and co-culpability, questioning the usefulness of the latter.

**KEYWORDS:** Co-responsibility. State models. Culpability.

### Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: RT, 1993.
- CALIXTO, Domingos Sávio. *Elementos para uma teoria da vulnerabilidade*. Disponível em: <<http://www.direitopucarcos/Elementos%20para%20uma%20teoria%20da%20vulnerabilidade.htm>>. Acesso em: 2 set. 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO JR., Ivaldo Mendes. *O princípio da coculpabilidade sob o conceito das externalidades negativas*. Disponível em: <<http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2010/03/10ed03.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CORRÊA, Tatiana Machado. *Apontamentos críticos sobre o conceito funcional de culpabilidade de Jakobs*. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2188>>. Acesso em: 2 set. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Globalização e direitos humanos*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8898/6208>>. Acesso em: 2 out. 2010.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *La culpabilidad por vulnerabilidad: ética y legitimidad del reproche desde el saber penal*. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/17092007/neuquen01.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2009.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Barueri: Manole, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 210, p. 16-17, maio 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Bases Humanitárias e Democráticas para Reforma do Direito Penal brasileiro*. In: KUEHNE, Mauricio (org.). *Ciência penal: coletânea de estudos*. Curitiba: JM, 1999.

MORALES, Carlos Antonio. *Nem privado nem estatal: em busca de uma nova estratégia para a provisão de serviços públicos*. *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro, ano 49, n. 4, p. 117-149, out./dez. 1998.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. *Breves apontamentos acerca da noção de coculpabilidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7268>>. Acesso em: 30 set. 2010.



- MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da coculpabilidade no Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Barueri: Manole, 2003.
- PINTO, Simone Matos Rios. *O princípio da coculpabilidade*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70.03.015392-8*. 5ª Câmara Criminal. Relator: Aramis Nassif. Porto Alegre. Julgado: em 13/1/2010.
- ROXIN. Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Coimbra, 1979.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Lumen Juris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, João Carlos Carvalho da; GOMES, Edilson Francisco. *Princípio da coculpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12222>>. Acesso em: 30 set. 2010.
- SILVA, Luana de Carvalho. *O princípio da culpabilidade e a produção de sujeitos*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, 2008.
- SOUZA, Paulo Vinicis Sporleder de. *Breves Reflexões sobre os elementos normativos negativos do tipo*. *Revista Jurídica*, a. 54, n. 399, jan. 2006.

THOMÉ, Livia Cynara Prates. *A vulnerabilidade como atenuante inominada*: uma resposta à deslegitimação do Direito Penal. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/direito/graduacao/trabalhos2006\\_2/livia\\_prates.pdf](http://www.pucrs.br/direito/graduacao/trabalhos2006_2/livia_prates.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2009.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buscando o inimigo: *De Satán ao Direito Penal cool*. Disponível em: <[http://www.freixinho.adv.br/\\_recursos/pdf/artigos/013.pdf](http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/013.pdf)>. 2009a. Acesso em: 25 set. 2009.

\_\_\_\_\_. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. Primeira parte: construção da culpabilidade penal como síntese da culpabilidade pelo ato e a culpabilidade pela vulnerabilidade. Disponível em: <[http://www.freixinho.adv.br/\\_recursos/pdf/artigos/014.pdf](http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/014.pdf)>. 2009b. Acesso em: 20 set. 2009.

\_\_\_\_\_. El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. V. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, out./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. *O Inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. *Direito Penal Brasileiro I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

\_\_\_\_\_ et al. *Direito Penal Brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.