

KALIL RIBEIRO DIAS

**TEORIA DA CO-CULPABILIDADE E OS CRIMES CONTRA  
ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA**

COGEAE – PUC/SP

SÃO PAULO

2012

KALIL RIBEIRO DIAS

**TEORIA DA CO-CULPABILIDADE E OS CRIMES CONTRA  
ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Antônio Lopes Monteiro.

COGEAE – PUC/SP

SÃO PAULO

2012

## SUMÁRIO

RESUMO .....	6
INTRODUÇÃO .....	7
1. CULPABILIDADE .....	9
1.1. Teorias da culpabilidade .....	10
1.1.1. Teoria psicológica da culpabilidade .....	10
1.1.2. Teoria psicológica-normativa ou normativa da culpabilidade .....	11
1.1.3. Teoria normativa pura da culpabilidade .....	11
1.1.4. Teoria da culpabilidade extrema ou extremada da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade .....	12
1.2. Elementos da Culpabilidade.....	12
1.2.1. Imputabilidade .....	12
1.2.1.1 .Sistema de aferição da culpabilidade .....	14
1.2.2. Causas que excluem a culpabilidade .....	14
1.2.2.1. Doença mental .....	14
1.2.2.2. Desenvolvimento mental incompleto .....	15
1.2.2.3. Desenvolvimento mental retardado .....	15
1.2.2.4. Embriaguez .....	16
1.2.2.5. Emoção e Paixão .....	17
1.2.3. Semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída .....	17
1.3. Potencial Consciência da Ilicitude .....	18
1.4. Exigibilidade de conduta diversa .....	19
1.4.1. Coação moral irresistível .....	20
1.4.2. Obediência hierárquica .....	20
1.5. Causas supralegais de exclusão da culpabilidade .....	21
2. TEORIA DA COCULPABILIDADE .....	22
2.1. Origem histórica.....	22
2.2. Conceito .....	24

2.3. A co-culpabilidade e o princípio da igualdade .....	26
2.4. co-culpabilidade e o princípio da individualização da pena .....	28
2.5. A co-culpabilidade como atenuante da pena .....	29
2.6. A co-culpabilidade no Direito comparado .....	31
2.6.1. Direito Argentino .....	32
2.6.2. Direito Peruano .....	33
2.6.3. Direito Boliviano .....	34
2.6.4. Direito Costa-riquenho .....	35
2.6.5. Direito Equatoriano .....	38
2.6.6. Direito Paraguaio .....	39
2.7. A culpabilidade às avessas .....	41
3. DIREITO PENAL ECONOMICO .....	45
3.1. A questão do bem jurídico .....	47
3.2. A percepção social dos crimes econômicos .....	47
3.3. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo .....	48
3.4. Independência das instâncias administrativa e penal .....	49
4. TEORIA DA COCUPABILIDADE E OS CRIMES CONTRA ORDEM ECONOMICA E TRIBUTUÁRIA .....	50
4.1. Crimes contra ordem tributária e inexigibilidade de conduta diversa .....	51
4.2 Crimes econômicos e co-culpabilidade .....	58
CONCLUSÃO .....	60
Referências Bibliografia .....	62

## **TERMO DE RESPONSABILIDADE**

O conteúdo deste trabalho é de total responsabilidade do autor. A orientação recebida pelo professor orientador e a aprovação perante a banca examinadora não significam adesão e/ou participação no conteúdo aqui exposto.

## **RESUMO**

Praticada a infração penal surge para o Estado o poder-dever de punir o autor do delito, de modo a substituir as partes, solucionando imparcialmente o conflito.

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas considerações acerca da teoria da co-culpabilidade, isto é, quando a responsabilidade pela prática da infração penal é compartilhada entre o agente e o próprio Estado, quando este não lhe tiver proporcionado oportunidades.

Desse modo, mister se faz dissertar sobre a culpabilidade em todos os seus principais aspectos e evolução histórica, até chegarmos a teoria da co-culpabilidade.

Por fim, busca-se demonstrar a possibilidade ou não de ver aplicada a aludida teoria aos delitos contra ordem econômica ou tributária praticados em situação de crise, isto é, apenas em situações excepcionais, capaz de caracterizar a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa.

Palavras-chaves: co-culpabilidade. Crimes Econômicos e Tributários.

## 1. INTRODUÇÃO

O convívio em sociedade exige um amplo e complexo conjunto de normas disciplinadoras que estabeleçam as regras indispensáveis à vida em comum entre indivíduos. Com efeito, a essas regras, denominadas de direito positivo, normas gerais e abstratas, que visam harmonizar as relações sociais, ora permitindo, ora proibindo determinadas condutas.

A violação dessas normas, sobretudo no âmbito penal, faz surgir o ilícito penal, atingindo os bens sociais tutelados pelo direito.

Desse modo, é preciso que o Estado estabeleça sanções a fim de proteger os bens jurídicos de relevante valor social, reprimindo e prevenindo futuras agressões. Nestes termos, no dizer do Professor Damásio Evangelista de Jesus, *“O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado”*<sup>1</sup>.

A norma penal incriminadora faz nascer para o Estado o direito de punir abstrato, sendo de atribuição exclusiva da administração da justiça solucionar os conflitos que lhe são apresentados. Nessa esteira, eventual lesão a direito, é vedado ao particular fazer justiça com as próprias mãos, sendo imprescindível que se dirija ao Estado-Juiz para reclamar a prestação jurisdicional e exigir que seu direito seja respeitado.

Assim, no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho *“o Estado põe à disposição de todos nós, os órgãos da administração da justiça (são os Juízes), a fim de solucionar os*

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. de, Direito Penal – Parte Geral, p.3.

*litígios que os interessados levarem ao seu conhecimento. O direito de ação encontra, pois seu fundamento na proibição de se fazer justiça com as próprias mãos”<sup>2</sup>.*

O direito tem por finalidade precípua favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas, harmonizando a convivência social. Ao criar condutas ilícitas, conforme valores extraídos do próprio meio social, o ordenamento jurídico permite a cooperação entre seus membros, estabelecendo limitações individuais necessárias para o equilíbrio das relações existente na sociedade.

Com efeito, na lição do mestre Paulo Nader “*a sociedade sem direito não resistiria, seria anárquica, teria seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o Direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida*”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, p.9.

<sup>3</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, p.25.

## 1. CULPABILIDADE

Com a evolução do direito, a culpabilidade deixou de ser considerada como elemento do crime, passando a ser entendida como pressuposto de aplicação da pena, isto é, se há discussão acerca da culpabilidade, isso ocorre, porque já se verificou existência de um fato típico e antijurídico.

Nessa esteira, a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, logo, sua ausência não exclui o crime, mas somente afasta a possibilidade do Estado aplicar pena ao delinquente. Em outras palavras, é possível existir crime sem pena, na hipótese de causa excludente de culpabilidade, todavia, não se pode falar em pena, sem a existência prévia de um crime.

Desse modo, é preciso que o Estado estabeleça meios para proteger os bens jurídicos de relevante valor social, além de definir as condutas de maior ou menor reprovação social, razão pela qual, a culpabilidade encontra-se fora do conceito analítico de crime. Nestes termos, no dizer do Professor Fernando Capez, “*A culpabilidade é exatamente isso, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.*”<sup>4</sup>.

Para Guilherme de Souza Nucci “*Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência*

---

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.280.

*potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo”.*<sup>5</sup>

A culpabilidade é entendida como um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*), reconhecido pela doutrina em casos excepcionais. No princípio a culpabilidade é só a base para a determinação de uma pena. O princípio serve, de um lado, para a proteção do autor frente ao excesso repressivo do Estado. Aliás, também procura limitar estritamente uma censura pública daquelas ações que merecem um juízo de desvalor ético-social, com o qual, simultaneamente, enfatiza o compromisso do Direito Penal com um mínimo ético. O Supremo Tribunal Federal, numa declaração programática, reconheceu a existência do aludido princípio numa das peças básicas em suas jurisprudências.

Com o juízo de desvalor de uma culpabilidade ao autor se ele resolver não atuar conforme o Direito, isto é, houvesse decidido pelo injusto apesar de tê-lo feito, poderia não fazê-lo. Também, é expressamente extraída do princípio da culpabilidade a seguinte consequência para o limite superior de uma pena.

### **1.1. Teorias da culpabilidade**

A evolução do direito, assim como ocorre na sociedade é um processo dinâmico e constante, modificando-se conceitos, fundamentos e pressupostos das normas impostas ao convívio social.

Em relação a culpabilidade, novos conceitos, características e elementos também lhe foram atribuídas conforme o desenvolvimento da sociedade, a despeito de algumas divergências doutrinárias, acerca de sua posição como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena.

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, p.300.

### **1.1.1. Teoria psicológica da culpabilidade**

Para essa teoria, preconizada por Von Liszt e Beling, a culpabilidade é o nexo psíquico entre o autor e delito, possuindo como elementos apenas o dolo e a culpa. Como se sabe, essa teoria não deixou de receber inúmeras críticas, sobretudo pelo modo como explica o dolo e culpa como espécies da culpabilidade, não apresentando respostas razoáveis para isenção da pena nos casos de coação moral irresistível e obediência de ordem hierárquica manifestamente ilegal, em que o agente é imputável, agiu com dolo, mas não lhe era exigível comportamento diverso.

O professor Damásio Evangelista de Jesus sobre o tema, leciona: *“O erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente distintos: o dolo e a culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceito positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos, o ponto de identidade, seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo na culpa consciente.”*<sup>6</sup>

### **1.1.2. Teoria psicológica-normativa ou normativa da culpabilidade**

Essa teoria, desenvolvida por Reinhard Frank, tem por base psicológica o dolo e culpa que se mantém na culpabilidade, mas agora, acrescenta também uma base normativa, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa, isto é, a conduta do agente só merece censura quando lhe era exigível outro comportamento. Com efeito, a culpabilidade passa a ter como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o dolo e a culpa.

---

<sup>6</sup> JESUS, Damásio E.de, Direito Penal, Parte Geral, p.460.

### **1.1.3. Teoria normativa pura da culpabilidade**

A teoria normativa pura é fundamentada no finalismo e extrai da culpabilidade o dolo e a culpa, os quais são transferidos para a conduta do agente, característica do fato típico. O dolo, após a sua transferência, deixou de ser normativo, passando a ser um dolo tão-somente natural. Na culpabilidade, contudo permaneceu a consciência da ilicitude do fato (extraída do dolo genérico).<sup>7</sup>

Comprovado que o dolo e a culpa integram a conduta, a culpabilidade passa a ser meramente valorativa ou normativa, isto é, puro juízo de valor, de reprovação, que recai sobre o autor do injusto penal excluído de qualquer dado psicológico.<sup>8</sup>

Destarte, para essa teoria, a culpabilidade possui três elementos, a saber, imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato, os quais serão melhor analisados no transcorrer do presente trabalho.

### **1.1.4. Teoria da culpabilidade extrema ou extremada da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade**

Possui os mesmos elementos da teoria normativa pura, diferenciando-se somente em relação ao tratamento quanto as discriminantes putativas. Para a teoria extremada toda a espécie de discriminante putativa é tratada como erro de proibição. Já a teoria limitada faz distinção entre erro sobre a situação de fato, o qual caracteriza erro de tipo, e erro sobre a existência de causa justificativa de ilicitude que é tratado como erro de proibição.

---

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, p.418.

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.288.

## 1.2. Elementos da culpabilidade

### 1.2.1. Imputabilidade

A imputabilidade pode ser definida como a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com essa conduta, possuindo dois elementos, sendo o primeiro o intelectual (capacidade de entender) e o segundo o volitivo (capacidade de querer), sem os quais o agente deixa de ser imputável.

Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta à sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade.<sup>9</sup>

Para Heleno Cláudio Fragoso a imputabilidade é definida como “*a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento*”.<sup>10</sup>

Já o ilustre professor Damásio, define a imputabilidade como “*o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível*”.<sup>11</sup>

Com efeito, tem-se que a imputabilidade é verificada em dois momentos distintos, o que caracteriza o seu caráter dúplice, apresentando-se, por um lado, em um aspecto intelectual, consistente na capacidade de discernimento acerca da ilicitude da conduta praticada, e noutro lado, em um aspecto volitivo, consubstanciado no controle sobre a vontade específica pelo agente. Welzel por sua vez, é definitivo ao estabelecer o caráter dúplice da imputabilidade, composta pela capacidade de compreensão do injusto e a

---

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, p.208.

<sup>10</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 197.

<sup>11</sup> JESUS, DAMASIO E.. Direito Penal, p. 467.

determinação da vontade conforme o sentido, ao passo em que somente verificados ambos os elementos, em conjunto, se verifica a imputabilidade.<sup>12</sup>

A imputabilidade diferencia-se do dolo, visto que este representa a vontade do agente, ao passo que aquela nada mais é do que a capacidade de determinar-se de acordo com essa vontade ou entendimento.

#### **1.2.1.1. Sistema de aferição da imputabilidade**

**a) Sistema biológico** – exige apenas o requisito causal para que o agente seja considerado inimputável, sendo desnecessária a capacidade de querer e entender o caráter ilícito do fato. Em nosso ordenamento jurídico é adotado somente em relação aos menores de 18 anos, conforme art.27 do Código Penal.

**b) Sistema psicológico** – verifica se ao tempo do crime, o agente tinha capacidade de entender e querer o caráter ilícito do fato, sem exigir o requisito causal para apurar a imputabilidade do agente. Não foi adotado entre nós.

**c) Sistema biopsicológico** – exige duas bases para aferição da imputabilidade, isto é, adota tanto o sistema biológico, quanto o sistema psicológico. Nessa caso, verifica-se se agente é doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, em um segundo momento, se ele era capaz de compreender o caráter ilícito do fato. Presentes ambos, será considerado imputável. Foi o sistema adotado pelo Código Penal.

#### **1.2.2. Causas que excluem a imputabilidade**

##### **1.2.2.1. Doença mental**

---

<sup>12</sup> WELZEL Apud CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.308.

É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.<sup>13</sup>

#### **1.2.2.2. Desenvolvimento mental incompleto**

O desenvolvimento mental incompleto ocorre nos menores de idade. Têm também desenvolvimento mental incompleto ainda, os silvícolas não adaptados à civilização, mas estes, normalmente, são capazes de entendimento do caráter ilícito do fato, sendo incluídos no artigo 26, parágrafo único. Também abrange os surdos-mudos que não receberam instrução adequada. O isolamento do surdo-mudo pode impedir o desenvolvimento mental e afetar a capacidade de discernimento no campo intelectual ou ético, ainda que não acompanhado de doença mental ou oligofrenia.<sup>14</sup>

Ressalte-se, que em relação aos silvícolas, estes podem ser tratados como imputáveis, semi-imputáveis ou mesmo inimputáveis, de acordo com sua capacidade de compreensão e autodeterminação.

#### **1.2.2.3. Desenvolvimento mental retardado**

É o incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica. Ao contrário do desenvolvimento mental incompleto, no qual não há maturidade psíquica em razão da idade precoce e fase da vida do agente ou falta de conhecimento empírico, no

---

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.291.

<sup>14</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, p.210.

desenvolvimento retardado, a capacidade não corresponde às expectativas para aquele momento da vida, o que significa que plena potencialidade jamais será atingida.<sup>15</sup>

Não basta, porém, a presença de uma dessas situações (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado) para que fique excluída a imputabilidade. Há que ser feita uma aferição no aspecto intelectual e volitivo. Nos termos da lei, só é imputável, aquele que, ao tempo da conduta (ação ou omissão) , era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato: o agente pode entender o fato, mas não o caráter ilícito de sua conduta e, nessa hipótese, é inimputável. Pode o sujeito, porém, apesar de um desses estados mórbidos, ser capaz de entendimento ético, devendo-se nessa hipótese, verificar o aspecto volitivo, de autodeterminação que pode não existir. É o que ocorre com alguma frequência em indivíduos portadores de certas psiconeuroses, os quais agem em plena consciência do que fazem, mas não conseguem ter o domínio de seus atos, isto é, não tem o poder de evita-los.<sup>16</sup>

#### **1.2.2.4 Embriaguez**

A embriaguez pode ser conceituada como a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento.<sup>17</sup>

Conforme a origem, a embriaguez pode ser classificada em: a) voluntária - quando o agente quer beber a ponto de se embriagar; b) culposa – o agente quer beber, mas não quer se embriagar, mas por imprudência se excede; c) dolosa ou preordenada – é aquela em que o agente quer se embriagar para criar coragem e praticar crimes e; d) acidental – proveniente de caso fortuito ou força maior.

---

<sup>15</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.291.

<sup>16</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito Penal, p.109.

<sup>17</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, p.218.

A embriaguez também é classificada em três fases distintas, quais sejam: A primeira dela, chamada de *excitação*, a pessoa perde a autocensura, embora ainda tenha consciência sobre seus atos. A segunda fase, conhecida como *depressão* é caracterizada pela agressividade do agente, que deixa de ter vontade livre e consciência dos seus atos. Por fim, a fase letárgica ou do sono, o agente entra em estado de dormência, deixando de ter controle sobre suas funções fisiológicas. Nessa última fase, o agente somente pode praticar crimes omissivos.

A embriaguez não exclui a culpabilidade do agente, salvo a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, hipótese em que o agente será considerado inimputável, razão pela qual será absolvido sem aplicação de medida de segurança.

#### **1.2.2.5 Emoção e Paixão**

Ambas são instabilidades psíquicas, sendo que a emoção é um sentimento repentino e passageiro, ao passo que a paixão é duradoura e profunda. É certo que nenhuma delas tem o condão de excluir a imputabilidade do agente, mas em algumas situações o Código Penal trata da emoção como atenuante genérica (art. 65, III) ou até mesmo como causa de diminuição de pena (art.121, §1º e art.129, § 4º). Vale ressaltar que a paixão nunca figura como causa de diminuição de pena ou atenuante genérica.

#### **1.2.3. Semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída**

Na semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída a perda da capacidade de entender e querer do agente é apenas parcial, razão pela qual, não se exclui a culpabilidade, conferindo somente a possibilidade de redução da pena de 1/3 a 2/3, ou ainda, somente a

aplicação de medida de segurança, conforme preceitua o art. 26, parágrafo único do Código Penal.

Vale lembrar que nosso ordenamento jurídico adotou o sistema vicariante em relação a semi-imputabilidade, isto é, veda a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança.

### **1.3. Potencial Consciência da ilicitude**

Nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro o desconhecimento da lei é inescusável. Adotado o princípio da necessidade social, presume-se que após a publicação, a lei torna-se conhecida por todos e torna obrigatória sua aplicação, como meio de assegurar o convívio em sociedade.

A potencial consciência da ilicitude do fato é o conhecimento profano do injusto. Nessa esteira, vale mencionar os dizeres do professor Fernando Capez sobre o tema: *“a fim de evitar abusos, o legislador erigiu como requisito da culpabilidade não o conhecimento do caráter injusto do fato, mas a possibilidade de que o agente tenha esse conhecimento no momento da ação ou omissão. Trata-se da potencial consciência da ilicitude do fato.”*<sup>18</sup>

Assim, deve-se analisar se no momento do crime o agente tinha possibilidade de saber se sua conduta era ilícita ou não, perante um juízo profano, isto é, de acordo com os costumes, tradições e meio social em que está inserido. Nesse sentido, somente podemos falar em exclusão da potencial consciência da ilicitude, quando o agente além de não ter conhecimento da ilicitude do fato, também não tiver possibilidade de conhecê-la.

---

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.306.

Deve-se sair dos aspectos subjetivos e buscar os elementos objetivos do caso concreto para apurar se o agente possuía condições de saber e evitar o erro. A causa que exclui a potencial consciência da ilicitude chama-se erro de proibição inevitável, excluindo a culpabilidade e, conseqüente absolvição do agente.

No erro de proibição, o agente pensa agir plenamente de acordo com o ordenamento jurídico, mas de fato, pratica uma conduta ilícita em razão da não compreensão da ordem legal vigente.

Se o erro de proibição for evitável, persiste a potencial consciência da ilicitude e não há exclusão da culpabilidade. Nesse caso, o agente será condenado, havendo apenas a possibilidade de aplicação de causa de diminuição de pena de 1/6 a 1/3, conforme preceitua o art. 21 do Código Penal.

#### **1.4.Exigibilidade de conduta diversa**

Significa que a conduta do agente somente merece censura quando praticada diante de circunstâncias normais, isto é, quando lhe era possível outro comportamento. Tem fundamento na teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes.

A exigibilidade de conduta diversa, como causa excludente de culpabilidade, tem por fundamento o princípio de que só podem ser punidas as condutas passíveis de serem evitadas. Em nosso ordenamento jurídico, a exigibilidade de conduta diversa pode ser excluída por duas causas: coação moral irresistível e obediência hierárquica de ordem manifestamente ilegal.

Para o professor Fernando Capez consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá

exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma.<sup>19</sup>

#### **1.4.1 Coação moral irresistível**

É a grave ameaça contra a qual o homem não consegue resistir. Não elimina a conduta típica do agente, nem mesmo a ilicitude do fato, entretanto, a culpabilidade é excluída quando não era exigível outro comportamento do agente. Importante mencionar, que tratando-se de coação moral resistível, isto é, aquela em que se poderia agir de outro modo, ele responde pelo crime, incidindo somente uma atenuante genérica, nos termos do art.65, III, “c”, do Código Penal.

Por fim, na hipótese de coação física irresistível, não há o que se falar em ausência de culpabilidade, mas sim, de conduta, tendo em vista a eliminação do dolo e da culpa, razão pela qual, o agente não responde pelo crime, mas somente o coator.

#### **1.4.2. Obediência hierárquica**

Nesse caso, o agente atua em obediência à ordem específica de superior hierárquico, com fundamento em relação jurídica de direito público. O comando deve ser ilegal, entretanto, sob a ótica do subordinado deve ter aparência de ordem legal, pois caso conheça a ilegalidade da ordem emitida por seu superior, responde pela infração penal,

---

<sup>19</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.308.

havendo somente a possibilidade da aplicação da atenuante genérica prevista no art. 65, III, “c”, do Código Penal.

### **1.5 Causas supralegais de exclusão da culpabilidade**

Inicialmente deve ser salientada a existência de causas de exclusão da culpabilidade que extrapolam a previsão do legislador penal. São causas, na própria acepção da palavra, que suplantam o conteúdo legal e foram desenvolvidas pela doutrina.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça admite, além da coação moral irresistível e da obediência hierárquica de ordem manifestamente ilegal, qualquer circunstância que, no caso concreto, venha tornar inexigível a conduta do agente, conduz a exclusão da culpabilidade.

A título de exemplo, de acordo com o entendimento de Francisco de Assis Toledo, exarado em julgado do qual participou, no caso de julgamento pelo Tribunal do Júri, exige-se que, na formulação do quesito pertinente, indaga-se sobre fatos e circunstâncias e não sobre mero conceito jurídico. O Tribunal Regional Federal também afirmou a tese de que a inexigibilidade de conduta diversa não se limita as hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica, aplicando-a em um caso de utilização de passaporte falso para permitir o ingresso nos Estados Unidos da América, por pessoas que procuram melhores oportunidades e condições de vida.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, p.313.

## **2.**

## **TEORIA DA CO-**

### **CULPABILIDADE**

#### **2.1.**

#### **Origem histórica**

O cientista jurídico, como constante pesquisador e estudioso do Direito não ficará limitado e estagnado, exclusivamente em normas positivadas. Para isto, a concretização do princípio da igualdade material será consubstanciada através de preceitos sociais e econômicos que desaguarão no surgimento do princípio da co-culpabilidade. Embrionariamente, o referido princípio, demonstrar-se-á, entre os operadores da ciência jurídica, uma grande divergência legal e teórica, entre seu conceito e sua admissibilidade no âmbito penal.

Os doutrinadores que defendem a importância do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico o definem, como uma corresponsabilidade do Estado mediante crimes cometidos por agentes considerados miseráveis a partir do momento que a eles não são garantidas as condições mínimas de existência, ou seja, a sociedade em geral dividirá a responsabilidade com agente infrator pela prática criminosa.

Para Zafaroni e Pierangeli *“Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade já há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade, por melhor organizada que seja, nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que tem um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar.”*<sup>21</sup>

O princípio da co-culpabilidade está diretamente relacionado às constantes críticas ao absolutismo e às políticas por este regime implementadas, culminado com o surgimento dos ideais iluministas, defensores de um Estado menos intervencionistas nas relações comerciais.

Os liberais, como eram conhecidos os teóricos contrários ao absolutismo, ao defenderem o livre mercado não observaram, de maneira sábia, a relação existente entre as relações comerciais e os aspectos sócio-políticos de uma sociedade, uma vez que, isto possibilitou o desenvolvimento de decisivas críticas à omissão estatal, frente as condições basilares de existência da população por ele tutelada.

Campo fértil para a concretização dos ideias socialistas defendidos por teóricos como Marx, a sociedade moderna era formada, majoritariamente por miseráveis a mercê das práticas liberais, sendo o direito um instrumento utilizado erroneamente pelos proprietários dos meios de produção, intensificando a exploração da atividade laborativa.

Sendo assim, caberia ao Estado, titular do poder soberano, reconhecer sua parcela de responsabilidade perante as subsistentes formas de sobrevivência vivenciadas por seus

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, Manual de direito penal brasileiro, p. 580.

membros. As práticas estatais ao apoiar a situação supracitada acarretaria a ele corresponsabilidade por infrações penais efetuadas, uma vez que, estas em algumas circunstâncias são frutos das condições existenciais de seus membros.

A burguesia, neste contexto, como é característico da manipulação legal realizada por classes dominantes, utilizou estes ideais de maneira favorável ao cumprimento de penas a estes indivíduos imputados.

Esta interpretação possibilitou a utilização da co-culpabilidade às avessas, ou seja, sendo aplicada em favor das classes dominantes, quando se utilizava o critério das chamadas “condições sociais” na aplicação da pena. Esse critério tinha como objetivo aplicar penas mais brandas aos detentores de melhores condições sociais, isto é, deixavam as penas de multa para os abastados e penas de prisão para as pessoas de classe baixa, o qual não retrata o objetivo no reconhecimento da co-culpabilidade no Direito Penal, já que sua finalidade é justamente o caminho oposto.

## **2.2. Conceito**

Por co-culpabilidade entende-se que a responsabilidade pela prática da infração penal em certas situações, deveria ser compartilhada entre o autor do delito e Estado, quando cometidos por indivíduos abandonados a própria sorte, aos quais, foram-lhes negados os direitos fundamentais assegurados, como saúde, educação e oportunidades de trabalho. Em outras palavras, indivíduos excluídos pela sociedade.

Com efeito, surge a indagação se o nosso ordenamento jurídico possibilita à aplicação do princípio da co-culpabilidade, estabelecendo tratamento diferenciado aos

indivíduos menos favorecidos, de modo que, levando em conta suas peculiaridades permita considerar a posição social do agente por ocasião da aplicação da pena.

Nessa esteira, o art. 59 do Código Penal, confere ao magistrado a devida possibilidade de análise de elementos sociais para fins de aplicação da pena, a ser verificada de acordo com o caso concreto. É com base nesse dispositivo penal que é possível termos aplicado o princípio da co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico.

O professor Luiz Flávio Gomes também explica o sentido da nova teoria, igualmente vinda de Eugênio Raúl Zaffaroni.

*“Zaffaroni faz referência a essa teoria para explicar que quando a sociedade é desorganizada ela também contribui para o delito. Haveria, então, co-culpabilidade dela, isto é, o sujeito é culpável, mas também a sociedade o é. Isso poderia conduzir a uma redução da pena do condenado, tendo em vista o menor grau de censura”.*

Na eventualidade que o juiz adote essa teoria, o fundamento para reduzir a pena seria o próprio art.59 do CP ou mesmo o art.66 do CP.

Mas de modo algum, pode-se chegar ao extremo de que a desorganização social venha a ter relevância para absolver o culpado (pelo injusto que cometeu).

A sociedade, ainda que cúmplice do crime (em certo sentido) não pode deixar de punir o infrator em razão da sua falta de socialização.

De outro lado, é difícil imaginar eventual responsabilidade civil do Estado pelo só fato da desorganização social. Mesmo porque, não só o Estado é responsável por essa situação. Também a sociedade civil em grande parte contribui para isso.

Segundo Juarez Cirino dos Santos chama-se essa teoria de “co-culpabilidade da sociedade organizada” entendendo como uma valoração compensatória da carga de

responsabilidade atribuída a certos membros da sociedade que, se encontram, em razão de condições sociais a eles desfavoráveis, acuados socialmente.

A co-culpabilidade, pois vem temperar o juízo de reprovação social que recai sobre o autor da infração penal, tendo em vista que este, sobretudo nos delitos patrimoniais, é compelido não raro, por condições de vida desfavoráveis, pela descrença das instituições do Estado, bem como pelo desprezo à própria sociedade, enquanto reduto excludente.

Para Luiz Flávio Gomes, tanto os ricos, quanto os pobres buscam alcançar seus objetivos de desejo. O que os distinguem, porém, na maioria dos casos, são os meios utilizados para tanto, bem como o resultado de suas ações, isto é, enquanto o rico, detentor de poder, utiliza-se de engodo, valendo-se de facilidades proporcionadas por um cargo político, por exemplo, para sair impune, ao pobre só resta utilizar-se de violência para conseguir seus intentos e, na maioria das vezes, acaba condenado com todo o rigor da lei penal.

É inegável que há crimes que são produtos de tensão social, sendo seus agentes, no mais das vezes, compelidos ao seu cometimento. É para esse tipo de delito e delinquente que deve ser adotado o princípio da co-culpabilidade no ato da dosagem da pena. E não apenas por mera questão de senso de justiça, mas por imperativo principiológico constitucional, como os princípios da igualdade e da individualização da pena.

Assim, a co-culpabilidade consiste na repartição da culpabilidade entre o agente e o Estado. É claro que esta somente pode ser aplicada se preenchidos certas condições e requisitos, podendo-se falar em co-culpabilidade se o agente for oriundo de um meio social onde o Estado não se faz presente e, ainda, se o delito cometido tiver como razão fatores socioeconômicos.

### 2.3. A co-culpabilidade e o princípio da igualdade

O princípio da igualdade vem consagrado em nosso ordenamento jurídico no art.5, I, da Constituição Federal, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, no Estado Social ativo e efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, *devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.*<sup>22</sup>

Indubitavelmente, a igualdade substancial ou material está ligada a teoria da co-culpabilidade, tendo em vista que o indivíduo socialmente desfavorecido deve ter sua conduta valorada de forma diferente do juízo de reprovação dirigido àquele que sempre teve uma posição social privilegiada, contando constantemente com benesses da vida, educação e saúde dignas, dentre outros deveres estatais negados as classes sociais inferiores.

---

<sup>22</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 875.

Caso ambos sejam condenados, isto é, tanto o indivíduo privilegiado, quanto o outro desfavorecido, com juízo de reprovação social de mesma intensidade, não há que se falar em igualdade material, mas tão somente, isonomia formal.

Pretendendo dispensar um tratamento diferenciado àqueles que são, por conta da omissão do Estado, desprovidos das benesses da vida em sociedade as quais teriam direito, a co-culpabilidade deve ser avaliada no momento da aferição da pena imputada ao agente, desde que motivado e influenciado por razões socioeconômicas.

É com base no princípio da isonomia, portanto, que se encontra o sustentáculo para legitimar, materialmente e constitucionalmente, a aplicação do princípio da co-culpabilidade em nosso ordenamento jurídico.

#### **2.4. A co-culpabilidade e o princípio da individualização da pena**

Pelo princípio da individualização da pena entende-se que as penas não devem ser padronizadas, ou seja, a cada delinquente cabe a exata medida punitiva pelo que o fez. Não se pode igualar os desiguais. Tal individualização deve passar por três fases: a primeira é feita pelo legislador, estabelecida através da previsão em abstrato da pena cominada; a segunda é feita pelo juiz, por ocasião da aplicação da pena ao caso concreto; por fim a terceira fase, é observada na execução da pena, tais como regime de cumprimento de pena, progressão, livramento condicional e etc.

Nesse sentido, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

*“a individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo quando se estabelecem e disciplinam as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas*

*(individualização in abstracto), no plano judicial, consagra no prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento executório, processado no período de cumprimento de pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, a suspensão da pena, ao livramento condicional e etc.*”<sup>23</sup>

Com efeito, a aplicação a co-culpabilidade, se faz presente quando observado o princípio da individualização da pena, cabendo ao magistrado verificar não apenas a conduta do agente, mas também as circunstâncias sociais que motivaram a violação da ordem jurídica por meio da prática da infração penal.

## **2.5. A co-culpabilidade como atenuante da pena**

As circunstâncias atenuantes estão previstas no art. 65 do Código Penal. Todavia, o rol constante no dispositivo mencionado não elenca a co-culpabilidade como atenuante genérica, mesmo porque se trata de uma nova tendência no Direito Penal Moderno.

Não obstante, a enumeração de tais circunstâncias não é taxativa, haja vista o que dispõe o art.66 da Legislação Penal, *in verbis*: “A pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Deste modo, a lei vigente, abandonando o sistema da enumeração exaustiva de atenuantes, adotado pelo Código Penal de 1940, introduziu a regra que vem a permitir o reconhecimento de atenuantes não previstas expressamente.

---

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, p. 48.

Assevera Heleno Claudio Fragoso que *“qualquer circunstancia relevante relacionada com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento da pena, deve ser considerada como circunstancia relevante”*.

Preceitua Eugênio Raúl Zaffaroni *“que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP, mediante a disposição genérica do art.66”*.

Nessa mesma esteira, afirma Salo de Carvalho *“a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento de cominação da pena”*.

E, adiante, vem a complementar sua ideia, apontando *“que juntamente com a valoração da situação econômica, devem ser avaliadas as condições de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito”*.

Com razão, Salo de Carvalho advoga que o Código Penal ao permitir a diminuição da pena em razão de “circunstancia relevante”, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social.

Fundamentando a aplicação do principio da co-culpabilidade como circunstância atenuante, o autor acima mencionado lança mão do art.14, inciso I, da Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o qual dispõe, *in verbis*: “São circunstâncias que atenuam a pena: baixo grau de instrução e escolaridade do agente”.

Eis, pois, o modo mais justo de se aferir a culpabilidade, visto que o Estado contribui sobremaneira para o incremento da criminalidade, à medida que tem sonegado as condições mínimas de desenvolvimento dos seus cidadãos.

Vale ressaltar, as palavras do ilustre professor Nilo Batista, segundo o qual, “propensão para o crime tem o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença, em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida”.

Pode-se inferir que, para a aplicação de um Direito Penal justo, o juiz criminal deve ser mais que um autômato que anda a procura do tipo legal para determinada conduta típica, antijurídica e culpável.

Seu trabalho deve ir além, e o princípio da co-culpabilidade emerge aqui como uma importante ferramenta para a humanização do Direito Penal, a fim de atenuar os efeitos deletérios da exclusão social e econômica de determinadas camadas, em grande parte pelo absenteísmo estatal.

A busca da justiça penal, principalmente na adequada aplicação do princípio da co-culpabilidade, não é tarefa fácil, porém não é impossível. Sem o embargo disso, qualquer aplicação da pena que enxergue no criminoso uma pessoa com dignidade a ser respeitada, já é uma tentativa de se chegar a um direito penal mais justo.

E essa liberdade pode ser limitada pelas condições socioeconômicas do agente, impondo-se à sociedade e ao Estado certo grau variável de corresponsabilidade pela conduta típica perpetrada pelo agente, impelido por condições adversas, recomendando o abrandamento da resposta penal nesses casos.

Posto isso, temos que a obediência ao princípio da co-culpabilidade representa o respeito a valores da dignidade humana, igualdade e justiça, merecendo ser interpretada conjuntamente com o disposto no art. 66 do Código Penal, no sentido de ser reconhecida a

atenuante inominada quando a circunstancia adversas causa da inércia do Estado contribuam para diminuir a autodeterminação do agente no cometimento da infração penal.

## **2.6. A co-culpabilidade no Direito Comparado**

Considerando o que já foi dito até aqui, passa-se, então, a análise da possibilidade de aplicação na prática do princípio da co-culpabilidade no ordenamento jurídico comparado.

Com efeito, no Direito Penal estrangeiro há dispositivos legais que podem ser utilizados para concretizar esse princípio, principalmente nos países latino-americanos, os quais serão abordados aqui por estarem em uma situação econômico-social semelhante ao Brasil.

### **2.5.1. Direito Argentino**

Nos termos dos artigos 40 e 41 do Código Penal Argentino a co-culpabilidade está prevista expressamente como uma circunstância que pode atenuar ou agravar a pena, conforme o caso, *in verbis*:

*Art.40. Nas penas divisíveis por razão de tempo ou quantidade, os Tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de conformidade com as regras do artigo seguinte. (tradução livre)*

*Art.41. os efeitos do artigo anterior, se levará em conta:*

*A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causado.*

*A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que levaram a delinquir, especialmente a miséria ou dificuldade de obter sustento próprio e dos seus, a participação que haja tomado no fato, as reincidências em que houver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstraram sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso.  
(tradução livre)*

Segundo Grégora Moura, a aplicação da co-culpabilidade no ordenamento jurídico argentino corresponde a uma circunstância que é fixada na segunda fase da aplicação da pena no direito brasileiro, nos termos do art. 68 do Código Penal.<sup>24</sup>

Sobre o que dispõe o artigo 41 do Código Penal argentino transcrito acima, assevera Zaffaroni Apud Grégore Moura<sup>25</sup>:

“Refiro-me à parte do citado artigo em que ordena levar em conta a qualidade dos motivos que o levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de obter o sustento próprio e dos seus... Não é a primeira disposição sábia de nossa legislação que os doutrinadores passam por alto.” (tradução livre)

---

<sup>24</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.70.

<sup>25</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.71.

Conclui-se, portanto, que no ordenamento jurídico argentino a co-culpabilidade tem aplicabilidade efetiva, podendo tanto atenuar como agravar a pena, variando tal situação de acordo com o caso concreto.

### **2.6.2. Direito Peruano**

O Código Penal Peruano prevê expressamente a co-culpabilidade, nos termos do seu art. 45, *in verbis*:

*Artigo 45. Pressuposto para fundamentar e determinar a pena:*

*O Juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, deverá levar em conta:*

*As carências sociais que houver sofrido o agente;*

*Sua cultura e seus costumes; e*

*Os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependem. (tradução livre)*

Assim, como previsto no ordenamento jurídico argentino, no momento da fixação da pena, o juiz deve considerar as carências sociais que o agente possa ter sofrido, em decorrência da inércia do Estado em proporcionar a seus cidadãos as condições mínimas de sobrevivência, com o fim de assegurar a todos o princípio da dignidade humana.

Note-se, que ao contrário do previsto no direito argentino, a legislação peruana, não faz alusão as circunstâncias agravantes em relação ao princípio da co-culpabilidade, referindo-se somente a possibilidade de atenuação da pena.

A possibilidade da co-culpabilidade agravar a pena, conforme previsto no ordenamento jurídico argentino, será melhor estudado, ao abordamos a co-culpabilidade às avessas.

### **2.6.3. Direito boliviano**

O princípio da co-culpabilidade na legislação boliviana está previsto nos artigos 38 e 40, onde é vista como circunstância judicial para aferir a personalidade do agente e como atenuante genérica, quando o autor age impulsionado pela miséria, *in verbis*:

*Art. 38 – Circunstâncias*

*Para apreciar a personalidade do autor, se levará principalmente em conta:*

*A idade, educação, os costumes e a conduta precedente e posterior do sujeito, os motivos que o impulsionaram a delinquir e sua situação econômica e social. (tradução livre)*

*Art.40 – Atenuantes genéricas*

*Poderá também atenuar a pena:*

*Quando o autor tiver agido por razão honrosa, ou impulsionado pela miséria. (tradução livre)*

Sobre o referido dispositivo, Grégore Moura assevera que se trata de um reconhecimento estatal de suas próprias falhas ao não promover a inclusão social de seus

cidadãos, devendo a reprovação penal ser menor, em razão da condição de miserabilidade em que o indivíduo vive.<sup>26</sup>

Desse modo, o Estado boliviano, reconhece a possibilidade de atenuação da pena, em razão das condições econômicas do agente, sobretudo, aquele que vive em estado de miserabilidade, deixando inequívoca a aplicação expressa e obrigatória do princípio da co-culpabilidade.

#### **2.6.4. Direito costa-riquenho**

No Código Penal da Costa Rica a co-culpabilidade não está prevista expressamente, entretanto, ela pode ser aplicada através do art. 71 do diploma penal, o qual segundo Grégore Moura, equivale ao art. 66 do nosso Código Penal que dispõe sobre as atenuantes genéricas.

*O juiz, na sentença motivada, fixará a duração da pena que deve ser imposta de acordo com os limites assinalados para cada delito, atendendo a gravidade do fato e a personalidade do agente.*

*Para apreciá-la se levará em conta:*

- a) Os aspectos subjetivos e objetivos do fato punível;*
- b) A importância da lesão ou do perigo;*
- c) As circunstâncias de modo, tempo e lugar;*
- d) A qualidade dos motivos determinantes;*

---

<sup>26</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade. 2006, p. 78.

*e) As demais condições pessoais do sujeito ativo ou da vítima na medida em que hajam influído na prática do delito; e*

*f) A conduta do agente posterior ao delito. As características psicológicas, psiquiátricas e sociais, o mesmo que as referentes à educação e antecedentes, serão solicitadas ao Instituto de Criminologia, o qual poderá incluir qualquer outro aspecto que possa ser interessante para informar o Juiz. (tradução livre)*

Contudo, diante da crescente desigualdade social presente nos países subdesenvolvidos, como é o caso da Costa Rica, houve a necessidade de incluir a culpabilidade no Projecto Del Código Penal de Costa Rica, de 14 de abril de 1998, prevista nos artigos 73 e 74, nos seguintes termos:

*Artigo 73- Princípio de culpabilidade*

*A pena não poderá exceder os limites da culpabilidade. Tanto para quantificar como para selecionar a pena dos delitos e contravenções, o juiz levará principalmente em conta: a extensão do dano e do perigo provocados; a qualidade dos motivos que impulsionaram a praticar a conduta; a maior ou menor compreensão do caráter ilícito da conduta; as circunstâncias do modo, tempo e lugar da conduta; as condições econômicas, sociais, culturais e pessoais do autor; o comportamento posterior à conduta, em quanto revele a disposição para reparar o dano, resolver o*

*conflito ou mitigar seus efeitos; e as condições gerais da pessoa ofendida na medida em que hajam influído na prática do delito ou da contravenção.*

*As mesmas regras se aplicam quando se trata de substituição tanto da pena principal por uma alternativa como de alternativa por outras.*

#### *Artigo 74: Regras gerais para a aplicação da pena*

*No momento de individualizar as penas, de determinar as condições de seu cumprimento ou de realizar as substituições correspondentes, o juiz deve levar em conta o que em cada caso resulte adequado para:*

- 1. Tutelar os interesses da vítima, de sua família ou das pessoas que dela dependam;*
- 2. Resolver satisfatoriamente os conflitos gerados pela conduta;*
- 3. Resolver satisfatoriamente os conflitos em cujo marco*
- 4. Suprir as carências sociais que haja sofrido a pessoa condenada;*
- 5. Conservar e melhorar a saúde física e psíquica da pessoa condenada;*
- 6. Fazer o menor emprego possível a pena de prisão; e*
- 7. Motivar que a conduta futura da pessoa condenada seja conforme o direito.*

De acordo com o referido projeto e nas palavras de Grégore Moura, a co-culpabilidade não só servirá para apurar o limite e a medida da pena do autor no momento de aplicação da pena, mas também vinculará o juiz, de modo que ele deverá aplicar a pena adequada para suprir as carências sociais da pessoa condenada.<sup>27</sup>

Observa-se, então, a função ressocializadora da pena, uma vez que o juiz ao individualiza-la deve estabelecer a melhor maneira de seu cumprimento, tendo como objetivo suprir as carências sociais que o agente da infração tenha sofrido.

#### **2.6.5. Direito equatoriano**

No Código Penal do Equador a co-culpabilidade está prevista de forma expressa no seu artigo 29, 11°. Contudo, tal princípio é aplicado somente nos casos de crime contra a propriedade, in verbis:

*Artigo 29-São circunstâncias atenuantes todas as que se refiram as causas impulsivas da infração, ao estado e capacidade física e intelectual do delinquente a sua conduta com respeito ao ato e as suas consequências, diminuem a gravidade da infração ou o alarme ocasionado na sociedade, ou levam ao conhecimento a pouca ou nenhuma periculosidade do autor, como nos seguintes casos:*

*11º) Nos delitos contra a propriedade, quando a indigência, a numerosa família ou a falta de trabalho colocarem o delinquente em uma situação excepcional; ou quando uma*

---

<sup>27</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.77.

*calamidade pública tornar muito difícil a obtenção de forma correta dos meios de subsistência, na época em que a infração foi cometida; (tradução livre)*

Observa-se, assim, o princípio da co-culpabilidade quando o Código Penal equatoriano dispõe que o delinquente que praticar um crime contra a propriedade, em razão de indigência, desemprego ou, até mesmo, aquele que possui uma família grande tendo dificuldades para mantê-la, terá sua pena atenuada.

#### **2.5.6. Direito paraguaio**

No direito paraguaio há previsão expressa do princípio da co-culpabilidade no art.65, do Código Penal, in verbis:

*1º) A fixação da pena se baseará na reprovabilidade do autor e será limitada por ela; se atenderão também os efeitos da pena em sua vida futura em sociedade.*

*2º) Ao determinar a pena, o tribunal analisará todas as circunstâncias gerais a favor e contra o autor e particularmente:*

*a) os motivos e o fins do autor;*

*b) a atitude frente ao direito;*

*c) a intensidade da energia criminal utilizada na realização do fato;*

*d) o grau de ilícito da violência ao dever de não atuar ou, em caso de omissão, de atuar;*

*e) a forma de realização, os meios empregados, a importância do dano e do perigo e as consequências reprováveis do fato;*

*f) a vida anterior do autor e suas condições pessoais e econômicas; e*

*g) a conduta posterior à realização do fato e, em especial, os reforços para reparar os danos e reconciliar-se com a vítima;*

*3º) Na fixação da pena, não serão consideradas as circunstâncias que pertencem ao tipo penal (tradução livre)*

O Código Penal paraguaio prevê que o juiz tem que analisar as condições pessoais e econômicas do agente antes de fixar a pena.

Portanto, assim como a maioria dos países situados no continente americano, o direito paraguaio, igualmente, prevê, ainda que de modo indireto, a possibilidade do magistrado aplicar o princípio da co-culpabilidade por ocasião da aplicação da pena.

## **2.7 A co-culpabilidade às avessas**

O doutrinador Grégore Moura ainda faz menção a uma co-culpabilidade às avessas. De acordo com essa teoria, a co-culpabilidade teria o condão de diminuir a pena do agente e também de aumentar o grau de reprovação social e penal.

Esse efeito é claramente observado no ordenamento jurídico argentino, no qual a co-culpabilidade serve tanto para agravar como para atenuar a pena, bem como no projeto de reforma do Código Penal da Costa Rica, como visto nos itens acima.

Nesse sentido, Grégore Moura, assim explica a co-culpabilidade às avessas: “*A corresponsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (corresponsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a corresponsabilidade do Estado; logo maior a reprovação social.*”<sup>28</sup>

Assevera, ainda, que no Brasil há disposições que preveem indiretamente a co-culpabilidade às avessas, ou seja, para aumentar a reprovação penal. É o caso do artigo 76, inciso IV, alínea a, da Lei 8.078/90, o qual dispõe que será circunstância agravante dos crimes previstos na referida lei, quando forem cometidos por pessoa cuja condição econômica-social seja manifestamente superior à da vítima.

Porém, essa forma de co-culpabilidade não é bem aceita pela doutrina brasileira. Como afirma Grégore Moura: “*...não reconhecemos a co-culpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal, visto que ela está em confronto com seus reais fundamentos, além de desvirtuar a finalidade para qual foi criada. Além disso, a reprovação daqueles que são incluídos socialmente já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico-penal, não carecendo, com efeito, de uma exacerbação da punição desses agentes. Contrariamente, seria uma afronta ao chamado princípio da necessidade e suficiência da pena previsto no art. 59 do Código Penal.*”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, 2006, p.46.

<sup>29</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.47.

Dessa forma, não parece razoável agravar a pena daquele que cometeu um crime por ele está inserido no meio social, ainda que de forma parcial, uma vez que o ordenamento jurídico já prever sanções também para aqueles que estão incluídos socialmente.

Ademais, a co-culpabilidade às avessas ainda se manifesta nas disposições da Lei das Contravenções Penais, conforme será demonstrado no transcorrer do presente trabalho.

Por oportuno cumpre ressaltar a diferença entre crime e contravenção. Nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, a diferença entre os dois esta apenas na forma de punição, in verbis:

*Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

Como bem ressalva Grégore Moura, “*não há diferença ontológica e substancial entre as condutas denominadas crimes e contravenções. O legislador apenas traz graus diversos de valoração de certas condutas em determinado espaço de tempo e lugar.*”<sup>30</sup>

Ultrapassado esse ponto acerca da diferença entre as duas condutas, leia-se o que dispõe o artigo 59 da Lei de Contravenção Penal:

---

<sup>30</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.97.

*Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure a própria subsistência mediante ocupação ilícita:*

*Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.*

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

Com efeito, da leitura do dispositivo acima transcrito se depreende que sua aplicação é quase que impossível na atual condição socioeconômica do Brasil, ferindo frontalmente vários princípios constitucionais, que asseguram a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Nessa esteira, assevera Grégore Moura, que previsão dessa contravenção vai contra a adoção do princípio da co-culpabilidade. E complementa: “Desta feita, a positivação dessas contravenções é totalmente contraposta à adoção do princípio da co-culpabilidade, já que o Estado se furta à sua parcela de responsabilidade no cometimento desses delitos, quando não só não presta assistência aos necessitados, como também potencializa essas necessidades ao etiquetar aqueles que não tem condições de trabalho e subsistência, ou seja, criam o estereótipo do bandido – o socialmente excluído.”<sup>31</sup>

Corroborando o exposto acima, vale destacar o advento da Lei 11.983/2009, o qual revogou a contravenção de mendicância, que também poderia ser considerada como manifestação da teoria da co-culpabilidade às avessas.

---

<sup>31</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.99.

Concluindo, então, assim, como ocorreu com a contravenção de mendicância, a vadiagem deve ser suprimida do ordenamento jurídico penal pátrio, uma vez que em um país de tamanha desigualdade social, não se pode reconhecer a aplicação do princípio da co-culpabilidade às avessas.

Na época que era função da Igreja cuidar da pobreza, onde o nível de incentivo à caridade era alarmante, o objetivo maior era manter o baixo nível salários dos trabalhadores, pois em razão das guerras e pestes presentes na Europa o “exército industrial de reserva” diminuía de forma significativa e, conseqüentemente, aumentava o valor da mão-de-obra.

Desse modo, conforme Grégore Moura os motivos que ensejaram a positivação das contravenções de vadiagem e mendicância – falta de exército industrial de reserva, não mais subsistem, pelo contrário, atualmente esse exército industrial de reserva é enorme, não havendo, assim, necessidade de manter a criminalização da vadiagem e mendicância.

Até porque, a sua permanência no ordenamento jurídico penal fere frontalmente o princípio da co-culpabilidade que está implícito na Constituição Federal, dificultando a concretização de tal princípio, cujo objetivo é proporcionar maior aproximação do Direito Penal com a realidade social, na esteira do princípio da igualdade e da menor seletividade do sistema.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> MOURA, Grégore. Do princípio da co-culpabilidade, p.100.

### 3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

A economia é um campo extremamente sensível e ataques efetivados contra ela merecem pronta repreensão, isso por causa do forte reflexo social que ela traz. A afetação da sociedade e de empresas com os impactos do desequilíbrio econômico são fortes, portanto, fulcral para o bom fluir da economia é o Estado atuar, ante a falibilidade da auto-regulação dos mercados.

A intervenção estatal na economia é constitucionalmente legitimada e dessa forma, por ser um valor com respaldo magno, a intervenção dos demais campos na contenção dos ilícitos econômicos, sejam eles de âmbito administrativo ou merecedores de reprimenda penal, se justificam.

O mestre José Afonso da Silva assinala: *“A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de por ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica...”*<sup>33</sup>

Ante a necessidade de um controle efetivo dos ataques à ordem econômica, o ilícito foi repartido de acordo com o bem jurídico entre penais e não penais.

O Direito Penal Econômico é um ramo do direito penal que trata das infrações contra a ordem econômica, ou seja, é uma área do direito penal que sanciona determinadas condutas que afetam sensivelmente as relações econômicas lesando bens jurídicos penais, ultrapassando, as raias do mero ilícito administrativo-econômico.

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p.764.

Nessa esteira, a lição do professor Manoel Pedro Pimentel: “*o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes*”.<sup>34</sup>

Na senda do crime econômico, temos que a atuação ilícita dá com uma maximização organizacional tendente a buscar enriquecimento indevido, mediante o uso de fraudes, dissimulações, incidindo diretamente sobre os fatores motrizes da economia, em especial, blindando-se em pessoas jurídicas desenvolvendo atividades em várias áreas, como tributária, empresarial, trabalhista, cível, mas sempre com o olhar focado na obtenção de lucros e lesão a economia.

A ideia supramencionada é amparada no pensamento de Paulo Salvador Frontini para o qual correlaciona-se diretamente com o crime organizado, pois ampara em forte logística em avançados métodos de proliferação do crime.<sup>35</sup>

Essa visão parte da premissa de que todo crime econômico é amparado em uma sólida reunião de agentes engajados com o firme fim de lesar a ordem econômica.

Tem-se que o ilícito penal econômico é uma norma penal tipificando ataques frontais aos pilares fundamentais da atividade economia, afetando o bom fluir e evoluir da política econômica estatal, independentemente do meio a ser utilizado.

Dessa forma, com a delimitação do bem jurídico como sendo a economia, afastam-se as demais formas de crimes que atingem outros interesses similares como os falimentares, os que atingem as finanças públicas, por exemplo.

---

<sup>34</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito Penal Econômico, p.10.

<sup>35</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Crimes econômicos por meio da empresa. Relevância da omissão causal, p.22.

### **3.1. A questão do bem jurídico**

Uma característica do Direito Penal Econômico é a criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico determinado (como vida, patrimônio, honra), mas conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supraindividuais (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre e iniciativa etc.), à luz das teorias penais contemporâneas. O crime econômico provoca danos não individualizáveis, irreparáveis, incontroláveis e cuja percepção social é diferenciada.

Com efeito, o objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas praticadas em grande escala por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva.

### **3.2. A percepção social dos crimes econômicos**

Esse tópico remete à discussão sobre o ínfimo número de crimes financeiros investigados, processados e que tenham seus agentes condenados, bem como a forma pela qual a sociedade lida com o fenômeno criminógeno nas relações financeiras, econômicas, empresariais e comerciais. Esta diretamente relacionado aos mecanismos de seleção da criminalidade econômica, ou seja, o processo de filtragem de fatos e agentes, realizados por instituições como bancos privados, Banco Central, Polícia Federal, Ministério Público e o Judiciário.

Ademais, não se pode olvidar que a criminalidade econômica foge da ideia de delinquência como fenômeno marginal e que os autores desses delitos não são vistos como

verdadeiros criminosos por eles mesmos, pelo público em geral e nem por outros criminosos.

Por fim, as condutas praticadas são de difícil identificação. Em alguns casos, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado, isto é, lavado, no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos.

### **3.3. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo**

Para regulamentar a economia, o Estado atua de forma direta e indireta. Na direta, atua como verdadeiro fator econômico (estado-empresa), produzindo bens e serviços, é forma excepcional, não pode ser a regra. Dois fatores motivaram a atuação do Estado na economia de forma direta: a prevalência do interesse público e o imperativo da segurança nacional. Essa forma direta se subdivide em forma monopolista (quando há interesse de segurança nacional) ou concorrente com o particular, esta se dá, em regra, quando há interesse público, eis que não exclui a possibilidade de o particular prestar o serviço determinado.

Nessa esteira, a regra é que o Estado atue de forma indireta na economia, fazendo assim, nascer a relação entre direito penal, direito administrativo e direito econômico, conforme veremos a seguir:

**a) intervenção regulatória** – criação de preceitos, de normas específicas para disciplinar determinado setor da economia. O Estado se limita a normatizar e a regulamentar aquele setor da economia por meio da edição de normas regulamentadoras.

**b) intervenção de fiscalização** – decorre diretamente do poder de polícia do Estado; ele fiscaliza a atividade, em regra, através de vários órgãos administrativos e, tratando-se da ocorrência de crimes, há a intervenção da polícia judiciária. Quando se tem um crime comum, a polícia tem quase que com exclusividade a função de exercer a atividade investigativa, ao passo que nos crimes contra ordem econômica, primeira existe uma investigação promovida na esfera administrativa que, somente caso constante a ocorrência de um algum delito, envia as peças à autoridade policial competente para apuração da referida infração penal.

### **3.4. Independência das instâncias administrativa e penal**

Existem basicamente dois modelos distintos de jurisdição relacionados à interdependência das instâncias administrativa e judicial nos países que adotam a separação dos poderes. Denomina-se sistema de jurisdição dual quando há previsão de que dois órgãos se manifestam de forma definitiva sobre o Direito, cada qual com suas competências próprias. Esse modelo é adotado, por exemplo, na França, onde as decisões da administração pública que são objeto de recursos administrativos não são passíveis de serem novamente discutidas no âmbito judicial.

Já o sistema de jurisdição única é aquele segundo o qual cabe apenas ao Poder Judiciário a competência de dizer o Direito de forma definitiva. Esse é o modelo adotado no Brasil, bem como nos Estados Unidos.

No Brasil é pacífico que o Poder Judiciário pode rever decisões administrativas. A Constituição definiu que a lei é o limite do âmbito de atuação do agente administrativo e que quem fiscaliza a aplicação da lei pelo Executivo é o Poder Judiciário.

#### **4 – A CO-CULPABILIDADE E OS DELITOS CONTRA ORDEM ECONOMICA E TRIBUTÁRIA**

A economia brasileira sempre se mostrou sensível aos acontecimentos financeiros e cambiais ao redor do mundo. Classificado como um país emergente, graves crises em outros países não apenas repercutiram, mas sobretudo, influíram negativamente em nosso mercado interno, culminando com a instabilidade do sistema financeiro e econômico do Estado brasileiro.

Tais situações refletem significativamente toda a economia nacional, implicando na falência de grandes e pequenas empresas, que não estão preparadas para superar eventuais crises econômicas mundiais.

Desse modo, surge a indagação, no tocante aos delitos praticados contra a ordem econômica e tributária, sobretudo em situações de crise, em que o próprio Estado viola normas e princípios ante sua ineficiência em superar situações adversas.

A co-culpabilidade como já explanada em capítulos anteriores, seria a possibilidade de abrandar a pena do delinquente quando o Estado não lhe tiver proporcionado oportunidades. Em relação aos delitos contra ordem econômica, quando praticados em situação de crise financeira, não apenas individual, mas também com âmbito nacional,

caberia ao magistrado a análise quanto a aplicação ou não do aludido princípio a esses delitos.

Some-se a isso, o fato do Brasil ter uma das cargas tributárias mais elevadas entre os países emergentes, mais alta, inclusive que alguns países desenvolvidos como Estados Unidos e Japão. Todavia, o Estado brasileiro, ao contrário do esperado, pouco reverte do valor arrecadado com a elevada carga tributária, em benefícios e serviços em prol da população.

Se analisarmos o atual cenário, chegaremos a conclusão que a carga tributária brasileiro, não cumpre sua função redistributiva, de modo que inexistente um sistema justo de transferências em favor das unidades federativas, economicamente, mais frágeis, dificultando o acesso do cidadão a serviços públicos de qualidade.

Logo, a majoração da carga tributária brasileira, pode ser considerada injusta, uma vez que o retorno social da arrecadação, não corresponde as necessidades sociais presentes, de modo a fomentar o desenvolvimento social e melhorar os serviços prestados a população.

Demonstrado que a empresa enfrenta grave crise financeira à época delitativa, na qual restou estabelecida a relação entre dois bens jurídicos distintos, como por exemplo, o pagamento da folha salarial de seus empregados e o pagamento dos tributos da empresa, poderia, conforme o caso, ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa, excluindo-se, por consequência a culpabilidade do agente, ou mesmo, a atenuação da pena, ante a aplicação do princípio da co-culpabilidade.

#### **4.1 Crimes contra ordem econômica e inexigibilidade de conduta diversa**

A inexigibilidade de conduta diversa nas transgressões contra ordem econômica em alguns casos específicos tem sido admitida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria.

Todavia, o tema é polemico e bastante dividido, e será abordado todos os posicionamentos existentes no transcorrer do presente trabalho, a fim de concluir ou não pela aplicação da excludente.

Comprovada a dificuldade financeira da empresa, de tal forma, que a impossibilita por completo o adimplemento de suas obrigações tributárias e econômicas, poderá o agente ser absolvido, por ausência de culpabilidade.

Cabe salientar que não é qualquer situação de crise ou mesmo a mera justificativa no tocante a elevada carga tributária brasileira que seria capaz de permitir seja reconhecida exclusão da culpabilidade do agente, quando falamos em crimes tributários ou contra ordem econômica.

Somente situações excepcionais é que teriam o condão de excluir a culpabilidade do agente, ou seja, crises invencíveis e inevitáveis, desde que não tenham origem em má administração da empresa por seus sócios ou diretores, com propósitos claramente fraudulentos.

Nessa esteira, é preciso uma análise objetiva a fim de verificar todos os fatores que levaram o agente a praticar determinado delito, seja contra ordem econômica, seja contra ordem tributária, isto é, todas as circunstâncias imprevisíveis que tenham colocado em risco o comportamento normal da empresa, de modo a impossibilitar por completo o cumprimento de suas obrigações.

Além disso, não se pode olvidar que toda atividade empresarial está sujeita a riscos imprevisíveis, que escapam por completo a vontade do agente, logo, é preciso muita

cautela, para apurar se era ou não possível, o agente ter agido de outra forma que a prática da conduta criminosa.

Nesse sentido, assente a jurisprudência pátria:

*“PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR. ÔNUS DA PROVA.*

*1. O delito previsto no art. 168-A, § 1o., inciso I, do Código Penal, configura-se como crime omissivo próprio ou puro, consumando-se quando o responsável tributário, embora tenha deduzido a contribuição social dos salários dos contribuintes de fato, deixa de repassá-la à Previdência Social no prazo legal.*

*2. A doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem como um dos pressupostos dos crimes omissivos a existência da possibilidade física de agir, sendo necessário, para que a omissão seja penalmente relevante, que o agente se abstenha de praticar uma conduta imposta pela norma, quando lhe era possível agir, ficando a atipicidade condicionada à comprovação da impossibilidade física de cumpri-la. Ressalte-se que o ônus da prova é da defesa, fazendo-se necessário um farto conjunto probatório que demonstre a efetiva impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias.*

*3. A dificuldade financeira apta a excluir a culpabilidade deve ser contemporânea à omissão do recolhimento. Além disso, necessita ser objetivamente comprovada mediante documentos pelos quais se possa evidenciar que não decorreram elas de mera inaptidão, imprudência ou temeridade na condução dos negócios, e, principalmente, tem de resultar de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado, inclusive, o patrimônio pessoal do sócio-gerente ou administrador, o que efetivamente não se coaduna com*

*o caso dos presentes autos. Dessa forma, não há como acolher a tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa.*

*4. Cabível na hipótese a aplicação da continuidade delitiva pleiteada no recurso do MPF, uma vez que se trata de crimes da mesma espécie, cometidos pelo mesmo modo de execução, nas mesmas condições de tempo e lugar.*

*5. Apelação da defesa desprovida e recurso do MPF parcialmente provido.”*

*(TRF 2ª Região – ACR nº 2005.50.01.004825-4/ES, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJU 18/09/2008, p. 347)*

*“PENAL - PROCESSO PENAL – RECURSO DE APELAÇÃO DO MPF – NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – CRIME OMISSIVO PRÓPRIO – DÚVIDA QUANTO ÀS DIFICULDADES FINANCEIRAS ALEGADAS – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – IN DUBIO PRO REO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.*

*- O delito de Apropriação Indébita Previdenciária é do tipo omissivo próprio, em que a tipicidade fica condicionada a um não fazer algo que o agente devia e podia fazer. O Direito não exige condutas impossíveis. Não se imputa omissão a quem não pode, efetivamente, agir conforme a norma. Destarte, o Parquet deve demonstrar que o agente tinha a possibilidade de realizar a conduta exigida pela norma, pois tal possibilidade é elemento objetivo do tipo e, portanto, ônus exclusivo da acusação. Todavia, o empresário que permanece exercendo sua atividade econômica, pagando salários, fornecedores e recebendo pro labore, ainda que em valor reduzido, pode recolher as contribuições previdenciárias.*

*- Diante da gravidade do delito, pois o tipo visa a assegurar a manutenção do sistema previdenciário e proporcionar aos segurados um mínimo de dignidade no*

*ocaso de suas vidas, em princípio, apenas na hipótese de graves dificuldades financeiras, devidamente comprovadas pela defesa, deve ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa.*

*- Havendo, porém, dúvida razoável sobre a saúde financeira da empresa, suscitada por provas testemunhais e documentais incontroversas, impõe-se a aplicação do princípio in dubio pro reo.*

*- Recurso a que se nega provimento.”*

*(TRF 2ª Região – ACR nº 2000.51.10.001745-7/RJ, 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Maria Helena Cisne, DJU 19/09/2008)*

Sobre o tema, também se manifestaram os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões:

*“PENAL. PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CÓDIGO PENAL, ART. 168-A. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.*

*1. Da análise do conjunto probatório, sobretudo dos interrogatórios dos réus, ora apelados, às fls. 204/205 e 219/221, além dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela defesa (fls. 296 e 294), conclui-se que, embora os apelados até tivessem conhecimento da ilicitude de suas condutas, diante da dificuldade financeira pela qual passava sua empresa não lhes era exigível conduta diversa.*

*2. Encontrando-se comprovado nos autos que o agente se apropriou indevidamente de contribuições previdenciárias recolhidas de seus empregados e devidas à*

*Previdência Social em razão da empresa estar passando por dificuldades financeiras, há que ocorrer a sua absolvição, diante do fato de não lhe poder ser exigido conduta diversa. Precedente jurisprudencial da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal.*

*3. Apelação desprovida.”*

*(TRF 1ª Região – ACR nº 2001.38.00.034164-3/MG, 4ª Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Klaus Kuschel, e-DJF1 02/06/2009, p. 234)*

*“PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-A DO CP. DIFICULDADES FINANCEIRAS. HOSPITAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO.*

*1. A jurisprudência tem se inclinado a tolerar, sob o aspecto criminal, que hospitais, ainda que não exclusivamente filantrópicos, em face da carência de seus recursos, sacrifiquem os valores destinados à Previdência Social em favor da manutenção de suas atividades essenciais. Precedentes.*

*2. No crime de apropriação indébita previdenciária, a comprovação de alegadas dificuldades econômicas do empreendimento administrado pelo acusado justifica a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.”*

*(TRF 4ª Região – ACR nº 2008.71.16.000136-8/RS, 8ª Turma, Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 06/05/2009)*

Nota-se que nos casos explanados, a situação de crise econômica, opera como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Todavia, é importante mencionar, que nem todo

abalo financeiro sofrido pela empresa, tem o condão de caracterizar a exculpante, não podendo tais argumentos servir de salvaguarda a práticas ilícitas.

É preciso distinguir a situação de crise na empresa, na qual oriunda de condutas fraudulentas e criminosas, de outras provenientes de fatores externos e alheios a vontade do agente, casos estes, que poderiam configurar a inexigibilidade de conduta diversa e, por consequência, a exclusão da culpabilidade.

Todavia, é importante ressaltar que a inexigibilidade de conduta diversa em razão de dificuldades financeiras, para que se caracterize como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, exige que as dificuldades sejam de tal ordem que coloquem em risco a própria existência da empresa.

Com efeito, apenas a impossibilidade financeira devidamente comprovada poderia justificar a omissão ou falta com deveres tributários, econômicos ou previdenciários, devendo, ainda, tais condutas, serem eventuais e momentâneas e não prática habitual, costumeira e perene da empresa.

Além disso, se houver apenas meros indícios de crise econômica vivenciada por determinada empresa, cuja gravidade e intensidade não aferíveis ou não restarem comprovadas, de modo a possibilitar a mencionada excludente de culpabilidade, estaríamos a banalizar o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, que somente deve incidir em casos especialíssimos.

Não se pode olvidar, que qualquer estabelecimento comercial, industrial ou mesmo, pessoas físicas, estão sujeitas as dificuldades financeiras, sobretudo, em um país emergente como o nosso, sempre afeto a instabilidades econômicas, proveniente de crise interna ou mesmo de origem internacional.

Nessa esteira, justificar a prática reiterada de ilícitos econômicos, financeiros ou tributários, em razão de eventuais situações críticas que atingem todos os cidadãos, não

poderia ensejar a incidência da aludida dirimente, de modo a não banalizar o instituto e aplicar a todo e qualquer caso.

Em casos como esses, cabe a defesa o ônus da prova de que a situação da empresa seria insustentável e, por consequência, não poderia ter agido de outra forma, em prejuízo da sociedade. Deveriam, portanto, comprovar todas as formas e meios adotados para driblar e superar a crise econômica, e não apenas se limitar a alegação de dificuldades enfrentada pelo país.

Portanto, é possível afirmar que em certos delitos a conduta individual do sujeito ativo, sobretudo em crimes patrimoniais, econômicos e tributários, é potencializada pelo próprio Estado, uma vez que a este, cabe editar as diretrizes da política econômica, que quando frustradas, podem motivar a prática de crimes tributários, financeiros, previdenciários ou mesmo contra as relações de consumo.

#### **4.2. Crimes econômicos e co-culpabilidade**

Conforme explanado acima, a jurisprudência majoritária tem admitido a exclusão da culpabilidade em situações excepcionais de crise financeira na empresa, uma vez que estaria configurada a inexigibilidade de conduta diversa.

Desta forma, se as condições financeiras são absolutamente desfavoráveis, certamente, teria o condão de excluir a culpabilidade do agente, como tem julgado alguns de nossos Tribunais. Todavia, na hipótese de empresa enfrentar apenas dificuldades que limitam parcialmente sua capacidade econômica, como por exemplo, o pagamento de tributos e outros encargos previdenciários, mister se faz o reconhecimento e aplicação do

princípio da co-culpabilidade e, conseqüentemente, circunstância atenuante da pena, nos termos do artigo 66 do Código Penal.

Não sendo as dificuldades financeiras da pessoa jurídica admitidas como causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, mas comprovada a dificuldade na gestão da empresa por circunstâncias alheias à vontade do agente, tais como, crise cambiária, altas taxas de juros e carga tributária excessiva, se faz necessário que todos esses elementos sejam apreciados pelo magistrado por ocasião da aplicação da pena.

Imaginemos que uma pessoa jurídica enfrenta grave crise financeira, decorrente fatores externos e globais, totalmente alheios as suas possibilidades. Todavia, tendo como opção manter seu quadro de funcionários ou pagar rigorosamente seus tributos e demais encargos previdenciários, opta pela manutenção dos seus empregados, deixando de cumprir suas obrigações tributárias.

No exemplo acima mencionado, é importante verificar o impacto da crise financeira nas condições de sobrevivência da empresa, isto é, se a manutenção do seu quadro de funcionários em detrimento do pagamento de suas obrigações tributárias, é justificável a ponto de não lesar o interesse público na arrecadação de tributos.

Situações como essas, não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário, sob pena dos Tribunais darem às costas a realidade econômica não apenas nacional, mas também global. Nesses casos, a aplicação da co-culpabilidade pode ser facilmente aplicada, ante as dificuldades da empresa, tendo em vista estar configurada a circunstância inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, ou até mesmo seja reconhecida a atenuante genérica pela circunstância de relevante valor social.

Nesse sentido, as preciosas lições do Mestre Heleno Cláudio Fragoso: “dos motivos dependem a maior ou menor reprovabilidade da ação. Se o agente atuou movido por relevante (importante, considerável) motivo de valor social ou moral, a pena será obrigatoriamente atenuada. Motivo de valor social é o que atende aos interesses da vida coletiva”.<sup>36</sup>

Fato é que, o Poder Judiciário não pode ficar alheio a realidade social ou econômica do país, cabendo sempre ao magistrado, analisar todas as circunstâncias que gravitam em torno de delito, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis ao agente, como meio mais eficaz de atender o princípio da individualização da pena, expressamente previsto na Constituição Federal.

## **CONCLUSÃO**

Não se pode negar a ineficiência do Estado brasileiro em prover aos seus cidadãos condições dignas de sobrevivência, sobretudo em um país onde a desigualdade social é algo notório e incontestável. Diante disso, nasce a ideia de co-culpabilidade, ou seja, a possibilidade excepcional de redução da pena, nas hipóteses em que o próprio Estado não tenha proporcionado ao agente condições adequadas de sobrevivência.

Com efeito, para aquele cidadão que sofreu significativa influência de fatores externos ou internos da sociedade e, por conseguinte, diminuição em sua capacidade de autodeterminação, o juízo de reprovação social seria reduzido, aplicando-se, assim, o princípio da co-culpabilidade, no qual entende que a responsabilidade pela prática da infração penal, deveria ser compartilhada entre o indivíduo e o Estado, quando este, não lhe tiver proporcionado oportunidades.

---

<sup>36</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 430.

Note-se que o aludido princípio, já esta previsto de forma expressa em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, todavia, nosso sistema jurídico não contempla tal previsão expressa nesse sentido, apesar de opinião contrária de alguns doutrinadores.

Sendo a circunstância atenuante considerada um fator que não integra a figura típica, demonstrando apenas um grau menor de culpabilidade, uma das formas de positivação desse princípio, seria a atenuação da pena, nos termos do art.66 do Código Penal. Assim, caso o agente viva à margem da sociedade venha a praticar uma infração penal, poderá ter sua pena atenuada em decorrência do Estado ter negado todas as oportunidades de uma existência digna.

No presente trabalho, em especial, procuramos analisar situações excepcionais de crise financeiras, comprometendo de forma absoluta o pagamento de suas obrigações tributárias e econômicas.

Desta forma, se as condições financeiras são absolutamente desfavoráveis, certamente, teria o condão de excluir a culpabilidade do agente, como tem julgado nossos Tribunais. Todavia, na hipótese de empresa enfrentar apenas dificuldades que limitam parcialmente sua capacidade econômica, como por exemplo, o pagamento de tributos e outros encargos previdenciários, mister se faz o reconhecimento e aplicação do princípio da co-culpabilidade e, conseqüentemente, circunstância atenuante da pena, nos termos do artigo 66 do Código Penal.

Todavia, mesmo gerando discussões que envolvem doutrinadores e operadores do direito, a co-culpabilidade ainda é tema pouco estudado, razão pela qual o presente trabalho buscou falar sobre o tema da forma mais abrangente possível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. JESUS, Damásio E. **Código Penal, Parte Geral**. São Paulo. Saraiva, 1998.
2. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 2008.
3. DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo. Renovar, 2005.
4. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.
5. FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito penal**. São Paulo. Saraiva, 1998.
6. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação Penal Especial**. Saraiva, 2006.
7. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo. Atlas, 2005.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo. Atlas, 1997.
9. SANTOS, Christiano Jorge. **Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro, 2007.
10. MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo. Saraiva, 2003.
11. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo. Impetus.2005.

12. ESTEFAM, André. **Direito Penal - Parte Geral . Coleção Cursos & Concursos. 2ª** ed. São Paulo. Saraiva . 2005.
13. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. 3v.20ª** ed. São Paulo: Saraiva. 1998.
13. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2004.
14. CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** São Paulo: Pillares, 2006.
15. SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados **Especiais Cíveis e Criminais.** São Paulo: Saraiva, 2006.
16. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
17. MOURA, Grégore. **Do Princípio da co-culpabilidade.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- 18 . SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002
19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte geral.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004