

VIRGÍNIA GOMES ROMANO

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO DO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

CARANGOLA/MG
CURSO DE DIREITO
2016

VIRGÍNIA GOMES ROMANO

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO DO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Carangola, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof^ª. Marluza Fernandes Roriz

CARANGOLA/MG
CURSO DE DIREITO

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada “**O princípio da coculpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro**”, de autoria da graduanda **Virgínia Gomes Romano**, aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial de obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Carangola _____ de _____ de _____

Orientador: Prof^ª. Marluza Fernandes Roriz

Examinador 1

Examinador 2

RESUMO

Este estudo objetivou analisar o princípio da coculpabilidade como atenuante inominada, circunstância observada na 2ª fase de dosimetria da pena, para o fim de reconhecer a corresponsabilidade do Estado frente ao cidadão quando da prática de um ilícito penal. Para fazer isso, partiu-se do estudo da culpabilidade, entendida aqui como substrato do crime. Depois cuidar-se-á de estabelecer premissas dentro do ordenamento brasileiro, que tivessem o condão de sustentar a referida tese, qual seja, a aplicação do princípio da coculpabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Enfim, por meio deste estudo, foi possível chegar à conclusão de que a aplicação deste princípio proporcionará uma redução na desigualdade social decorrente da seletividade do direito penal.

Palavras-Chaves: Coculpabilidade do Estado; Desigualdade social; Direito Penal Brasileiro.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the principle of *coculpabilidade* as innominate extenuating, circumstances observed in the 2nd phase of dosimetry pen, for the purpose of recognizing the responsibility of the state against the citizen at the time of commission of a criminal offense. To do this, start from the study of guilt, understood here as the crime substrate. After we take care to establish premises within our system, which had the power to support our thesis, namely, the principle of *coculpabilidade* within our legal system. Finally, by means of this study, it was possible to conclude that the application of this principle will provide a reduction in social inequality due to the selectivity of criminal law.

Keywords: *Coculpabilidade* of the state; Social inequality; Brazilian criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 DA CULPABILIDADE.....	08
1.1 Evolução histórica	10
1.2 Do conceito de culpabilidade	13
1.3 Teorias da culpabilidade.....	13
1.3.1 Teoria psicológica.....	13
1.3.2 Críticas à teoria psicológica.....	14
1.4 Teoria psicológica normativa	15
1.4.1 Críticas à teoria psicológica normativa	16
1.5 Teoria normativa pura	16
CAPÍTULO 2 DA COCULPABILIDADE.....	18
2.1 Origem Histórica	18
2.3 Conceito de coculpabilidade.....	19
2.4 O papel do Estado nas constituições contemporâneas.....	21
2.5 A coculpabilidade e a teoria do livre-arbítrio e o determinismo	22
2.6 A coculpabilidade às avessas.....	24
2.7 Das críticas feitas ao princípio da coculpabilidade	26
CAPÍTULO 3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
3.1 Princípio da igualdade	29
3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
3.3 Princípio da individualização da pena	31
3.4 Pluralismo jurídico	32
3.5 Garatismo Penal de Ferrajolli	34
CAPÍTULO 4 DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	35
4.1 Na dosimetria da pena	37
4.2 Na jurisprudência dos Tribunais brasileiros	39

4.3 Na doutrina	41
4.4 Na legislação brasileira.....	41
4.4.1 No Código de Processo Penal.....	41
4.4.2 Na Lei 11.343\2006 (Lei de Drogas)	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua a realização de um estudo aprofundado acerca da possibilidade de aplicação da teoria da coculpabilidade no direito brasileiro, como atenuante inominada, com base no art. 66, do Código Penal.

Para isso, partir-a-se-á do estudo do instituto da culpabilidade, onde serão enfrentados alguns debates teóricos acerca do tema, tais como a sua posição dentro da concepção do crime e o estudo de algumas de suas teorias.

Realizada essa abordagem inicial, será feito um estudo detalhado das nuances que cercam esse princípio, o qual entende que a sociedade deverá arcar com sua parcela de culpa frente a omissão estatal no desenvolvimento de seus cidadãos.

Nestes termos, a coculpabilidade deverá ser utilizada como uma atenuante da pena. Portanto, deve se manifestar no momento da segunda fase de dosimetria da pena, considerando seu caráter de busca igualitária do sujeito desigual na sociedade.

O princípio da coculpabilidade será tratado, ainda, da forma às avessas, com base na previsão constitucional em que deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, pois, segundo este raciocínio, ao desprovido de condições deve incidir a atenuação de sua pena quando da análise do cometimento de um delito, ao passo que, aquele que possuindo todas as oportunidades para que não o fizesse, deverá ter sua pena igualada ao infrator comum.

Será realizado, ainda, um estudo dos princípios constitucionais que dão sustento à aplicação desse princípio no ordenamento penal pátrio.

Por fim, haverá um capítulo somente para se trabalhar com a possibilidade de aplicação dessa teoria no direito penal brasileiro, onde serão abordadas questões jurisprudenciais, doutrinárias e legais.

1 DA CULPABILIDADE

Segundo Rogério Greco, a culpabilidade pode ser analisada através de três sentidos fundamentais: a) a Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; b) Culpabilidade como princípio medidor da pena; c) Culpabilidade como princípio bloqueador da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem culpa. (GRECO, 2016, p. 139/142)

Em razão do estudo aqui proposto, será decomposta a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime.

Antes, porém, necessário se faz tecer algumas considerações sobre onde, atualmente, situa-se este instituto da culpabilidade nesse conceito analítico.

A doutrina brasileira contemporânea não é uníssona sobre o tema, haja vista que existem dois entendimentos fortes sobre o assunto. Há doutrinadores que colocam a culpabilidade como elemento do crime, e outros que entendem que ela é um mero pressuposto da pena.

Dentre os doutrinadores que entendem que a culpabilidade é um mero pressuposto da pena, está o respeitado penalista brasileiro, Damásio de Jesus.

Para René Ariel Dotti a culpabilidade deve ser tratada como um dos pressupostos da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais na teoria geral do delito. (*apud* JESUS, 2011)

Sobre os fundamentos da aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, é precisa a lição de Rogério Sanches Cunha que leciona:

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos fato típico e ilicitude, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Seus adeptos defendem que a reforma do Código Penal de 1984 seguiu essa corrente, bastando observar que o legislador usa a expressão “isento de pena” quando se refere às causas excludentes da culpabilidade, enquanto que, ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude, recorre à expressão “não há crime”. Isso confirma a tese de que a culpabilidade é dispensável para o reconhecimento do delito. (SANCHES, 2014, p. 253)

A teoria bipartite é muito respeitada dentro do ordenamento pátrio, até mesmo pelo fato dos grandes expoentes do direito nacional que a adotam, mas o fato do Código Penal quando da reforma de 1984, ter, segundo eles, adotado tal teoria, não pode ser o

único fundamento para a sua adoção. Isso porque é cediço que em muitas partes o Código Penal faltou com a técnica que dele se esperava.

Ademais, vale salientar, que o direito como ciência dinâmica, que o é, muitas das vezes não consegue ser acompanhado pela legislação e, assim sendo, mesmo que em meados de 1984 tivesse sido adotada tal teoria, hoje em dia, pode-se afirmar, que esse já não é mais o entendimento dominante.

Na mesma linha do entendimento dominante, encontra-se o posicionamento do eminente jurista Cláudio Brandão que leciona que:

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os seus elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito; a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou livremente por se comportar contrário ao Direito. (BRANDÃO, 2015, p. 264/265 e 409/410)

Diante do exposto acima, pode-se concluir que a posição mais acertada é a da teoria que eleva a culpabilidade ao patamar de substrato do crime, por dois motivos. Primeiro porque falar em crime sem culpabilidade é, em linhas gerais, dizer que, por exemplo, um inimputável pode cometer um crime; segundo, porque se assim fosse, haveria, novamente, um regresso à aplicação da teoria da responsabilidade penal objetiva.

Superada a problemática inicial da definição de onde constar a culpabilidade dentro da teoria do delito, se passará ao estudo da evolução histórica do mencionado instituto.

1.1 Evolução histórica

Para uma melhor compreensão do tema, neste momento, antes de adentrar nas nuances deste substrato do crime, faz-se necessário conhecer a evolução pelo qual passou a culpabilidade, dentro desse ramo do direito denominado penal ou criminal.

No direito penal primitivo era essencial, apenas, a existência de nexo causal entre a conduta praticada e o resultado danoso para o surgimento da culpabilidade. Atualmente o cenário mudou, uma vez que, para a punição do agente faz-se necessária a existência de culpa, ou seja, o direito penal objetivo perdeu força.

Mas o cenário não mudou de forma tão radical da noite para o dia, ao contrário, as alterações se deram de forma gradativa.

Do direito penal primitivo, evoluiu-se para aplicação do princípio da Lei De Talião, que muitos conhecem como a lei que consagrou a máxima do “*olho por olho, dente por dente*”. Com a adoção da citada lei, passou-se a vigorar, como regra na sociedade, que daquele momento em diante, a pena passaria a ter caráter pessoal sempre que possível e seria proporcional à infração praticada.

Ao contrário do que era na época do direito penal primitivo, durante a aplicação da Lei De Talião, a pena encontra-se previamente fixada, o que gerava nos indivíduos uma maior segurança jurídica. A título de ilustração vale mencionar os exemplos de aplicação da Lei De Talião que se encontram previstos na Bíblia Sagrada, nos livros de: Levítico capítulo 24, versículos 19-20 e Deuteronômio capítulo 19, versículo 21.

Levítico, 24: 19: Se alguém causar defeito em seu próximo, como ele fez, assim lhe será feito: 20: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim lhe fará. Deuteronômio, 19, 21: Não o olharás com piedade: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. (ALMEIDA, 2005)

Após a Lei de Talião, surge o chamado período do Direito Romano. Neste período já não se aplicava mais somente a máxima do “*olho por olho, dente por dente*”. Agora a Lei De Talião era aplicada em conjunto com a Lei Das XII Tábuas.

A Lei Das XII Tábuas no que diz respeito ao direito penal, ficou marcada pela consagração da ideia de que a pena teria caráter pessoal. Ao consagrar tal ideia a citada lei quebrou o paradigma da aplicação absoluta da Lei De Talião, já que agora a pena não poderia mais passar da pessoa do acusado.

Do período da aplicação do Direito Romano, caminha-se para o estudo do período da Idade Média, que teve o seu início com a derrubada do Império Romano. A

Idade Média ficou marcada na história como o período em que a Igreja ascendeu ao poder passando a influenciar a vida dos povos de maneira mais intensa do que fazia outrora.

No que diz respeito ao estudo, esse período é importante para o instituto da culpabilidade, porque foi aqui que a sociedade começou a entender que para a punição de um indivíduo era necessário algo a mais do que apenas o nexo de causalidade entre a ação e o resultado obtido, ou seja, era imprescindível, também, a aferição da culpabilidade do criminoso, que à época era formada pelos elementos subjetivos do dolo e da culpa.

Segundo esse raciocínio, leciona Fernando Capez que: “*não se justificava uma punição a quem não agia com dolo ou culpa, nem de modo reprovável na causação de um resultado*”. (CAPEZ, 2011, p. 326)

Após o término do período da Idade Média surge o chamado período Moderno, e como esse período não teve um papel relevante dentro da história da evolução do delito, não será abordado por este estudo.

O período Moderno sucedeu o período que ficou conhecido como das Escolas Penais. Este estudo, por sua vez, irá limitar-se apenas ao estudo das Escolas: Clássica e Positiva, que, como se sabe, são as mais relevantes no âmbito da dissecação da teoria do delito e suas implicações.

Assim, a Escola Clássica surge em uma época turbulenta da história, durante o século XVIII, em que era necessária a contingência do poder do Estado, como uma medida de reação ao absolutismo que vigorava a época, pois se fazia necessário garantir aos indivíduos, até mesmo aos criminosos, certos direitos, denominados posteriormente de direitos fundamentais.

Partilhando da mesma ideia, leciona Rogério Sanches Cunha que:

O livro do Marquês de Beccaria, *Dei delicti e delle pene* (1764), será a mola propulsora para uma nova forma de pensar o sistema punitivo. Apesar da sua abordagem nitidamente filosófica (e não essencialmente jurídica), a obra se volta contra os excessos punitivos, marca dos regimes absolutistas, pretendendo humanizar a resposta do Estado à infração penal.

Partindo do pensamento de Beccaria, construir-se-á a Escola Clássica, cujos principais expoentes são Francesco Carrara, Pellegrini Rossi e Giovanni Carmignani. Este pensamento dominará a doutrina penal do século XVIII e primeiras décadas do século seguinte (...). (SANCHES, 2014, p. 49)

Os defensores da referida Escola valorizavam o livre-arbítrio e a vontade humana, a tal ponto de chegarem a afirmar que a ausência de vontade teria o condão de afastar a repreensão da conduta do indivíduo.

Nesse sentido, se traz à tona o trecho da obra do Professor Fernando Capez que bem sintetiza a ideia apresentada:

Fortemente influenciada pelo direito canônico e pelo jusnaturalismo, tinha a vontade humana como a base do Direito Penal. Somente o livre-arbítrio levava o homem a optar entre cometer ou não o delito, de modo que, não havendo vontade, não existia responsabilidade. (SANCHES, 2014, p. 326-327)

A Escola Positiva, por sua vez, tem outra forma de encarar o delito, o criminoso, o direito penal como um todo, sendo considerada uma escola que se contrapõe aos ensinamentos da Escola Clássica.

Essa Escola é conhecida na seara do direito penal por entender que o crime não decorre simplesmente da violação do sistema ou do ordenamento jurídico posto. Para eles o crime decorre de outros fatores, tais como os sociais e naturais.

Diferentemente dos defensores da Escola Clássica, os seguidores da Escola Positiva entendem que o criminoso não é um indivíduo dotado de vontade ou de livre-arbítrio. Para eles o criminoso padece de tal faculdade.

Na mesma linha de raciocínio leciona o Professor Rogério Sanches que para a Escola Positiva o delinquente não é dotado de livre-arbítrio; é um ser anormal sob as óticas biológica e psíquica. (SANCHES, 2014, p. 50)

Diante do exposto, conclui-se que houve uma evolução de um direito penal primitivo que, nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt “*caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado*”, para hoje se vivenciar um direito penal centrado na culpa, onde não é mais possível ser punido sem se ter culpabilidade, pois como exposto acima, a culpabilidade já não é mais considerada um mero pressuposto para a aplicação da pena. (BITENCOURT, 2015)

A título ilustrativo, vale a pena transcrever a síntese do Professor Fernando Capez sobre o período atual da culpabilidade.

A culpabilidade é vista como a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, portanto, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado. (...). Sem culpabilidade não

pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*). (CAPEZ, 2011, p. 317)

1.2 Do conceito de culpabilidade

A culpabilidade pode ser conceituada como um juízo de valor que recai sobre o autor do fato típico e ilícito que optou por não se comportar conforme manda o ordenamento jurídico, indo, assim, ao seu encontro.

Na visão de Cláudio Brandão, a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito. (BRANDÃO, 2010, p. 409/410)

Diante do narrado acima, pode-se concluir que a culpabilidade nada mais é do que o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor de um fato típico, ilícito e que tinha condições de se comportar conforme o ordenamento, mas decidiu se comportar contrário a ele.

1.3 Teorias da culpabilidade

Este estudo não tem por fim trabalhar todas as teorias existentes sobre a culpabilidade, motivo pelo qual será abordado, apenas, sobre as teorias que darão sustento ao estudo do objeto principal desse trabalho, qual seja, a aplicação do princípio *coculpabilidade* no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, serão abordadas apenas as teorias: Psicológica, Psicológica Normativa e Normativa Pura.

1.3.1 Teoria Psicológica

A teoria psicológica da culpabilidade tem por características fundamentais a inserção dos institutos do dolo e da culpa dentro do elemento do crime, denominado culpabilidade. Para a citada teoria, a existência de dolo ou culpa são os únicos requisitos necessários para se aferir a imputabilidade do agente.

Essa teoria divide o crime em dois aspectos, um interno e outro externo. O aspecto externo diz respeito ao substrato do crime denominado como culpabilidade, o qual estaria caracterizado quando da existência de dolo ou de culpa. Já o aspecto externo, por sua vez, seria constituído de dois elementos, os quais hoje são denominados de fato típico e ilícito.

Nesse sentido, faz-se necessário trazer à tona os ensinamentos do professor Rogério Greco quando da análise da mencionada teoria:

De acordo com uma visão analítica do delito, von Liszt e Beling o dividiam em dois aspectos bem definidos: um externo e outro interno. O aspecto externo, segundo a concepção de seus autores, compreendia a ação típica e antijurídica. O interno dizia respeito à culpabilidade, sendo esta o vínculo psicológico que unia o agente ao fato por ele praticado. O delito, assim, era a ação típica, antijurídica e culpável. (GRECO, 2016, p. 484)

Ademais, cumpre salientar que, para esta teoria, a imputabilidade não é um elemento do crime, mas sim um filtro pelo qual o delito deveria necessariamente passar antes da análise da culpabilidade, que, como explanado acima, seria analisado com base nos institutos do dolo e da culpa.

Nessa mesma linha de visada, Rogério Sanches Cunha:

(...) sustenta que a culpabilidade consiste na relação psíquica entre o autor do fato e o resultado, na forma de dolo ou culpa. Percebe-se, com facilidade, que a culpabilidade se confunde com dolo e a culpa, sendo seu único pressuposto a imputabilidade. (SANCHES, 2014, p. 254)

Essa teoria, conforme será visto no próximo tópico sofreu várias críticas por conta da colocação equivocada dos institutos do dolo e da culpa dentro da culpabilidade.

1.3.1.1 Críticas à teoria psicológica

Para entender melhor as críticas que foram feitas a essa teoria, são imprescindíveis a compreensão dos conceitos de conduta e ação que esta adota.

Segundo os seus adeptos, a conduta do indivíduo quando da prática do ato não possui um valor real. Para eles, a conduta é trabalhada apenas com base na ideia da relação de causa e efeito, ou seja, como nos dizeres de Fernando Capez “*a conduta é vista num plano puramente naturalístico, desprovida de qualquer valor, como simples causação do resultado*”. (CAPEZ, 2011, p. 328)

Desse modo, entendem que a única coisa que importa para fins de verificação da prática do ilícito é a análise do vínculo psíquico existente entre a conduta praticada pelo indivíduo e o resultado obtido, haja vista que, para a punição do agente, faz-se necessário somente a sua imputabilidade associada aos elementos da culpa ou do dolo, surgindo daí a primeira crítica.

Nessa senda, diante do deslocamento dos institutos do dolo e da culpa para a culpabilidade, essa teoria encontrará sérios problemas para aceitar a isenção de pena nos casos em que não é exigido do agente uma conduta diversa. Nesse ponto, essa inexigibilidade de conduta diversa não terá o condão de excluir a culpabilidade, uma vez que, para eles, a culpabilidade é formada apenas pelos institutos do dolo e da culpa.

Para Damásio de Jesus o maior erro dessa doutrina consiste:

(...) em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade”. (DAMÁSIO, 2011, p. 505)

A última crítica encontra-se amparada no fato de que a culpa, por ser um elemento normativo, não pode fazer parte de uma culpabilidade formada apenas por elementos psicológicos.

Diante desse cenário crítico exposto acima, surge a Teoria Psicológica normativa, com a finalidade de solucionar os problemas dos crimes culposos, ou seja, nos casos de isenção de pena e nas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

1.3.2 Teoria Psicológica Normativa

A teoria psicológica normativa, seguindo a mesma linha de raciocínio da teoria psicológica, continua trabalhando com os elementos volitivos, dolo e culpa, dentro da culpabilidade.

A inovação que esta teoria faz com relação à anterior, perpassa pela inclusão do instituto da exigibilidade de conduta de diversa ao lado da imputabilidade, bem como do dolo e da culpa como pressupostos para a culpabilidade.

Aqui, vale destacar que o dolo ainda é considerado como normativo, ou seja, faz parte de seu conteúdo a consciência atual da ilicitude. Nesse sentido é precisa a lição do Professor Cláudio Brandão sobre o tema a dispor que:

A teoria psicológico-normativa retoma o conceito de dolo dos romanos. O dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo consciência da antijuridicidade. (BRANDÃO, 2010, p. 419)

Como narrado acima, para esta teoria a culpabilidade é composta dos institutos do dolo e da culpa, da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa.

1.3.2.1 Críticas à teoria psicológica normativa

Essa teoria sofre da mesma crítica que sofreu a Teoria Psicológica, qual seja, a má colocação dos institutos do dolo e da culpa dentro da teoria do crime que, como dito alhures, traz sérias complicações.

1.3.3 Teoria normativa pura

Esta teoria ficou marcada por ser responsável pela saída dos institutos do dolo e da culpa da culpabilidade para o fato típico. Mas, o dolo que migrou para o fato típico não é o dolo normativo, uma vez que o dolo que foi para o fato típico não possui mais a consciência da ilicitude.

Para esta teoria toda conduta humana é destinada a um fim e, portanto, toda conduta humana é dolosa ou culposa, necessariamente, ou seja, não existindo finalidade na prática da conduta delituosa exclui-se a própria conduta, pois o dolo e a culpa, agora, fazem parte do fato típico.

Hans Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade e os realocou dentro do fato típico, mais especificamente na conduta. Ao fazer isso, Welzel retira a consciência da ilicitude do dolo, para entender que a agora culpabilidade passa a ser um sinônimo de imputabilidade.

Dessa forma a culpabilidade passou a ser composta de três elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude, que, como visto acima, foi retirado do dolo.

Cláudio Brandão, de forma magistral, define esta teoria da seguinte forma:

Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade.

Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertencente à ação, separado, portanto, da culpabilidade. A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica. Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato. (BRANDÃO, 2010, p. 421)

Concluindo, agora o dolo e a culpa passam a fazer parte da conduta, elemento do fato típico, ao passo que a culpabilidade passa a ser constituída apenas por elementos normativos.

Antes de adentrar no capítulo da coculpabilidade, fez-se necessário abordar sobre a situação atual dentro do ordenamento jurídico pela qual vem passando, ultimamente, o instituto da culpabilidade. Primeiro porque, não há como entender o princípio da coculpabilidade sem ter de antemão, ainda, que de forma singela, alguma noção da culpabilidade em si e, segundo, porque a coculpabilidade é uma teoria da culpabilidade e, assim sendo, o seu estudo perpassa pelo da culpabilidade.

2 DA COCULPABILIDADE

O princípio da Cocolpabilidade, visa com a sua aplicação isentar parcialmente o agente delituoso do resultado advindo da prática do crime, porquanto esse criminoso se levou agir diante da falta ou da má prestação, por parte do Estado, de um direito que lhe foi concedido.

A vista disso, a aplicação do princípio da cocolpabilidade implica indiretamente no reconhecimento da responsabilidade do Estado na prática de determinados delitos.

Outrossim, tem-se que o princípio estudado possui como premissa a existência de uma sociedade desigual, na qual não é dado a todos os indivíduos as mesmas condições nem as mesmas oportunidades para formação da sua personalidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, Rogério Sanches Cunha ao tratar do tema em seu manual, assinala de forma magistral que o referido princípio:

Parte da ideia de que a sociedade, muita das vezes, é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora, criando condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente, contribuindo, portanto, para o delito. Essa postura da sociedade deve ser em parte compensada, arcando com parcela da reprovação. (SANCHES, 2014, p. 404)

Diante dessa postura excludente adotada pela sociedade, surge o princípio da cocolpabilidade, na tentativa de equalizar a situação e reparar, ainda que em parte, os danos causados por essa exclusão social latente.

Nessa senda, o fato que se põe a debate é que o indivíduo que nasce em um ambiente conturbado tende muito mais a se desvencilhar para o caminho negativo do que aquele indivíduo que nasceu num “berço de ouro”, pois nossa personalidade é formada com base nos ideais que adquirimos das pessoas com quem convivemos, ou seja, quem convive com um grupo criminoso, de certa forma terá mais chances de se tornar um do que aquele que não convive.

2.1 Origem histórica

Inicialmente, cumpre esclarecer que paira sobre o estudo da história da cocolpabilidade uma grande divergência no que diz respeito ao seu marco histórico, fato esse que é atribuído a ausência de sua positivação expressa, quando do seu nascedouro.

Nessa toada, cumpre informar que a doutrina contemporânea trabalha com três teorias para delimitar o marco histórico do princípio em apreço, a saber: a) a 1ª teoria entende que o nascedouro do princípio da coculpabilidade se deu no século XVIII com os pensamentos iluministas; b) a 2ª teoria, por sua vez, entende que o marco histórico do princípio analisado está atrelado ao surgimento dos direitos socialistas; c) já a 3ª teoria, entende que o surgimento deste princípio só se deu no início do século XX.

Com base nos estudos realizados, tem-se que a teoria mais acertada é aquela que atrela a gênese das noções de coculpabilidade ao surgimento do Estado Liberal, no século XVIII.

Isto porque, o Estado Liberal ficou marcado na história por concretizar as ideias iluministas de igualdade, liberdade, justiça, fraternidade e humanidade. Essas ideias consagradas acabaram por irradiar o direito, tanto foi assim, que nesse contexto histórico surgiu em 1764 a obra célere de Cesare Beccaria, “*Dos delitos e das penas*”.

Para o professor Rogério Sanches, a obra de Cesare Beccaria, foi a mola propulsora para uma nova forma de pensar o direito punitivo. (SANCHES, 2014, p. 49)

Ademais, é sabido que foi com base nessa obra de Beccaria que se construiu a base do pensamento da Escola Clássica do Direito Penal. Dito isso, não resta dúvida senão afirmar que o surgimento da coculpabilidade se deu no século XVIII, pois dos ensinamentos da Escola Clássica se retira um dos fundamentos mais importantes para a positivação do princípio ora trabalhado, qual seja, a ideia de sobrevalorização do livre-arbítrio e da vontade humana.

Na mesma linha de visada, leciona Grégore Moura que “*o princípio da coculpabilidade está diretamente ligado ao surgimento do Estado Liberal, bem como as ideias iluministas consagradas no século XVIII, malgrado existir opinião diversa*”. (MOURA, 2014, online)

2.2 Conceito de coculpabilidade

O conceito do princípio em exame não é tarefa das mais fáceis, haja vista que o referido instituto padece da devida atenção que lhe deveria ser dado pelo operador do direito, contando com poucas obras.

Em que pese a existência desse cenário negativo, pelo qual se encontra o estudo do princípio da coculpabilidade, não haverão escusas em fornecer um conceito a altura do estudo que até aqui fora feito, já que todo bom estudo perpassa pelo fornecimento de

conceitos chaves, ou seja, conceitos que cumprem o papel de sintetizar ideias centrais sobre certos estudos.

De porte de tais considerações, passa-se a realizar uma das tarefas mais árduas que este estudo se propôs a fazer, qual seja, conceituar o princípio da coculpabilidade.

Antes de ser apresentado o conceito sobre o citado princípio, faz-se necessário, neste momento, apresentar dois conceitos consagrados sobre o tema. O primeiro será o do Professor que criou esta tese, o ilustre Eugênio Raúl Zaffaroni e o segundo, por sua vez, será do jurista brasileiro que, é quem melhor trabalha o tema objeto de estudo, quem seja, o conspícuo Grégore Moreira de Moura.

Segundo Zaffaroni:

Todo sujeito *age* numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade 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 têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "coculpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI, 2011, p. 529)

Grégore Moura, por sua vez, entende que:

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. (MOURA, 2014, *online*)

Os conceitos apresentados acima, pelos iminentes Juristas, Grégore e Zaffaroni, trabalham de forma magistral o que vem a ser o princípio da coculpabilidade. Contudo, este princípio poderia ser melhor trabalhado no ordenamento jurídico pátrio, se fosse entendido como um princípio específico do Direito Penal que, tem por sua função precípua, dividir a responsabilidade do agente delituoso com o Estado em certas ocasiões.

Dessa forma, pode-se conceituar a coculpabilidade como um princípio do direito penal, derivado da interpretação analógica dos princípios constitucionais, em especial do princípio da individualização da pena, que divide a responsabilidade do agente

delituoso com o Estado, quando este pratica um crime em virtude de sua má condição social, cultural e financeira.

Ao aceitar a aplicação do mencionado princípio, o Estado terá que assumir a sua parcela de culpa decorrente da conduta praticada pelo agente. Fazendo isso, o Estado concorda que foi ineficiente face ao indivíduo, pois não lhe proporcionou as condições necessárias.

Nessa toada, só cabe ao Estado-Juiz mitigar a pena do agente delituoso, que praticou o crime nas condições descritas acima, para que se possa ter uma correta aplicação da pena, que corresponda ao delito praticado, aqui valorado também em face de seu contexto e não somente com relação ao resultado obtido.

2.3 O papel do Estado nas constituições contemporâneas

O movimento renovador institucionalizado pela implantação dos ideais consagrados pela Escola Clássica deu origem a duas teorias importantes, a do jusnaturalismo e a do contratualismo.

O jusnaturalismo consagra a ideia “*de um direito natural, superior e resultante da própria natureza humana, imutável e eterno*” (BITENCOURT, 2015).

O contratualismo, por sua vez, prega que a ideia de que o Estado pactuou com os seus cidadãos um contrato, no qual se estabeleceu que os seus indivíduos lhe cederiam parte de seus direitos em troca da concessão de certas garantias (BITENCOURT, 2015).

O eminente Jurista Rogério Greco, quando do estudo do princípio da coculpabilidade, sintetizou de forma peculiar a situação pela qual passa uma parcela da sociedade brasileira que será atingida pela aplicação desse princípio no ordenamento penal pátrio, *in verbis*:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (GRECO, 2016, p. 524-525).

2.4 A coculpabilidade, a teoria do livre-arbítrio e o determinismo

A teoria do livre-arbítrio é proveniente da Escola Clássica, ao passo que a teoria do determinismo, por sua vez, é fruto da Escola Positiva.

Como visto no item 2.1 deste trabalho, a ausência de livre-arbítrio para os Classicistas tem o condão de afastar a repreensão da conduta do indivíduo, pois, para eles, não existe crime sem vontade livre e desembaraçada.

A teoria do determinismo, por seu turno, dispõe que o indivíduo não é um ser dotado de livre-arbítrio, de vontade própria. Para eles, o ser humano pode sofrer influências internas ou externas que lhe modifiquem a forma de pensar e acabe por viciar a sua vontade, levando-o ao ponto de praticar um ilícito.

Via de regra, as doutrinas das Escolas Clássica e Positiva não se alinham, no entanto, para estudo do instituto da coculpabilidade, essa premissa não será aplicada, pois, aqui, os conceitos de livre-arbítrio e determinismo se entrelaçam na busca da formação do juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta praticada.

Ademais, esse também é o entendimento do professor Grégore Moura:

Não defende a co-culpabilidade a adoção de um determinismo; ao contrário, busca um meio-termo entre a questão do livre-arbítrio e o determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser “contaminada”, “viciada”, pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade. (MOURA, 2014, *online*)

Sobre essa discussão acerca do suposto antagonismo existente entre o determinismo e o livre-arbítrio leciona Francisco de Assis Toledo que:

É um esforço inútil, a nosso ver, pretender provar ou demonstrar que um ato é livre, ou que o homem é livre. Cair-se-á fatalmente na velha aporia: determinismo ou livre-arbítrio. A liberdade de que temos consciência, por meio de uma apreensão imediata, empírica, é a do aqui-e-agora, isto é, a de poder decidir algo, a de poder tomar alguma resolução, dentro de certos limites. (TOLEDO, 1994, p. 244)

Conforme exposto, determinismo e livre-arbítrio, no plano da coculpabilidade, são institutos que devem ser trabalhados juntos, pois em vez de se repelirem, conforme narram os Classicistas e os Positivistas, no contexto desse princípio, eles se completam.

Primeiro porque é notável a influência que o meio social exerce sobre os indivíduos, e, neste ponto, trata-se não apenas daquela influência que pode levar à prática de um crime, mas além. O meio social exerce influência nas mais diversas áreas da vida, isto é, em quase todas elas. Como exemplo, a forma de se vestir, geralmente é realizada com base na forma que as demais pessoas, do grupo social, do qual se faz parte, se vestem. Poder-se-ia listar várias outras hipóteses em que o meio social exerce influência, tais como o que comprar, os *hobbis*, os tipos de relacionamentos que possuir. Mas, como isso foge um pouco à regra do trabalho, melhor focar em como pode o meio social influenciar um indivíduo a praticar um delito, pois este é o objeto do princípio estudado, sendo que as demais influências ficam a cargo da sociologia.

No que diz respeito à influência que o meio social pode exercer sobre o indivíduo, a sua ingerência será mais elevada naqueles indivíduos que se encontram no limite existente entre a pobreza e a miséria.

Isto porque não se pode exigir que um indivíduo que vive em péssima condição econômica financeira, num Estado que não cumpre devidamente os seus deveres sociais, ou seja, não lhe fornece alternativas, deva ser repreendido da mesma forma pelo direito penal do que aquele indivíduo que tem todas as mordomias que alguém pode almejar. Tal situação se traduz pelo não cumprimento de um dos mais importantes fundamentos de um Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988, notadamente em seu artigo 1º, inciso III, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

Para Guilherme de Souza Nucci:

A dignidade da pessoa humana, ou seja, o respeito devido pelo Estado ao ser humano, individualmente considerado, não podendo ser sacrificado em nome do interesse coletivo (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição brasileira de 1988, p. 19), é uma meta geral, abrangendo toda a face do Estado Brasileiro e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2010, p. 49)

É inaceitável esse panorama, devem-se mudar os paradigmas, quebrar barreiras, repreender de forma correta as condutas praticadas pelos cidadãos em desacordo com a ordem da qual se faz parte. Mas isso deve ser feito de forma correta, com base no princípio da isonomia material, ou seja, tratar os iguais de formas iguais, e os desiguais

na medida de suas desigualdades, previsto em nossa Constituição Federal, notadamente em seu artigo 5º, *caput*¹.

Dessa forma, faz-se necessário, também, além de repreender de forma mais amena, aquele indivíduo que foi excluído socialmente, aquele ao qual não foi dada saída senão a vida no crime, e repreender de forma mais rigorosa aquele indivíduo que mesmo de porte de boas oportunidades praticou um ilícito.

Nesse contexto, surge a teoria da coculpabilidade às avessas, que será abordada a seguir.

2.5 A coculpabilidade às avessas

Como abordado anteriormente, a coculpabilidade trata-se de um princípio aplicável nos casos em que um determinado tipo de sujeito infrator poderia ter sua sanção diminuída pela existência de uma culpa do Estado ao não lhe conceder as condições para o devido desenvolvimento social.

A coculpabilidade às avessas é justamente o inverso de tal situação, uma vez que aqueles que obtiveram condições de desenvolvimento digno, fariam com que o agente infrator, que teve durante seu desenvolvimento social tudo o que era necessário para a formação de sua dignidade, tivesse sua pena aumentada quando do cometimento de determinado ilícito.

Para Grégore Moura, a coculpabilidade às avessas pode se manifestar por três formas, quais sejam: a) Tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico; e, c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal. (MOURA, 2014, *online*).

Todavia, se faz interessante debater apenas acerca da terceira hipótese, tendo em vista a finalidade do presente estudo.

Como já estudado no capítulo anterior, é possível usar a coculpabilidade para atenuar a pena. Diante disso, pode-se indagar se há a possibilidade de aumentar a reprovabilidade da conduta, ou seja, se é possível que a coculpabilidade seja usada tanto para atenuar como agravar a pena daqueles que, mesmo estando socialmente integrados

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

a todos os direitos fundamentais, ainda sim optem pela prática delituosa (MOURA, 2014, *online*).

Nesse ponto, a coculpabilidade do Estado seria aplicada de forma proporcional à sua omissão. Quanto mais omissivo for o Estado, maior é sua corresponsabilidade e, por conseguinte, menor é a reprovabilidade da conduta do agente delituoso.

Em contrapartida, a coculpabilidade às avessas, preceitua que “*quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social*” (MOURA, 2014, *online*).

No Brasil, a figura da coculpabilidade às avessas aparece no ordenamento jurídico somente nas duas formas mencionadas acima, quais sejam, tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas e aplicando penas mais brandas aos detentores de poder econômico.

Para exemplificar a tipificação de condutas dirigidas a pessoas marginalizadas, tem-se na legislação brasileira atual a conduta prescrita no artigo 59 da Lei de Contravenções Penais², o qual segue abaixo:

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

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

No artigo supracitado, punem-se os indivíduos marginalizados excluídos do mercado de trabalho que não possuem renda para assegurar sua subsistência. Ressalte-se que, apenas indivíduos pobres que não tenham emprego seriam punidos, os ricos, ainda que desocupados, por possuírem meios de subsistência, estariam excluídos do tipo penal (MOURA, 2014, *online*).

No que tange à concessão de penas mais brandas aos detentores de poder econômico, tem-se como exemplo os casos denominados de “crimes bons”. Nesses casos, a legislação traz vários benefícios para o criminoso, seja no próprio Código Penal, seja nas leis especiais que tratam desses crimes, como, por exemplo, a Lei nº 9249/95 que restabeleceu a extinção da punibilidade aos crimes tributários (MOURA, 2014, *online*).

² BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei de Contravenções penais. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm > Acesso em 22 set. 2016.

Assim, o que se propõe, com o reconhecimento da coculpabilidade às avessas, de certa forma, é o desenraizamento da legislação brasileira dessa discriminação existente.

2.6 Das críticas feitas ao princípio da coculpabilidade

Segundo o professor Rogério Sanches Cunha a teoria da coculpabilidade é alvo das seguintes críticas:

- 1ª Parte da premissa que a pobreza é a causa do delito;
- 2ª Pode conduzir à redução de garantias quando se trata de processar o rico;
- 3ª Continua ignorando a seletividade do poder punitivo. (SANCHES, 2014, p. 404-405)

As críticas apresentadas pela abalizada doutrina nacional, são, até de certo modo, pertinentes. Primeiro porque essas críticas retratam de forma primorosa quais são os medos dos repressores da teoria da coculpabilidade no direito brasileiro. Segundo porque, ao rebatê-las, pôde-se demonstrar que a aceitação dessa teoria não implica nas situações colocadas a título de críticas.

A primeira crítica feita pela doutrina supõe, de forma equivocada, que a teoria trabalhada aqui, parte da premissa de que a pobreza é a causa do delito. Sabe-se que não isso. É claro que a pobreza é levada em conta, por vários fatores, mas ela não é a única circunstância reputada como necessária e suficiente para fazer surgir a aplicação da atenuante da culpa compartilhada.

Para aplicação da referida teoria, faz-se necessário, além da observação da situação econômica financeira do agente delituoso, as suas condições sociais, a sua formação acadêmica, intelectual e etc., pois, para a aplicação dessa atenuante, o contexto social em que o agente se encontra inserido deverá influenciar na sua empreitada criminosa.

Nesse sentido, se faz essencial trazer à baila os ensinamentos dos professores Zaffaroni e Pierangelli:

Há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "coculpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 2011, p. 529)

A segunda crítica, por sua vez, refere-se ao fato do princípio da coculpabilidade conduzir a redução de garantias quando se trata de processar o rico.

Desde já, se faz importante destacar que não tem esse fim o princípio da coculpabilidade. Ao contrário, a coculpabilidade vem temperar o juízo de reprovação que recai sobre o agente delituoso.

Bem se sabe que, tanto os ricos quanto os pobres delituosos, buscam alcançar seus objetivos e desejos. O que distingue, 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, vale-se de suas facilidades para sair impune, ao pobre só resta utilizar-se de meios inadequados para conseguir seus objetivos e, na maioria das vezes, acaba condenado com todo rigor da lei penal.

É nesse cenário de desigualdade que dá chance ao princípio da coculpabilidade, na tentativa de minimizar o etiquetamento e a seleção do direito penal.

Aliás, a coculpabilidade às avessas, conforme argumentado no tópico 2.5, com o fito de ponderar situações nas quais a corresponsabilidade do Estado seria aplicada de forma equilibrada, ou seja, *“quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social”* (MOURA, 2014, online), demonstra que, se ao Estado couber a parcela de culpa pela ocorrência de um delito, este deverá arcar com sua responsabilidade de forma proporcional e não reduzindo garantias quando se trata de processar o rico.

Passa-se, pois à análise da terceira crítica apresentada pela doutrina, a qual dispõe que a teoria da coculpabilidade ignora a seletividade do poder punitivo.

No que tange a terceira crítica, tem-se que esta também deve ser rebatida, haja vista que a teoria aqui trabalhada não ignora a seletividade do poder punitivo, ao contrário, a coculpabilidade nasce justamente para corrigir as injustiças cometidas por essa seletividade.

Segundo Grégore Moura:

A aplicação do princípio da co-culpabilidade concretiza a responsabilidade da sociedade na seleção dos bens jurídicos que devem ser protegidos e daqueles a quem se interessa punir. Portanto, propicia-se não só uma análise equânime e justa da reprovação social e penal do agente, mas também reprova indiretamente a própria sociedade e o Estado, verdadeiros responsáveis pela marginalização. Acentue-se, no entanto, que o princípio da co-culpabilidade não elimina a seletividade do sistema penal, mas atua como princípio corretor dessa seletividade, diminuindo sobremaneira seus impactos,

dando ensejo ao desenvolvimento de um espírito crítico e responsável que orienta toda a sociedade. (MOURA, 2014, *online*)

Como bem assinalado pelo professor Grégore Moura, o princípio da coculpabilidade não ignora a seletividade, muito pelo contrário, esse princípio funciona como um corretor dessa seletividade, na busca pela diminuição das desigualdades existentes.

3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É imprescindível, no presente trabalho, que se faça uma correlação da Constituição Federal de 1988 e o princípio da coculpabilidade, tendo em vista que, além da Constituição Federal ser o alicerce para o princípio da coculpabilidade, este é tido como princípio constitucional implícito decorrente dos princípios da igualdade; da dignidade da pessoa humana, como forma de evitar a reificação do homem; da individualização da pena; do pluralismo jurídico; e do garantismo penal de Luigi Ferrajoli (MOURA, 2014, *online*).

3.1 Princípio da igualdade

Sabe-se que o princípio da igualdade está consagrado na Constituição Federal, notadamente em seu artigo 5º, *caput*, onde se proclama: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*”.³

Antes, porém, vale fazer uma breve introdução do surgimento desse princípio na Constituição de 1988.

O princípio da igualdade alcançou a Revolução Francesa em 1789 e perdurou por todo o século XIX. Naquela época, a ideia de igualdade era aquela igualdade formal, onde o Estado limitava-se a dizer que todos são iguais perante a lei, concretizando-se as ideias iluministas de igualdade, liberdade, justiça, fraternidade e humanidade. Assim, buscando amenizar disparidades sociais, foi estipulada uma igualdade jurídica entre os cidadãos (MOURA, 2014, *online*).

Nesse diapasão, Grégore Moura, buscando demonstrar a associação da coculpabilidade com a atual Constituição Brasileira, reconhece que a positivação do princípio da igualdade é um reflexo dos ideais iluministas elencados acima.

Nesse ponto, pode-se analisá-lo a partir do preâmbulo da Constituição Federal⁴ que dispõe que:

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Pode-se perceber, portanto, que foi a partir das experiências históricas, como a Revolução Francesa, que influenciou o conceito de igualdade trazido para a Constituição Federal de 1988.

Porém, a existência de uma igualdade formal instituída pela Carta Magna, não foi o suficiente, necessitando, pois, de uma correspondência na realidade. Nesse plano, como bem observa Grégore Moura, a possibilidade de aplicar a igualdade material é daqueles detentores do poder econômico e social, que são os responsáveis pela formulação e aplicação do Direito e que, atualmente, defendem os estudiosos que a igualdade seria aquela em que se devem tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual (MOURA, 2014, *online*).

Nesse mesmo sentido, Pedro Lenza ensina:

O art. 5.º, caput, consagra serem todos 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. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei. Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa, inspirada na lição de Aristóteles, devendo-se tratar os igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2014, p. 1072)

Nesse contexto, verifica-se que a simples menção legislativa não faz valer, de fato, o que se pretende. O princípio da coculpabilidade, embora implicitamente previsto na legislação pátria, e principalmente na Constituição Federal de 1988, não passa das barreiras dos olhos do homem.

O reconhecimento do princípio da coculpabilidade seria uma das formas de se buscar a aplicação da igualdade formal no plano material. A desigualdade social é, sem dúvida, uma das maiores influências no momento do cometimento de um delito e que, em razão de tal fato, deve ser sopesada quando da aplicação do direito estatal de punir.

3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da coculpabilidade encontra grande respaldo constitucional quando se refere à dignidade da pessoa humana.

Isso porque a dignidade da pessoa humana não se trata de um princípio penal ou constitucional, mas sim de um fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme prevê o inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal⁵.

Para NUCCI, “*a dignidade da pessoa humana é uma meta a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico*”. (NUCCI, 2010, p.97)

GRECO vai mais além, dizendo que, embora de difícil tradução, pode-se entender a dignidade da pessoa humana como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o homem mais vil e detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor (GRECO, 2009, p. 75).

Para que essa dignidade seja concretizada, é necessário que o Estado permita aos seus cidadãos condições dignas de alimentação, moradia, emprego, formação intelectual etc.

Ocorre que, o Estado, detentor de diversas funções para promover o bem comum e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, mediante a concretização de seus deveres constitucionais, não cumpriu e não cumpre o seu dever por vários motivos, dentre os quais pode-se citar: ineficiência dos governantes, inchaço da máquina administrativa, má administração, falta de recursos, corrupção, interesses políticos, modo capitalista de produção, aspecto histórico, desigualdades sociais, globalização e muitos outros (MOURA, 2014, *online*).

Isso traduz por completo a inegável parcela de culpa do Estado quando o crime cometido apresenta elementos de natureza social e, como consequência, tem como principal fator de seu cometimento a ausência de condições mínimas de existência, que

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

poderiam possibilitar a concretização da dignidade da pessoa humana daquele indivíduo.

Grégore Moura esclarece que, diante de tal situação, que o princípio da coculpabilidade surgiu para tentar minimizar a ineficiência do Estado frente à desigualdade social, *ipsis litteris*:

No Direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade do acusado o *jus puniendi* do Estado, o que seria improvável e ineficaz. A co-culpabilidade apenas reconhece a ineficiência do Estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tentar minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. (MOURA, 2014, *online*)

Assim, sabe-se que a pena é necessária, então, que seja aplicada de maneira justa, levando em consideração de que nem todos puderam ter o mínimo existencial para a concretização da dignidade da pessoa humana.

3.3 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLV e XLVI, da Constituição.⁶

Segundo EUGÊNIO PACELLI e ANDRÉ CALLEGARI, pode-se entender a individualização da pena como:

Nesse sentido, pode-se afirmar que a função de prevenção buscada na fase de aplicação da pena está relacionada, não só, mas essencialmente com a prevenção especial, dirigida especificamente a determinado e único autor. Daí dizer-se, com acerto, que a pena deve ser individualizada, isto é, segundo as circunstâncias do fato, é claro, mas, sobretudo, nas relações que têm elas com o seu autor. Individualizar, portanto, é conectar o fato praticado - o delito concretizado (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) - com o seu autor, atentando-se particularmente para a singularidade do sujeito, suas condições pessoais e características especiais, que fazem dele o autor concreto de um fato definido como crime. A individualização da pena é princípio constitucional, segundo se vê no art. 5º, XLVI, da Constituição da República. (PACELLI e CALLEGARI, 2015, p. 481)

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Por seu turno, considerando que a lei não é feita para casos específicos, mas trata as situações de forma genérica, há de ser individualizada a pena.

Assim, para a concretização da individualização da pena, o Código Penal Brasileiro adotou um sistema combinado e que deixa margem de atuação ao magistrado, mas obrigando-o a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença.

Nesse caso, a simples menção genérica aos artigos do Código Penal torna-se inaceitável, sendo necessário serem claras as razões os quais o levaram àquela conclusão no caso concreto, sob pena de nulidade (ZAFFARONI, 2011, p. 707).

Nesse caso, nada melhor do que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93, inciso IX⁷, para esclarecer tal situação. Segundo esse artigo, nos parece claro que o juiz, ao fazer suas decisões, deve demonstrar, às partes e aos demais interessados, como se convenceu para chegar a uma conclusão. Sob esse prisma, a falta de motivação resultaria em sérios problemas, em muitas das vezes, em nulidade daquela decisão.

Sabe-se, por óbvio, que essa tarefa judicial está submetida a rígidos controles por parte do legislador, seja por meio da fixação de limites mínimos e máximos na cominação da pena ao tipo, seja também pelo reconhecimento de diversas circunstâncias intrínsecas ao autor que deverão ser consideradas na determinação (dosimetria) da pena.

A individualização da pena, portanto, obedecerá a alguns critérios bem específicos, segundo as determinações legislativas orientadas pelas escolhas de política criminal.

Assim, o juiz, em três momentos distintos, e a partir dos balizamentos legais de cada tipo penal concretizado na sentença (tipo penal e suas formas qualificadas ou privilegiadas), se pautará: (a) na primeira fase, pelas chamadas circunstâncias judiciais (artigo 59, Código Penal); (b) na segunda, pelas circunstâncias legais (artigo 68, Código Penal, quais sejam, as atenuantes e as agravantes); e, (c) na terceira, considerada definitiva, por outras circunstâncias legais, presentes na terceira e última fase de determinação da pena definitiva, que são as causas de aumento e de diminuição de pena, ou majorantes e minorantes, também previstas no artigo 68 do Código Penal (PACELLI e CALEGARI, 2015, p. 482).

Deste modo, a sanção criminal, com suas funções preventivas e retributivas, devem ser direcionadas ao agente que cometeu o delito. Além disso, sua aplicação e sua execução devem atender não só aos aspectos objetivos do delito que se referem aqueles

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

acima mencionados, mas, também, aos seus aspectos subjetivos e as características individuais do condenado, respectivamente.

A partir da análise da individualização da pena é que sem tem a verificação da culpabilidade do agente, surgindo, então, a discussão acerca do princípio da coculpabilidade (MOURA, 2014, *online*).

A coculpabilidade, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que, personaliza, individualiza, materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições pessoais e sociais do autor do delito (MOURA, 2014, *online*).

Com efeito, a positivação da coculpabilidade no direito brasileiro propiciará ao julgador considerar na aplicação e execução da pena, outras circunstâncias relevantes que circundam o agente e o delito, circunstâncias estas relacionadas à desigualdade social e que influenciaram na prática do crime. (MOURA, 2014, *online*).

3.4 Pluralismo jurídico

Entende-se por pluralismo jurídico, segundo Grégore Moura:

(...) o reconhecimento da diversidade, da autonomia, das liberdades e do respeito aos diversos grupos existentes na sociedade, concretizando a democracia, ou seja, é a participação de todos nos direitos e deveres e deveres trazidos pelas normas. (MOURA, 2014, *online*)

Existem diversos artigos na Carta Magna de 1988 que consagram o pluralismo jurídico. Todavia, o que mais se alinha aos ideais buscados por este presente trabalho, encontra-se previsto no artigo 3º, inciso III, o qual traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁸, nos seguintes termos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Dessa forma, observa-se que o artigo acima mencionado prevê como um dos objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais e a eliminação da pobreza e da marginalização, o que está longe de ser efetivado na sociedade atual.

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

No entanto, nesse caso, a aplicação do princípio da coculpabilidade promoveria, para a efetivação da Constituição Federal, o respeito às classes mais vulneráveis e marginalizadas da sociedade.

Nesse sentido, assevera Grégore Moura que:

(...) a co-culpabilidade como reconhecimento, pelo Estado, da sua ineficiência em atingir seus objetivos, principalmente o disposto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, é o próprio respeito às classes sociais menos favorecidas e marginalizadas, que propõe a legalização do pluralismo jurídico, perfilhando o verdadeiro espírito democrático em um mundo globalizado, onde deve haver o reconhecimento das minorias. Vale ressaltar que as pessoas marginalizadas são minorias no poder e no acesso aos direitos fundamentais do cidadão, mas são a maioria da população em número e exclusão social. (MOURA, 2014, *online*)

3.5 Garantismo penal de Ferrajoli

Segundo Ferrajoli, o garantismo penal:

Trata-se de um modelo limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras máximas latinas: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla acusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por ele expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em razão a delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato e no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou a exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato e no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e a acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (*apud* MOURA, 2014)

Pode-se perceber que o princípio da coculpabilidade viabiliza esse sistema do garantismo penal, uma vez que além de respeitar e concretizar todos os princípios constitucionais responsáveis pela elaboração e desenvolvimento, o sistema por ele proposto, a coculpabilidade, aproxima o sistema penal e o processo penal da verdade, pois retrata, na aplicação da pena e na produção da prova em Juízo, uma condenação

condizente com a realidade fática, representando maior verificabilidade da prova produzida em Juízo.

Certo é que a coculpabilidade, assim como o sistema penal garantista de Ferrajoli, não pretende tornar perfeito o sistema penal e processual penal, o que seria impossível, mas aproxima esses ramos do direito da perfeição, com base nas garantias constitucionais (MOURA, 2014, *online*)

4 DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da coculpabilidade ainda não é muito difundido no Brasil, mas uma coisa é certa, já se tem notícia de sua aplicação em alguns cantos desse mundo, ainda que seja de forma minoritária, mas é fato incontroverso que sua existência já vem sendo discutida por aqui, há algum tempo.

Como dito em outras oportunidades, o fato que vem tornando a aplicação do referido princípio, no direito brasileiro, de certa forma, dificultosa, está intimamente ligado à falta de sua positivação expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, esse motivo não pode ser considerado um empecilho para a sua aplicação, pois a coculpabilidade é um princípio constitucional, que se encontra implícito em no ordenamento pátrio, em vários diplomas legais, tais como, a Constituição Federal, o Código Penal, o Código de Processo Penal, e até mesmo em leis especiais, como a Lei de Drogas, por exemplo.

Ademais, vale ressaltar que, ainda que seja de forma minoritária, a jurisprudência e a doutrina pátria, já vêm se mostrando favoráveis à sua aplicação, conforme será explanado a seguir.

4.2 Da dosimetria da pena

Inicialmente, vale destacar que este estudo teve, desde o seu nascedouro, por objeto central a aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, elevando-o a categoria de atenuante inominada, com base no artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

Malgrado existam posições diversas, tais como a que entende que a coculpabilidade deve ser analisada na 1ª fase de dosimetria da pena, quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal Brasileiro trabalhar-se-á apenas com a análise deste princípio na 2ª fase de dosimetria da pena, como uma atenuante genérica.

Neste sentido, faz-se oportuno salientar que este estudo encontrou guarida no ordenamento jurídico brasileiro por força da reforma ocorrida na parte geral do Código Penal em 1984, quando o legislador entendeu por bem prever as denominadas atenuantes inominadas, em seu artigo 66.

Ao fazer isso, o legislador delegou a figura do juiz uma possibilidade/faculdade de diante das circunstâncias do caso concreto conceder ao agente delituoso, uma atenuação em sua pena, diante da concessão de uma atenuante inominada.

É claro que a concessão dessa atenuante inominada estará atrelada à ocorrência de certas circunstâncias e, é ao estudo dessas circunstâncias que passará a ser abordado neste momento.

A fim de contextualizar o cenário posto, segue abaixo o conteúdo do artigo 66, do Código Penal Brasileiro⁹:

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

O citado diploma legal, ao dispor que a pena, ainda, poderá ser atenuada em virtude de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, está por conferir ao órgão julgador, ou seja, à figura do juiz, a incumbência de determinar com base em certos parâmetros, o que vem a ser essa tal circunstância relevante, uma vez que a citada norma não traz o conceito jurídico do que vem a ser circunstância relevante, deixando essa definição nas mãos da doutrina e da jurisprudência.

Sobre o tema, ilustrando de forma bem singela o que vem a ser uma circunstância relevante, dispõem os iminentes juristas, Alberto Silva Franco e Rui Stoco que:

Não se trata, como se refere o texto legal, de uma circunstância fática qualquer, mas, em verdade, de uma circunstância qualificada como relevante, isto é, que se revele importante, valiosa, indispensável no processo individualizador da pena aplicável ao agente. (FRANCO e STOCO, p. 379)

Feitas tais considerações, torna-se plenamente possível trabalhar com a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio, como uma atenuante genérica da pena, pois o mencionado princípio busca, com a sua aplicação, o que fora dito de forma sublime pelos iminentes juristas citados anteriormente.

⁹ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2016.

Neste contexto, o que os defensores do princípio da coculpabilidade buscam em última análise com a sua aplicação, é conseguir uma individualização correta da pena, quer dizer, em outras palavras, o que se almeja é a concretização na prática do princípio da individualização da pena e, em última análise, a busca pela igualdade material.

4.3 Nas jurisprudências dos tribunais brasileiros

Como dito até aqui, a aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento brasileiro, ainda é uma incógnita, dado que, a Constituição o prevê apenas de forma implícita.

No entanto, em que pese a ausência de positivação expressa, alguns magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul já aplicaram esse princípio em seus julgados, conforme se depreende da leitura da Apelação Crime Nº 70002250371¹⁰ e dos Embargos infringentes nº 70000792358¹¹, os quais seguem abaixo:

ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE SE A GRAVE AMEAÇA EMERGE UNICAMENTE EM RAZÃO DA SUPERIORIDADE NUMÉRICA DE AGENTES, NÃO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE BIS IN IDEM - INEPTA E A INICIAL DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 2.252/54) QUE NÃO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NÃO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. - O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBÉM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADÃO RÉU. - RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUÍZA SENTENCIANTE. (16FLS.) (Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001).

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade.

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 5ª C. Criminal. AC 70002250371, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 21.03.2001. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 03 de outubro de 2016.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 4ª C. Criminal. EI 70000792358, rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 28.04.2000. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 03 de outubro de 2016.

Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Os julgados transcritos acima retratam a sensatez que alguns julgadores possuem, na tentativa de revolucionar o estudo do direito penal, pois ao levarem em conta aspectos externos para a aplicação da pena, acabam por mudar os paradigmas impostos.

Entretanto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda vem se mantendo reticente em aceitar a aplicação dessa teoria. O Superior Tribunal de Justiça salienta que, as condições sociais do indivíduo não são uma justificativa para a prática de crime, nesse sentido o HC nº: 187132 MG¹²:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório. 2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. 3. Habeas corpus denegado. (STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013).

¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

4.4 Na doutrina

O princípio da coculpabilidade é muito bem visto pelos doutrinadores brasileiros, contudo, não existe entre eles uma unanimidade na forma de sua inserção no ordenamento jurídico.

Sendo certo que uma parte da doutrina entende que o princípio supra deve ser alçado à categoria de atenuante inominada, com base no artigo 66, do Código Penal, e a outra parcela, por sua vez, entende que o aludido princípio deve ser analisado na 1ª fase de dosimetria da pena, ou seja, durante a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

No presente trabalho, fundamentou-se a aplicação do citado princípio, no artigo 66, do Código Penal, pelo fato de que a sua elevação à categoria de atenuante inominada, teria o condão de conferir uma maior liberdade ao magistrado, quando da verificação da ocorrência de sua aplicação no caso concreto.

Esse também é o entendimento de Zaffaroni e Pierangelli:

Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66. (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 2011)

4.5 Na legislação brasileira

Neste tópico, não será abordado a coculpabilidade na Constituição Federal de 1988, pois devido a sua importância para este estudo, foi dedicado todo o capítulo anterior.

Também não será abordado a sua positivação no Código Penal, pois este estudo já fora feito no tópico 5.2. Dessa forma, trabalhar-se-á neste tópico, apenas com a positivação implícita deste princípio no Código de Processo Penal e na Lei de Drogas.

4.5.1 No Código de Processo Penal

É sabido que o meio pelo qual o direito material se concretiza é o direito processual e, assim sendo, para uma correta aplicação do princípio da coculpabilidade

no ordenamento brasileiro, reputa-se indispensável também a sua observância no âmbito do direito processual.

E, é nessa linha de raciocínio, que roga-se pela a aplicação do princípio da coculpabilidade no âmbito do processo penal. Aqui, parece que a tarefa será um pouco menos árdua, visto que, quando do trato do interrogatório do acusado, o Código de Processo Penal já reconheceu o aludido princípio, conforme se depreende da leitura do disposto em seu artigo 187, *caput*, e 187, § 1º, ambos do Código de Processo Penal¹³.

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

Ademais, esse também é o entendimento do professor Grégore Moreira Moura:

Nesse contexto, o legislador brasileiro, não muito afeito às regras de técnica legislativa, adiantou-se no reconhecimento da coculpabilidade, já que a reconheceu no Direito Processual Penal, porém não o fez o mesmo em relação ao Direito Penal. (MOURA, 2014, *online*).

4.5.2 Na Lei nº. 11.343/06 (Lei de drogas)

Como já mencionado, o princípio estudado não é encontrado de forma expressa na legislação pátria, mas sim de forma implícita. Na Lei De Drogas o panorama não é diferente, já que para se encontrar o princípio da coculpabilidade em seus dispositivos se faz necessário uma leitura conjunta e aprofundada.

O Capítulo I da Lei De Drogas (Lei nº 11.343/06) trata dos Princípios e Dos Objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas. O inciso V, do art. 4º¹⁴, do referido capítulo, diz ser um princípio do Sisnad a promoção da

¹³ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

¹⁴ BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção

responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad (artigo 4º, inc. V, da Lei De Drogas).

Assim, ao fazer isso, o legislador acabou por consagrar, mesmo que de forma indireta, o princípio da coculpabilidade.

Alguns outros dispositivos da lei de Drogas, tais como o artigo 5º, inc. I, 19, inc. IV e V e 21¹⁵, também consagram, o referido princípio da coculpabilidade.

Do exposto, pode-se concluir que o legislador, atento as desigualdades sociais existentes, já vem se posicionando de forma ativa na tentativa de sua mitigação, como se vê do conteúdo da Lei de drogas, faltando, ainda, a positivação do princípio da coculpabilidade no Código Penal Brasileiro, bem como sua aplicação pelo Poder Judiciário.

social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

¹⁵ BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se em uma sociedade traçada pela desigualdade social, na qual nem sempre são oferecidas a todas as pessoas as mesmas condições e oportunidades. Enquanto uns são privilegiados com uma boa educação de base e adequado desenvolvimento social, outros são privados totalmente pela sociedade de iguais oportunidades em razão de vários fatores, tais como, classe social, raça, origem, situação econômico-financeira, etc.

Diante desse cenário caótico, o Estado Brasileiro, quando da promulgação da Carta Magna de 1988, na tentativa de solucionar tal situação, passou a adotar uma conduta mais ativa a esse respeito, chegando ao ponto de erigir a condição de objetivo fundamental da República à erradicação da pobreza e da marginalização. Além disso, até mesmo a nossa Ordem Econômica foi fundada com base no princípio da redução das desigualdades sociais e regionais.

No entanto, o Estado falhou na busca pela promoção dessa igualdade social e, por consequência, fez com que esse sintoma continuasse a se alastrar em meio à sociedade. Isso fez com que grande parte da população buscasse no mundo do crime a solução para seus problemas financeiros, de desemprego, fome, etc.

É cediço que o Brasil é conhecido mundialmente pela sua desigualdade social e que essa população abastada que compõe a maior parte da população é quase a totalidade dos indivíduos presos atualmente.

Ora, não resta dúvida de que as condições sociais influenciam o indivíduo na prática de um crime. Se o Estado, ao ocultar à sua a população condições mínimas de dignidade, é injusto que esse mesmo Estado atribua essa responsabilidade apenas ao réu. Eis a essência da coculpabilidade.

É nesse contexto que surge a corresponsabilidade do Estado. É nesse contexto da falha estatal no cumprimento de seus deveres basilares, permitindo cada vez mais o aumento da desigualdade social, é que surge o princípio da coculpabilidade. Isso faz com que o Estado assuma, juntamente a sociedade, parcela de culpa advinda de eventuais atos ilícitos praticados por estes cidadãos afetados por essa ineficiência com o trato da coisa pública.

Nessa toada, o que o princípio da coculpabilidade requer com a sua aplicação é a mitigação, ainda que seja de forma singela, dos danos causados pelo Estado, quando do não cumprimento de seus deveres constitucionais. E, a forma mais apropriada de se corrigir essa omissão, é por meio da aceitação do princípio supra, como atenuante da pena, a ser sopesada na 2º fase da dosimetria da pena, oportunidade em que se

concederá ao Estado-Juiz a possibilidade de, diante do caso concreto, diminuir a pena do agente delituoso.

Por oportuno, salienta-se que essa diminuição de pena deverá ser realizada com base em critérios sólidos e não de forma indiscriminada, o que acabaria por desvirtuar a real função desse princípio, que é promover a correta individualização da pena.

Desse modo, é necessária a realização de uma alteração no texto legal do nosso Código Penal, mais precisamente em seu artigo 66, para o fim de inserir a coculpabilidade no rol das atenuantes da pena e, por conseguinte, partilhar do sentimento de dever cumprido, dando assim, por via difusa, maior efetividade ao processo penal brasileiro.

Outrossim, no que tange a coculpabilidade às avessas, a sua positivação é essencial para a promoção na prática do princípio constitucional da isonomia, em seu aspecto material, de modo que os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades.

Para a efetivação dessa modalidade de coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, basta que seja realizada a revogação do artigo 59 da lei de Contravenções Penais, bem como sejam revogados os benefícios concedidos aos devedores de créditos tributários concedidos pela lei 9249 de 1995.

Ante o exposto, tem-se que a aplicação do princípio supra no ordenamento jurídico brasileiro, se faz imperiosa, na busca da concretização do processo penal constitucional, aqui entendido como aquele que observa todas as garantias constitucionais do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia Sagrada – O Antigo e o Novo Testamento**. 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2005.

BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Hunterbooks, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO. Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BRASIL, **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

CUNHA. Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2014.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**. 8ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120 do CP)**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, 1º v. – Parte Geral**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, 1º v. – Parte Geral**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* DOTTI, René Ariel. **O incesto**. Curitiba: Guignone, 1976.

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em 03 de outubro de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio Da Culpabilidade No Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio Da Culpabilidade No Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014 *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI e CALEGARI, Eugênio e André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 4ª C. Criminal. EI 70000792358, rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 28.04.2000. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 03 de outubro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 5ª C. Criminal. AC 70002250371, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 21.03.2001. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 03 de outubro de 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2011.