

APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Luciano Bertazzo Machado de Souza

Graduado pela Faculdade Vianna Junior – Juiz de Fora. Advogado.

Resumo – o Estado brasileiro é reconhecido pela sua desigualdade social e, não raras vezes, é omissivo em garantir a todos os indivíduos, acesso amplo aos direitos fundamentais, considerados mínimos para uma vida digna. Em razão dessa omissão estatal, esses indivíduos, esquecidos, acabam seguindo o caminho do crime. Assim, visando a efetivação da igualdade material, ou seja, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, surge o princípio da coculpabilidade, que tem por objetivo, dividir indiretamente a responsabilidade da conduta criminosa, entre o autor do crime, o Estado e a sociedade. O Princípio em questão, não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, por isso, doutrina especializada, sugere sua introdução através de alguns institutos previstos no código penal, como a atenuante inominada e a inexigibilidade de conduta diversa.

Palavras-chave – Direito Penal – Culpabilidade - Coculpabilidade – Atenuante Inominada – Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Sumário – Introdução. 1. (Des) necessidade do estudo da culpabilidade para a compreensão do Princípio da Coculpabilidade. 2. Desmistificando o Princípio da Coculpabilidade e a (im) possibilidade de sua aplicação no direito penal brasileiro 3. Formas de introdução do Princípio da Coculpabilidade no direito penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o estudo do Princípio da Coculpabilidade, discutindo a possibilidade ou não de sua incidência no Brasil, bem como as formas, pelas quais tal princípio pode ser introduzido no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Segundo a Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro é caracterizado, por ser um Estado Social, ou seja, que atua positivamente, provendo direitos individuais, coletivos e sociais.

Entretanto, mencionados direitos, para parcela da população, são inalcançáveis, haja vista, a falha do Estado em cumprir, de forma eficiente, os deveres impostos pelo constituinte de 88.

Dessa forma, os indivíduos abandonados pelo Estado, a fim de garantir o acesso ao mínimo existencial, partem para a vida criminosa, trazendo à baila o Princípio da Coculpabilidade.

Assim sendo, o objetivo do ora discutido artigo, é demonstrar, através da Coculpabilidade, que a responsabilidade pelos delitos praticados por essas vítimas da omissão



e marginalização do Estado, seja repartida entre o próprio Estado e a sociedade, no momento da reprovação da conduta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a culpabilidade, desde seu conceito, passando por um relato histórico até chegar no entendimento atual, demonstrando a necessidade de sua compreensão, para um melhor entendimento acerca da culpabilidade.

Em seguida, no segundo capítulo, será discutido o conceito de coculpabilidade e, se é (im)possível sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, o terceiro capítulo trará as formas como a doutrina e a jurisprudência entendem como é possível introduzir a coculpabilidade no direito penal brasileiro.

A metodologia empregada, traz a busca da possibilidade da aplicação da coculpabilidade no direito brasileiro. Além disso, a necessidade de entender o instituto da culpabilidade, como condição anterior ao tema do artigo. Em segundo plano, busca-se respostas em fontes normativas e doutrinárias, permitindo que a pesquisa esteja atenta aos fundamentos das decisões que os tribunais têm prolatado.

A pesquisa tem um método hipotético-dedutivo, haja vista, a não unanimidade no tema proposto. Utiliza-se também, proposições hipotéticas para apresentar controvérsias e trazer hipóteses que se amoldam ao problema apresentado.

Será aplicado a abordagem qualitativa pois, o trabalho será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas.

1. (DES) NECESSIDADE DO ESTUDO DA CULPABILIDADE PARA A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Para que se possa entender o Princípio da Coculpabilidade, que será aprofundado nos próximos capítulos, é necessária uma compreensão da culpabilidade, afinal, aquele princípio é a divisão da responsabilidade penal atribuída pela culpabilidade.

O direito penal vem evoluindo ao longo dos séculos. Pode-se dividir, essa evolução, em uma proposta anterior ao século XVIII e, uma posterior a esse mesmo período.

Antes do século XVIII vivia-se a fase do sistema absolutista, governos déspotas, nos quais o poder concentrava-se exclusivamente nas mãos dos reis. Luís XIV chegou a dizer que ele era o Estado.

A sociedade da época era desigual. Somente alguns privilegiados, como o Clero e a Nobreza, tinham direitos. O resto dos súditos sofriam com condutas arbitrárias.



O direito penal era caracterizado pela crueldade na execução das penas, que tinham as sanções corporais como principal aplicação. Por isso, Luiz Regis Prado¹ afirma que “era um direito gerador de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico; construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso.”

Todavia, após o século XVIII, principalmente no século XIX, com a influência das obras iluministas dos filósofos Montesquieu, Locke, David e Rousseau, os quais combatiam o absolutismo estatal, a sociedade e, conseqüentemente o direito penal, começaram a mudar.²

Contudo, foi, no século XIX, com Cesare Bonessana, o marquês de Beccaria em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, que o direito penal verdadeiramente muda. Beccaria defendeu os princípios da legalidade, da prevenção geral e da utilidade como características da pena; a abolição da tortura e da pena de morte, enfim, igualdade de todos perante a lei:³

O século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. São as escolas penais, definidas como o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções.⁴

Esse período foi marcado pelo confronto entre as duas principais escolas penais, a Clássica e a Positivista.

A Escola Clássica era baseada nas ideias iluministas do século XVIII, partindo das teorias do jusnaturalismo (direito natural de Grócio) e do contratualismo (contato social de Rousseau). Para debatida Escola, crime era um ente jurídico decorrente da violação do direito e, criminoso um ser livre que praticava o delito, por livre-arbítrio.⁵

Por outro lado, para Luiz Regis Prado⁶, pela concepção positivista:

não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de um processo psicopsicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável.

Do embate entre as duas escolas mencionadas, surgiram as teorias, as quais trabalhavam a estrutura do crime.

¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2019, p.122.

² Aula ministrada por Dermeval Farias, sobre teorias do crime, no Gran Cursos Online no ano de 2020

³ Ibid.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA apud PRADO, op. cit., p. 125.

⁵ FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. *Criminologia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 83

⁶ PRADO, op. cit., p.127.

A primeira delas foi a Teoria Clássica. Datada do final do século XIX, essa teoria sofreu forte influência do contexto social que vigorava na época.

O cenário do século XIX foi marcado pela revolução industrial, pela continuidade das reformas liberais do final do século XVIII, a mudança do jusnaturalismo religioso para o jusnaturalismo racional, uma mudança do Estado religioso, teocêntrico, para o Estado laico, uma separação entre Igreja e Estado. Destaca-se, nesse período, a valorização do conhecimento que pudesse contribuir com a revolução industrial. A ciência natural era o modelo de ciência que interessava à produção, aos interesses de caráter econômico, por exemplo: química, física, matemática, biologia. Não havia um interesse dos industriais, detentores das riquezas, para o estudo da filosofia, sociologia e antropologia, que pudesse contribuir para o enriquecimento da consciência das pessoas para a vida em sociedade.⁷

Segundo o professor Dermeval Farias⁸, qualquer forma de conhecimento, nesse período, tinha como base a Escola Positivista. Era a produção que tinha como alicerce a causa e o efeito. O subjetivismo das observações era relegado a segundo plano, não havia possibilidade de construções valorativas. Diante disso, era necessário decompor o objeto para estudá-lo, para demonstrar a verdade nele contida. Por isso, o crime foi dividido em três partes: tipicidade, ilicitude e culpabilidade [informação verbal].

Para a Teoria Clássica, a culpabilidade é o vínculo psicológico que liga o agente ao fato típico e ilícito e, só era formada pelo dolo e pela culpa. A imputabilidade era seu pressuposto.

Em decorrência da culpabilidade conter a parte subjetiva do crime pois, a objetiva estava na tipicidade e na ilicitude, o dolo era normativo, ou seja, era constituído pela vontade, consciência do resultado e consciência da ilicitude.⁹

A outra teoria surgida foi a Neoclássica. Essa teoria afirmava que só a razão pura deve indicar o conhecimento e, não através dos sentidos. Essa teoria ia de encontro, portanto, com o positivismo da Teoria Clássica.

Também chamada de Neokantismo, Cesar Roberto Bitencourt¹⁰ sustenta que essa teoria “substitui o método indutivo e formalista do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal.”

⁷ FARIAS, op. cit., nota 2.

⁸ Ibid.

⁹ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 14 ed. São Paulo: Método, 2020, p. 377.

¹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 174.



No que tange a culpabilidade, não houve consideráveis alterações em comparação com a teoria anterior. Pode-se afirmar que a única alteração foi a modificação de seus elementos, que passaram a ter a imputabilidade, o dolo, o qual continuou normativo e a culpa, mais a exigibilidade de conduta diversa. Em outras palavras, a culpabilidade continuava subjetiva.

Por fim, a teoria que modificou toda a estrutura da culpabilidade foi a Finalista, adotada no Código Penal Brasileiro.

O Finalismo, que foi desenvolvido por Welzel na década de 30 do século XX, ao contrário da Teoria Neokantista, não permitia análises valorativas. Era guiado pela dogmática, institutos jurídicos construídos pela doutrina, pela legislação, os quais conduziam a atividade do intérprete.¹¹

A culpa e o dolo, que deixou de ser normativo para ser natural, haja vista, possuir apenas dois elementos, a vontade e a representação do resultado, foram transportados para o fato típico, fazendo com que a culpabilidade deixasse de ser subjetiva. O dolo deixou de ser normativo para ser natural, haja vista, possuir apenas dois elementos, a vontade e a representação do resultado e, a culpabilidade passou a ser composta pelos seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.¹²

Assim, a culpabilidade para o atual modelo estrutura-se no livre arbítrio, constituindo-se como um juízo de reprovação pessoal. Tem por fundamento poder agir de outro modo, à fim de evitar a prática do delito.

Esse poder agir de outro modo é o ponto central do finalismo e do Princípio da Cculpabilidade pois, o homem quando é capaz de agir conforme os ditames do direito e, não o faz, ou seja, age de forma diversa à norma penal, deve ser responsabilizado. Todavia, quando o Estado e a sociedade contribuem para que o indivíduo pratique uma conduta delituosa contrária ao direito, também não merecem uma parte dessa responsabilidade?

2. DESMISTIFICANDO O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.

Como já debatido no presente trabalho, a culpabilidade é um juízo de reprovação social feito sobre uma conduta típica e antijurídica praticada por agente, que poderia ter agido de acordo com a norma e, não o fez.

¹¹ MASSON, op. cit., p. 199.

¹² PRADO, op. cit., p. 424.



Entretanto, pelo fato da sociedade brasileira ser caracterizada por expressivas desigualdades sociais, que aliás exerce profunda influência nos aspectos psicológicos e comportamentais de cada indivíduo, é incontestável que a culpabilidade não pode ser aplicada de maneira semelhante à totalidade dos delinquentes, devendo, em cada caso, ser avaliado o enquadramento social de cada um.

Em decorrência da omissão do Estado, em conferir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, a todos de forma igualitária, e também, o acesso às oportunidades serem restrito à apenas uma parcela da população, a responsabilidade penal não poderá ser imputada, aos indivíduos desamparados ou esquecidos, caso cometam alguma infração penal.

Nesse sentido, surge a coculpabilidade, que é a divisão da responsabilidade do infrator com o Estado e a sociedade, que de forma indireta influenciam na prática do delito. A coculpabilidade, portanto, divide a responsabilidade, quando da prática de determinadas infrações penais, por seus cidadãos em condições socioeconômicas desfavoráveis, diminuindo a sanção, a eles cominada.

Segundo ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹³:

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 sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Desta feita, chega-se à conclusão que, na análise da culpabilidade, não se pode ignorar as condições sociais, as quais está enquadrado o causador da infração penal, afinal, por ser vítima da omissão do Estado e da Sociedade, que possuem parcela de culpa na prática do delito, não pode ser responsabilizado de forma exclusiva, tendo, como via de consequência, diminuída a reprovação de sua conduta.

Juarez Cirino¹⁴ afirma que hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 610-611.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Forum, 2004, p. 265-266.

da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Não são muitos os doutrinadores que trazem exemplo prático da coculpabilidade. Nessa minoria, Rogério Greco apresenta um perfeito exemplo de sua aplicação¹⁵:

Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja “morada” é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um mundo próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso.

Entretanto, o estudo e a aplicação da coculpabilidade não é tão simples quanto parece. Grégore Moura afirma que se deve ter cuidado para não tratar o criminoso como vítima e o Estado e a sociedade como criminosos, invertendo equivocadamente a posição jurídica de ambos.¹⁶

Dando seguimento, a coculpabilidade, assim como qualquer outro tema tratado no ordenamento jurídico, não pode ser apartado do estudo em conjunto com a Constituição Federal, mais precisamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 implementou um novo Estado, qual seja, o social. Em razão disso, o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade de garantir e prover saúde, educação, moradia, segurança pública, isto é, o mínimo necessário para a subsistência digna de seus cidadãos. Todavia, por inúmeros motivos, o Estado não vem cumprindo tal responsabilidade, ferindo de morte o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana.

Grégore Moura afirma em sua obra:

Um dos mecanismos utilizados pelo Direito para atingir tal desiderato é justamente a proteção dos hipossuficientes, ou seja, a legislação tenta igualar as partes envolvidas na lide, a fim de minimizar as desigualdades fáticas. É o que ocorre com o direito do trabalho, o direito do consumidor, o direito previdenciário, dentre outros. No Direito Penal, o princípio da co-culpabilidade é exatamente essa proteção dada a hipossuficiente, com a ressalva de que seu objetivo não é igualar o direito de liberdade

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 415.

¹⁶ MOURA, Grégore Moreira de. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.57.

do acusado ao jus puniendi do Estado, o que seria improvável e infactível. A coculpabilidade apenas reconhece a ineficiência do estado na promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto, tenta minimizar os efeitos da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do mesmo. Portanto, o marginalizado deixa de ser objeto de meras pesquisas e estatísticas criminais, para ser considerado um ser humano passível de direitos e deveres perante o Estado.¹⁷

O artigo 1º, inciso III da CRFB, traz o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil. Trata-se de um princípio que não possui conceito no ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, como todo princípio, ele é aberto, o que permite uma gama de interpretações. Mas isso não quer dizer, que ele é absoluto, com uma interpretação extensiva ilimitada.

Como escreve Ana Paula Lemes de Souza:

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos ou, a depender, também dos poderosos.¹⁸

Nota-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, torna o Estado um garantidor do necessário para que seus cidadãos vivam com virtude, respeitabilidade, honestidade. O Estado detém, portanto, o poder de diminuir as desigualdades sociais existentes e, ao não fazê-lo, deve responder indiretamente, aplicando-se assim, a coculpabilidade.

Ademais, como já mencionado, a responsabilização indireta do Estado, com base na coculpabilidade não é tema simples. Como se sabe, o Estado é um ente, uma pessoa jurídica de direito público e, a Constituição Federal só permite responsabilidade penal de pessoas jurídicas em crimes ambientais e financeiros, conforme artigos 173, §5 e 225.

Cesar Roberto Bitencourt explica:

A conduta (ação ou omissão), pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.¹⁹

¹⁷ Ibid

¹⁸ SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015, p. 22-41.

¹⁹ BINTECOURT, op. cit., p. 163.

Destarte, diante do exposto, pode-se afirmar que o Estado não responderia na seara penal, mas sim na social, a qual se reconhece sua falha em reduzir as desigualdades sociais existentes.

3. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, expressamente o princípio da coculpabilidade. Entretanto, alguns doutrinadores preveem sua aplicação por meio da circunstância atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, assim disposto: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”²⁰

Essa atenuante prevê a redução da pena em situações não previstas em lei, ou seja, naqueles casos expressamente previstos no artigo 65 do Código Penal e, podem ser aplicadas quando ocorrerem antes ou depois da infração penal.²¹

Zaffaroni e Pierangeli, entendendo pela aplicabilidade da coculpabilidade pelo mencionado dispositivo, afirmam:

Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (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 CP mediante a disposição genérica do art. 66.²²

Em razão da impossibilidade de que, cada membro da sociedade cumpra uma parcela da pena aplicada ao criminoso, surgem, diante disso, duas opções: a absolvição, depois de analisada as condições sociais as quais o apenado está envolvido ou a aplicação do artigo 66 do Código Penal.²³

A aplicação da coculpabilidade através da já mencionada circunstância, demonstra a ruptura do positivismo enraizado no ordenamento jurídico brasileiro pois, o juiz pode diminuir a pena de acordo com os fatos concretos que envolvem a prática delituosa.²⁴

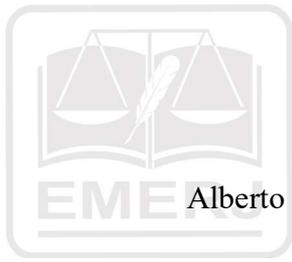
²⁰ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 08 mar. 2022.

²¹ JESUS, Damásio E. de *Direito Penal*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 623.

²² ZAFFARONI, op. cit., p. 610-611

²³ GRECO, op. cit., p. 415.

²⁴ RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 212.



Alberto Silva acerca da circunstância inominada afirma:

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.²⁵

Além dessa circunstância atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal, também é possível a aplicação do princípio da coculpabilidade, conforme entendimento doutrinário, nos elementos: culpabilidade, personalidade do agente e motivos do crime, previstos no artigo 59 do Código Penal²⁶:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Dessa forma, pode-se afirmar que nos três elementos mencionados, são encontrados traços do contexto social, o qual está inserido o agente.

A Constituição de 1988 implementou um Estado Social, com direitos sociais, econômicos e culturais. Em razão disso, o magistrado deve levar em consideração na aplicação da pena o convívio social do agente e até que ponto a omissão do Estado contribuiu para a prática da infração penal.²⁷

O artigo 59 do Código Penal traz as circunstâncias judiciais, que devem ser consideradas na primeira fase da aplicação da pena. O juiz, analisando os elementos contidos no debatido artigo, juntamente com os limites máximo e mínimo específico de cada crime, irá determinar a pena-base.

Tais circunstâncias deverão ser analisadas e valoradas individualmente pelo juiz, seguindo o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal. Além disso, tanto a acusação quanto a defesa deve, em decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, conhecer os motivos que levaram o julgador a determinar aquela pena.²⁸

Assim, por todo o exposto, permite-se que o magistrado analise e valore as circunstâncias relacionadas à vida social e econômica do agente, havendo a possibilidade da

²⁵ FRANCO, Alberto da Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 378.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁷ CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 455.

²⁸ MASSON, op. cit., p. 628.

aplicação da coculpabilidade do Estado e da sociedade no momento da fixação da pena, razão pela qual gera uma divisão e graduação da culpa, de acordo com a o ambiente social, o qual esteja inserido o agente e, que o levaram a prática delitiva.²⁹

Embora a doutrina seja adepta da aplicação da coculpabilidade no direito penal brasileiro, a jurisprudência rechaça a aplicação desse princípio.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim proferiu acórdão³⁰:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. QUALIFICADORA DA DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA COCULPABILIDADE. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 4. Para a incidência do art. 66 do Código Penal é necessário demonstrar a existência de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime que justifique a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria. 5. Correta a decretação da prisão preventiva, diante da prolação da sentença condenatória, quando fundamentada na manutenção da ordem pública, haja vista a periculosidade latente do réu.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim decidiu:³¹

Improsperável o pedido de aplicação do art. 66 do CP com o reconhecimento da atenuante genérica em virtude da co-culpabilidade. Adotar a ideia de que as dificuldades passadas pelo agente o tornam menos culpável pelo crime cometido implica em um verdadeiro desrespeito à imensa maioria dos milhões de brasileiros miseráveis que sempre conduziram suas vidas de forma digna e honesta. Ademais, nada consta dos autos que leve a concluir que o apelante é ou foi um pessoa marginalizada pela sociedade ou que teve suas necessidades básicas negadas pelo Estado, o que impede, amparado nessa tese, o reconhecimento da referida atenuante.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também rechaça a aplicação do princípio da coculpabilidade

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CO-CULPABILIDADE - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - NÃO CABIMENTO - REGIME - ALTERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 3. Não há como se responsabilizar o Estado ou a sociedade pela prática delitiva do agente, sob pena de se fomentar a criminalidade, não sendo viável, portanto, o reconhecimento da atenuante genérica da co-culpabilidade. 4.

²⁹ RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 212.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal nº. 07059538920208070014* Relator: Sebastião Coelho <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 10 mar. 2022.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça Do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº. 0006796-52.2012.8.19.0011*. Relator: Des^a. Gizelda Leitão Teixeira. <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382688247/apelacao-apl-67965220128190011-rio-de-janeiro-cabo-frio-1-vara-criminal/inteiro-teor-382688255>. Acesso em 18 mai. 2022

Verificando-se que as penas foram fixadas em patamar justo e adequado para a reprovação e a prevenção do delito, não há como reduzi-las.³²

É possível perceber nas decisões mencionadas, a grande resistência dos Tribunais em aplicar o princípio da coculpabilidade, haja vista, entender que a omissão estatal e as condições sociais do agente não são motivos suficientes a justificar a prática de uma conduta delituosa.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre uma conduta típica e ilícita, praticada por agente imputável, o qual não lhe seria exigida uma conduta diversa. Referido juízo deve ser feito de maneira individualizada, sobre a conduta daquele que praticou um ilícito penal, ou seja, deve ser considerada as condições pessoais e sócias de cada indivíduo.

Pois bem, considerando que a sociedade brasileira ainda é dominada por forte desigualdades sociais e, que o Estado não cumpre e nem garante, de forma isonômica, as políticas sociais e os direitos e garantias fundamentais, não é justo que a reprovação pela conduta penal seja feita da mesma maneira a todos aqueles que a tenham praticado.

Assim sendo, nessas situações em que indivíduos socioeconomicamente menos favorecidos praticam determinada infração penal, como consequência do desamparo vivenciado, a responsabilidade penal deve ser fragmentada com aqueles que, mesmo indiretamente, contribuíram para a empreitada criminosa, quais sejam, o Estado e a Sociedade.

Surge nesse sentido, o princípio da coculpabilidade, causador do reconhecimento da parcela de culpa do Estado e da Sociedade, na prática de determinadas infrações penais levadas a efeito por indivíduos em situação de miserabilidade, ou seja, que não possuem acesso a direitos básicos com saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, segurança.

Conforme salientado, ainda que o Ordenamento Jurídico Brasileiro não preveja expressamente a teoria da coculpabilidade, parte da doutrina defende sua aplicação, a partir do artigo 66 do Código Penal o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Trata-se de circunstância inominada, que é aquela circunstância não prevista em lei, ocorrida antes do crime e, que tem a possibilidade de atenuar a pena cominada ao agente.

³² BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº. 10471170148236001. Relator: Milton Lívio. Salles <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/804185460/apelacao-criminal-apr-10471170148236001-mg/inteiro-teor-804185565>. Acesso em 18 mai. 2022.



Além da circunstância inominada, a doutrina também prevê a aplicação da coculpabilidade como circunstância judicial prevista no artigo 59, como atenuante genérica prevista pelo artigo 65 do Código Penal, como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal em seu artigo 29 e como excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Apesar de parte da doutrina defender a aplicação da coculpabilidade, a jurisprudência não trata do tema de forma aprofundada negando sua aplicação, sob o fundamento de que a condição social não é justificativa para a prática de uma infração penal.

Não se quer com a presente obra, justificar ou instigar o aumento da criminalidade, mas sim demonstrar que a coculpabilidade é reflexo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da individualização da pena. Muito menos se quer também, transformar criminoso em vítima e, o Estado e a sociedade em criminosos.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a coculpabilidade é um instrumento de fundamental importância, quando o próprio Estado e a Sociedade nega a determinados cidadãos, direitos consagrados ao longo dos séculos, através de batalhas contra uma sociedade desigual e arbitrária.

Destarte, visando adequar o ordenamento jurídico penal brasileiro à realidade social e, reconhecendo parcela de responsabilidade do Estado nas condutas delituosas, diante de sua omissão na prestação de políticas públicas e na garantia de direitos fundamentais, vislumbra-se a aplicação do princípio da coculpabilidade no Brasil.

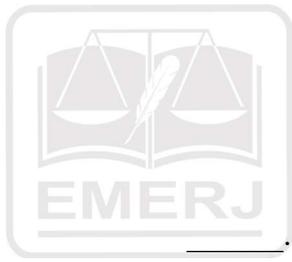
REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848* de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal nº. 07059538920208070014* Relator: Sebastião Coelho <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça Do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº. 0006796-52.2012.8.19.0011*. Relator: Des^a. Gizelda Leitão Teixeira. <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382688247/apelacao-apl-67965220128190011-rio-de-janeiro-cabo-frio-1-vara-criminal/inteiro-teor-382688255>. Acesso em: 18 mai. 2022



Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº. 0471170148236001*.
Relator: Milton Lívio. Salles <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/804185460/apelacao-criminal-apr-10471170148236001-mg/inteiro-teor-804185565>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRANCO, Alberto da Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. Aula ministrada sobre teorias do crime, no Gran Cursos Online no ano de 2020.

GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio E. de *Direito Penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 4.ed. São Paulo: Método, 2011.

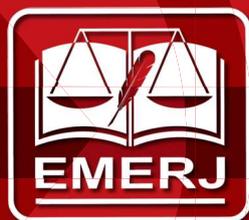
PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2019.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Forum, 2004.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br