



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UM  
MECANISMO DE CONTROLE DA SELETIVIDADE PENAL

Stéphanie Coca Pereira

Rio de Janeiro  
2020

STÉPHANIE COCA PEREIRA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UM  
MECANISMO DE CONTROLE DA SELETIVIDADE PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UM MECANISMO DE CONTROLE DA SELETIVIDADE PENAL

Stéphanie Coca Pereira

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o objeto deste artigo constitui-se na análise do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal brasileiro, por meio do qual há um reconhecimento da corresponsabilidade do Estado na prática do delito cometido por indivíduos marginalizados socialmente, em virtude da omissão estatal em promover a todos os membros da sociedade as mesmas oportunidades sociais. Em um primeiro momento do trabalho, apresenta-se o significado do princípio da coculpabilidade, seu embasamento constitucional e sua contextualização dentro do sistema da seletividade penal. Em seguida, faz-se mister abordar a forma se dá aplicação do princípio objeto de estudo na dosimetria da pena. Ainda se visa verificar a possibilidade de acolhida do princípio da coculpabilidade pela jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Princípio da coculpabilidade. Responsabilização Estatal pelo cometimento de crimes. Direitos Sociais. Dosimetria da Pena. Atenuante inominada. Seletividade Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. O princípio da coculpabilidade e a responsabilidade do Estado sobre a prática de crimes. 2. Da possibilidade de utilização da coculpabilidade na dosimetria da pena sem violação do Código Penal e dos princípios constitucionais 3. Da aplicação da coculpabilidade na dosimetria da pena pelos Tribunais brasileiros. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com base no respeito aos princípios constitucionais e sob o prisma de um Direito Penal garantista, a coculpabilidade traz à tona a análise da parcela de responsabilidade do Estado em não promover os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e efetivação dos direitos fundamentais. A reflexão sobre o tema parte da realidade de extrema desigualdade socioeconômica presente atualmente em nossa sociedade, a qual é reforçada pela omissão do Estado na efetivação das políticas públicas que possibilitam o acesso dos cidadãos aos direitos sociais. Aliado a isso, há o fato inconteste de que o meio no qual a pessoa vive condiciona a formação de sua personalidade e, conseqüentemente, influencia nos seus comportamentos.

Também deve-se considerar, na presente pesquisa, o alto nível de seletividade do Direito Penal, que sempre alcança, com mais facilidade e em maior número, a camada da população mais pobre e sem acesso aos direitos básicos consagrados constitucionalmente.

O que se pretende, em linhas gerais, é que haja uma correção das distorções sociais, por meio do reconhecimento de que a existência de uma conduta livre e voluntária depende da eliminação de carências sociais. Busca-se uma compensação de responsabilidade pelo não oferecimento de oportunidades iguais a todos os cidadãos, concretizando o princípio constitucional da igualdade material.

Assim, o princípio da coculpabilidade encontra enorme relevância social ao colocar o Estado e a sociedade para dividirem a culpabilidade pelo crime com a pessoa do delinquente, quando constatado, no caso concreto, que esta foi privada do acesso aos seus direitos fundamentais por negligência estatal. Tal divisão de responsabilidade pelo delito, na perspectiva jurídica, se dá na limitação do direito de punir, através da adoção da atenuante da coculpabilidade na dosimetria da pena, como atenuante inominada.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que há grande resistência, frente ao neoliberalismo e punitivismo, de que o Poder Judiciário, ao aplicar a pena, considere questões sociais e omissões do próprio Estado para atenuá-la.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a seletividade da aplicação do Direito Penal, o qual, historicamente, submete a suas sanções pessoas pobres e marginalizadas pela sociedade.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a relação entre o perfil de quem comete crimes e a ausência de acesso dessas pessoas à educação, alimentação e condições mínimas de subsistência, demonstrando que a omissão do Estado no cumprimento de mandamentos constitucionais sociais aumenta o cometimento de crimes. Nesse contexto, será realizada a comparação entre países em que o nível de desenvolvimento social é alto e, conseqüentemente, possuem baixíssima taxa de criminalidade (como Noruega) com o Brasil.

O terceiro capítulo pesquisa como vem sendo aceito, em alguns casos e rechaçado, em outros, o princípio da coculpabilidade pelos Tribunais Superiores brasileiros e busca defender a necessidade de que este passe a ser adotado de forma pacífica.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem

viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COCULPABILIDADE FRENTE À SELETIVIDADE PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA PRÁTICA DE CRIMES

Inicialmente, cumpre esclarecer que os princípios constitucionais são fundamentos de validade das demais normas jurídicas, não havendo necessidade de estarem expressos na Constituição Federal. Sob esse prisma, é possível que os princípios sejam implícitos, classificação na qual se enquadra o princípio objeto desse trabalho: o princípio da coculpabilidade, também denominado de princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade - que não está previsto expressamente na Carta Constitucional de 1988, decorrendo, portanto, do conjunto de suas disposições e da interpretação sistemática.

O princípio da coculpabilidade 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.<sup>1</sup>

Grégore Moura define a coculpabilidade como:

uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonada pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 13.

Destaca-se que o que se pretende não é uma inversão de papéis em que o sujeito que comete o delito torna-se vítima e o Estado, criminoso, até porque tal situação seria incompatível com nosso sistema penal, em que o Estado é sempre sujeito passivo mediato dos crimes, e, portanto, não pode, ao mesmo tempo, ser sujeito ativo e passivo.

Bitencourt<sup>2</sup> afirma que deve ser aplicado ao caso o mesmo raciocínio utilizado para a responsabilização penal da pessoa jurídica, considerando que é impossível um ente fictício ter vontade, uma vez que a conduta, pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. Assim, conclui que a capacidade de culpabilidade exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.

Portanto, a responsabilidade do Estado é uma responsabilidade indireta, em virtude da inadimplência no cumprimento dos seus deveres estabelecidos pela própria Constituição Federal, já que o Brasil tem como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana, bem como objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando à erradicação da pobreza e da marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, que são absurdamente extravagantes no Brasil. Tal responsabilidade também não deve ser aplicada de forma ampla e genérica. O Estado e a sociedade devem dividir a culpabilidade pelo crime com a pessoa do delincente, somente quando se constate, no caso concreto, que esta foi privada do acesso aos seus direitos fundamentais por negligência estatal e essa divisão de responsabilidade pelo delito se dá na limitação do direito de punir.

A omissão estatal deve proporcionar aos criminalizados que se encontram nesta situação de abandono e desamparo, e que tenham cometido infrações em razão dessa hipossuficiência, uma menor reprovabilidade penal, visto que tiveram menor possibilidade de autodeterminarem conforme estabelece o ordenamento jurídico.

Como forma de retratar a seletividade do direito penal como fundamento para a aplicação do princípio da coculpabilidade, convém trazer registros do relatório realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) que, por intermédio do Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgou em 2017 um retrato do

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

sistema carcerário brasileiro. O estudo<sup>3</sup> aponta que, na época, os estabelecimentos penais contavam com 726.712 mil presos, o que garantia ao Brasil o quarto lugar no ranking de países mais encarceradores, perdendo, tão somente, para os Estados Unidos (2.228.424).

O que mais interessa a este trabalho é que o levantamento revela, ainda, que 64% dos presos foram declarados como sendo da cor negra, enquanto que a população branca corresponde a 35% da população carcerária, resultando que, em cada três presos, dois são negros. É digno de nota realizar a seguinte constatação: esse perfil carcerário quando comparado à população brasileira, evidencia um descompasso, tendo em vista que a porcentagem da população negra corresponde a 53% da população brasileira em geral. Quanto ao nível de escolaridade, 4% dos presos foram considerados analfabetos e 6% alfabetizados sem cursos regulares. Quanto ao ensino fundamental, 51% o possuem de forma incompleta, ao passo que 14% conseguiram completar aquele grau de escolaridade. Em contrapartida, aqueles que possuem o ensino médio incompleto e completo, ensino superior incompleto e completo totalizam 25% dos presos.

Pelos dados, conclui-se que a escolaridade é um forte fator protetivo à prisão. Refletindo o censo penitenciário de 2017, como percebe Barbosa<sup>4</sup>: “o sistema penal brasileiro pune e muito... principalmente os negros, os pobres, as minorias em geral”. Numa linguagem mais direta, significa afirmar que há uma clientela tradicional do sistema repressivo, sendo que esse lado seletivo do Direito Penal foi evidenciado pelo interacionismo simbólico e, posteriormente, chegando ao amadurecimento das ideias, pela Criminologia Crítica.

Nesse sentido, Greco<sup>5</sup> afirma que o “Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show”.

Com a ampliação, a nível internacional, do horizonte comparativo da pesquisa, as consequências da omissão do Estado em cumprir os mandamentos constitucionais ficam ainda mais evidentes. Sob esse prisma, cabível o questionamento: como explicar que na Noruega, país que possui a maior taxa de desenvolvimento e qualidade da vida, o índice de

---

<sup>3</sup>DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 07 out.2019.

<sup>4</sup> BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2221, 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 07 out.2019

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p.08.

criminalidade seja quase zero? Tais realidades comprovam que a causa dos crimes não está apenas no sujeito que os cometem, mas também nas condições em que ele vive.

A seletividade do Direito Penal também é bem retratada na classificação feita pela criminologia crítica em “crimes de rico” e “crimes de pobre”. Nos crimes de rico, que são aqueles que envolvem, muitas vezes, prejuízos de milhões de reais aos cofres públicos – como crimes contra a ordem tributário -, o pagamento integral da dívida gera a extinção da punibilidade. Nos crimes de pobre, por sua vez – como o furto -, que costumam envolver valor patrimonial inferior e têm como motivação, na maioria das vezes, questões de subsistência e sustento do agente delinquente, não há a possibilidade de extinção da punibilidade com a reparação do dano.

É evidente a diferença de tratamento dada aos criminosos que promovem a reparação do dano nos crimes tributários em relação aos criminosos que reparam o dano nos demais crimes, notadamente nos crimes comuns contra o patrimônio. No caso dos crimes comuns cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando o dano é reparado ou a coisa é restituída por ato voluntário do agente até o recebimento da denúncia ou queixa, a pena é reduzida de um a dois terços, por configurar hipótese de arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal (CP)<sup>6</sup>.

No entanto, se os crimes comuns forem cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, ou quando a reparação do dano se der após o recebimento da denúncia, incidirá a atenuante genérica prevista no art. 65, II, b, do CP. Mas em relação aos crimes contra a ordem tributária, a consequência da reparação do dano é a extinção da punibilidade do agente (desde que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, segundo o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça).

Essa diferença de tratamento ofende os princípios da isonomia, da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade e prestigiam a seletividade penal, que acaba por punir duplamente o agente que comete os crimes de pobres. Uma vez, em sua origem, com a omissão do Estado em lhe promover acesso à educação, saúde e dignidade humana de forma geral; uma segunda vez, ao puni-lo de forma ainda mais severa quando da aplicação da pena – situação a qual se pretende restabelecer o equilíbrio que lhe fora retirado, por meio da aplicação do princípio da coculpabilidade.

---

<sup>6</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2020.

Nesse diapasão, Ferraz<sup>7</sup> acrescenta que a coculpabilidade, ou culpabilidade pela vulnerabilidade, recebeu contribuições fundamentais da criminologia, mormente quanto à reação social, em que se identificou no fenômeno crime mais do que uma entidade ontológica, mas, principalmente, um etiquetamento realizado pela sociedade a determinadas pessoas, não pela conduta praticada em si, mas pelas complexas relações e interações sociais – fenômeno também chamado, por alguns doutrinadores como Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli, de Direito Penal do Autor.

## 2. A COCULPABILIDADE COMO DIMINUIÇÃO DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL OU ATENUANTE INOMINADA

Inicialmente, cumpre informar que no ordenamento jurídico pátrio há duas hipóteses distintas de aplicação da coculpabilidade: como excludente da própria culpabilidade penal ou na dosimetria da pena – podendo, nesta última, ser atenuante inominada ou circunstância judicial da pena-base.

Este trabalho filia-se ao entendimento de que a coculpabilidade deve ser aplicada na dosimetria da pena, descartando sua utilização como excludente de culpabilidade. A uma porque a inexigibilidade de conduta diversa – faceta da culpabilidade em que seria possível vislumbrar a aplicação da coculpabilidade – possui natureza jurídica de exculpante legal e supralegal. Assim, seria fundamental a sua positivação no ordenamento jurídico. A duas porque o princípio da coculpabilidade como excludente da própria coculpabilidade reforçaria a inadvertida ideia de criminalização da pobreza, como se esta fosse a causa do crime. Nesse sentido, salienta Peter Filho<sup>8</sup>:

A tese de que o reconhecimento da vulnerabilidade conduziria a uma exclusão da própria culpabilidade representa uma aplicação extremada e desarrazoada da teoria. (...) Na verdade, essa proposta se reveste de um elevado grau de fatalismo, pois que a suscetibilidade do réu surgiria como algo intransponível e, ademais, condicionante da prática de crimes, reforçando ao avesso a perigosa ideia de criminalização da pobreza, da cultura e das vicissitudes interiores (não patológicas), uma vez que toda pessoa em condições sociais fragilizadas seria considerada como criminosa em potencial.

Destaca-se que a coculpabilidade como medida de culpa, como elemento a ser considerado na dosimetria da pena, encontra guarida em diversos ordenamentos jurídicos da América Latina,

<sup>7</sup> FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24,v.120, p.41-73, maio/junho.2016.

<sup>8</sup> PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico- penal. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 224.

como nas legislações penais da Argentina, Peru, México, Paraguai, Equador, Bolívia e Colômbia. Esses Estados reconhecem que há uma coculpabilidade com a qual a própria sociedade deve arcar.

Tal identidade entre os diversos países da América Latina se dá, segundo Grégore Moura<sup>9</sup>, pelo fato de haver semelhança no desenvolvimento histórico desses países, que vem desde o período de colonização e provocou uma profunda desigualdade social, em razão da má distribuição de renda.

Assim, retornando o olhar para o ordenamento pátrio, a coculpabilidade pode ser reconhecida tanto na primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, quanto na atenuante genérica prevista no art. 66 do mesmo diploma legal.

Porém, é importante mencionar que a análise da condição social adversa, a qual ensejaria a redução da pena no momento da dosimetria, depende da existência de uma relação razoável entre os direitos sociais básicos que lhe foram sonogados com o injusto penal praticado.

Sob esse prisma, fica evidenciada a relação entre o princípio da coculpabilidade e o princípio da individualização da pena, o qual possui previsão constitucional, no art. 5º, inciso XLVI. Isso porque aquele representa uma concretização deste, visto que é dado relevo às condições sociais e pessoais do agente no caso concreto, como pobreza extrema, desemprego, moradia, nível de escolaridade, etc,

Salienta-se que, ao aplicar a coculpabilidade como atenuante inominada, deve ser analisada também o grau de instrução intelectual do agente para que, assim, seja possível avaliar, de modo completo, o seu grau de autodeterminação.

Amilton Carvalho e Salo de Carvalo esclarecem<sup>10</sup>:

A atenuante não fica restrita somente à imputação econômica do imputado, tendo em vista que esta é somente uma das variáveis que compõe o dever de prestação estatal no Estado Social de Direito. Devem ser avaliadas também as condições econômicas de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito.

---

<sup>9</sup> MOURA, op.cit., p.100.

<sup>10</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.75.

Para corroborar com o entendimento acima destacado, é possível citar como exemplo o art.14, inciso I, da Lei nº.9.605/98<sup>11</sup> que reconhece como atenuante da pena o baixo grau de instrução e escolaridade do agente.

Ademais, admite-se que ideal seria que o princípio da coculpabilidade estivesse expressamente previsto em nossa legislação, como ocorre em nossos países vizinhos. Porém, cumpre asseverar o retrocesso em que se procedeu no âmbito legislativo no sentido do reconhecimento de tal princípio.

A coculpabilidade, apesar de nunca ter sido prevista em nenhuma lei do ordenamento jurídico pátrio, esteve bem próxima disso no Projeto de Lei nº 3.473/2000, em que foi feita referência às “oportunidades sociais”, a serem consideradas na pena-base. Entretanto, o referido projeto foi incorporado ao Projeto de Lei nº 236 de 2012, o qual simplesmente suprimiu tal previsão – o que evidencia a vontade da maioria dos juristas de deixar o Brasil distante das legislações penais mais progressistas de outros países da América Latina.

De qualquer forma, independentemente de previsão legal, com fundamento no pluralismo jurídico – que legitima um sistema jurídico plural, isto é, não restrito exclusivamente à fonte formal (lei) – é possível o reconhecimento da coculpabilidade como atenuante da pena, uma vez que o Direito Penal, de viés garantista, reconhece inúmeros institutos não previstos em lei para afastar a incidência penal, como o consentimento do ofendido, o princípio da insignificância e da adequação social.

Sobre o pluralismo jurídico como mais um fundamento legitimador da aplicação da coculpabilidade, Carvalho e Carvalho<sup>12</sup> asseveram “Não é despiciendo lembrar que o pluralismo jurídico no âmbito do Direito Penal só é permitido em hipóteses descriminalizadoras e despenalizadoras, jamais em casos de incidência penal, sempre no intuito de ampliar a liberdade individual.”

Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli<sup>12</sup> ensina que, na estruturação da teoria do garantismo penal, o julgador goza de determinada discricionariedade no momento da dosimetria da pena. Tal discricionariedade advém da atividade de julgar, que nada mais é do que realizar uma interpretação equitativa do fato legalmente tipificado. Dessa forma, destaca que essa equidade é a valoração judicial das características particulares de cada caso concreto, analisado individualmente,

---

<sup>11</sup> BRASIL, op.cit., nota 06.

<sup>12</sup> CARVALHO; CARVALHO, op.cit., p.81.

possibilitando, assim, o reconhecimento de atenuante não prevista expressamente em lei, em consonância com a liberdade conferida pelo art. 66 do Código Penal<sup>13</sup>.

### 3.DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

De pronto, há de se esclarecer que ainda existe uma barreira em torno do reconhecimento do princípio da coculpabilidade nos Tribunais Superiores. Em pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), identificam-se apenas quinze acórdãos que tratam do princípio da coculpabilidade. Entre eles, em nenhum acórdão foi acolhida a tese de coculpabilidade, sendo todos unânimes pela sua não aplicação.

Como principal fundamento para a não aplicação, os julgados, em sua maioria, mencionam a falta de positivação da coculpabilidade no ordenamento pátrio. Isso demonstra uma postura legalista por parte de nossos julgadores, que, agindo assim, desconsideram o ordenamento jurídico como um todo, o qual também é composto por princípios que devem ser sopesados e interpretados em conjunto com as regras em uma hermenêutica de aplicação do Direito ao caso concreto na busca constitucional pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe à jurisprudência a função de aproximar o texto legal à realidade social. A ausência de previsão legal, por si só, não deve obstar a aplicação determinado instituto jurídico, mormente quando condizem com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Gregore Moura<sup>13</sup> afirma a natureza de princípio constitucional implícito da coculpabilidade, abarcado pelo art. 5º, parágrafo segundo da Constituição Federal, e tendo relação com outros princípios constitucionais: republicano, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade e individualização da pena.

É interessante destacar que, apesar de conclusão pela não aplicação da coculpabilidade aos casos concretos, há dois julgados do STJ que parecem admitir a possibilidade de tal aplicação. O HC nº 179. 519<sup>14</sup>, com o objetivo de avaliar a corresponsabilidade do Estado em não fornecer o mínimo necessário, avalia a situação socioeconômica do acusado, verificando possuir emprego lícito, casa própria e contar com ajuda de custo da irmã. Por esses motivos, concluiu-se que não

---

<sup>13</sup> BRASIL, op.cit. nota 06.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 179 519*. Relator Min. LAURITA VAZ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+179519&processo=179519&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 17 fev. 2020.

havia situação de vulnerabilidade, razão pela qual não foi aplicada a atenuante genérica da coculpabilidade. Veja:

A corte de origem, soberana na análise fática da causa, restou convicta de que não havia campo para o reconhecimento da atenuante do artigo 66 do Código Penal, uma vez que o acórdão impugnado reconheceu que o próprio réu alegou que tem trabalho fixo em seu país, no setor agropecuário, possui casa própria e divide despesas com uma irmã. Isso indica que ele tinha outras alternativas para amenizar seus problemas financeiros, mas aceitou transportar a droga com o único objetivo do lucro rápido e fácil. Dizendo noutra giro, de individuo miserável, marginalizado e sem outras opções de subsistência não se trata nestes autos. Assim, não é possível, na via exígua do writ, proceder a amplo reexame dos fatos e provas carreadas aos autos para se reconhecer a culpabilidade.

Além do julgado acima exposto, o STJ, no Resp nº 1.394.233<sup>15</sup>, ao enfrentar o tema da coculpabilidade, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o qual estabelecia o entendimento de que a atenuante inominada, prevista no art. 66 do CP<sup>16</sup>, restringe-se aos casos de coculpabilidade. O entendimento esposado pelo TJSP concluía que a coculpabilidade tem aplicação no nosso ordenamento jurídico e que o Código Penal dispõe de um dispositivo específico para a sua aplicação na dosimetria da pena.

No mencionado Recurso Especial, o relator assim elucidou:

Dessa forma, contrariamente ao que ficou decidido pela Corte a quo, entendo que a atenuante prevista no art. 66 não possui aplicação limitada aos casos em que reconhecida a coculpabilidade do Estado, podendo incidir sempre que o julgador identificar alguma circunstância relevante.

No âmbito da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados, há variadas decisões inovadoras e progressistas que reconhecem e aplicam o princípio da coculpabilidade.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por posições sempre a frente de seu tempo, possui algumas decisões em que reconhece a coressponsabilidade estatal em não garantir os direitos mínimos consagrados pela Constituição Federal. É o caso dos Embargos infringentes nº700007923558<sup>17</sup>:

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. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.394.233*. relator Ministro Sebastião Seis Júnior. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. > Acesso em: 17 fev. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL, op.cit., nota 06.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos infringentes nº700007923558*. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em:10 fev. 2020

Observa-se- que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deu provimento a esse recurso para a fixação da pena base no mínimo legal, considerando a coculpabilidade nas circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. O argumento utilizado foi o de que o Estado é corresponsável por não suprir o mínimo de condições sociais ao agente, ou seja, corrobora com a tese defendida por Zaffaroni, em que onde há maior vulnerabilidade social, deve haver menor culpabilidade.

Há outro julgado do referido E. Tribunal, *Apelação Crime nº 70013886742*<sup>18</sup>, em que foi aplicado o princípio da coculpabilidade:

EMENTA: FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Além da inexistência de resultado patrimonial, a ocorrência de crime bagatela exige análise acerca do desvalor da conduta do agente. A invasão da residência da vítima imprime desvalor à ação, tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMIALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. *Apelação parcialmente provida.*

O argumento usado nesse outro julgado foi no sentido de acolhimento da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal<sup>19</sup>, aplicando, assim, a dosimetria na segunda fase da dosimetria da pena. Entrementes, a justificativa fora a de que o réu estava em uma situação de menosprezo educacional por ser semialfabetizado, responsabilizando o Estado por não cumprir o contrato social, que é o acesso a todos a educação.

Há, ainda, julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>20</sup>, em que a coculpabilidade é aplicada como excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa:

Penal e Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Uso de documento falso. Passaporte falsificado para ingressar nos Estados Unidos da América. Art. 304 do Código Penal. Não reconhecimento da denúncia em razão da inexigibilidade de conduta diversa. (...) Entendo que a situação do denunciado, nos presentes autos, não difere da de inúmeros outros brasileiros, também excluídos socialmente, e que buscam no exterior melhores condições de vida. Adoto, em particular, como razões de decidir, os fundamentos já tantas outras vezes acolhido: esse tipo de processo se refere a exilados econômicos, que à semelhança

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70013886742*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL, op.cit., nota 06.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal 2001.51.01529656-0, de 2005*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

dos exilados políticos tentam encontrar condições de vida mais satisfatórias em outro país. Ao longo de muitas instruções realizadas, pude constatar que todos esses cidadãos brasileiros tentam desesperadamente livrar-se da marginalidade social e econômica a que estão condenados, sem vislumbrar em que momento do tempo os princípios programáticos constitucionais, a existência digna, a Justiça Social, a redução das desigualdades regionais e sociais a busca do pleno emprego, contidas no art. 170 da Constituição Federal, transformar-se-ão em realidade.

Essa decisão demonstra a anormalidade das circunstâncias concomitantes experimentadas pelo agente que o levaram a enxergar como única alternativa adentrar ilegalmente em outro país, à procura de condições melhores de vida, uma vez que, no Brasil, vivia à marginalidade social. Assim, foi reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa e, como consequência, excluída a culpabilidade penal.

Feita essa análise, vislumbra-se resistência na aplicabilidade dessa teoria pelos julgadores brasileiros, sendo feita apenas de forma esporádica e eventual.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa se debruçou sobre a problemática da aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, explorando a ideia de divisão de responsabilidade do delito entre o agente da prática criminosa e o Estado em virtude da omissão deste em implementar as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos. Refletiu-se, como plano de fundo, sobre a necessidade de constitucionalização e humanização do Direito Penal.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível vislumbrar, na aplicação do princípio da coculpabilidade, a concretização do Direito Penal como garantidor de princípios constitucionais, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Assim, o reconhecimento do princípio da coculpabilidade corporifica a igualdade material, no momento em que se legitima um tratamento diferenciado, porém justificável pelas circunstâncias do caso concreto, na dosimetria da pena para autores de práticas criminosas vulneráveis que têm sua autodeterminação limitada.

Sob o prisma da consolidação da dignidade humana, observa-se que a aplicação do princípio objeto de estudo tem por objetivo a proteção do indivíduo hipossuficiente, que, por imperativo constitucional, deve ser tratado com dignidade.

Quanto ao princípio da individualização da pena, é fato que o princípio da coculpabilidade, no momento em que reconhece e leva em consideração a situação socioeconômica individual do delinqüente marginalizado, personaliza a aplicação e execução da pena, concretizando, assim, o referido princípio.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na idéia de que a aplicação do princípio da co-culpabilidade apresenta-se plenamente possível no Direito Penal brasileiro. Isso porque há dispositivos no Código Penal mediante os quais se torna possível a aplicação do princípio objeto de estudo. Destaca-se a inserção deste como circunstância inominada do art. 66 do Código Penal, em que se vislumbra a possibilidade de uma circunstância, mesmo não especificada pelo legislador, que possa atenuar a pena.

Ainda ficou demonstrado que constitui-se como outra hipótese de aplicação a introdução do referido princípio no art. 59 do Código Penal, apresentando-se expressamente no mencionado artigo como circunstância judicial, estabelecendo, assim, o juiz a pena com atenção às oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito.

Na prática, a jurisprudência pátria, infelizmente, apresenta resistência quanto à aplicabilidade do princípio da coculpabilidade sob o falacioso argumento de ausência de previsão legal. Tal posição reiterada nos Tribunais evidencia o caráter legalista e punitivista da maioria de nossos operadores do Direito, que opta por não repousar seu olhar sob a situação incomoda e latente de extrema pobreza e marginalidade social que assola grande parte da população brasileira. Não admitir que tal situação tem repercussão na criminalidade significa ignorar todos os estudos de criminologia que nos indicam esse liame e que muito pode ser útil na dogmática penal.

Nesse diapasão, diante da grande importância do conteúdo de justiça social que o presente tema inegavelmente se reveste, porém com escassa bibliografia sobre o mesmo, torna-se imprescindível o aprofundamento dos estudos, a fim de que o campo para sua aplicação torne-se cada vez mais fértil.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. *Revista Veja*, São Paulo, edição 2221, 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *HC n°7187132*, MG, 2010/185087-8. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 05/02/2013. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70013886742*. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 20.04.2006, Diário da Justiça, Porto Alegre, RS, 13 jun. 2006. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos infringentes nº700007923558*. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, julgado em 28/04/2000. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

PETER FILHO, Jovacy. Culpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico- penal. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.