

## **The (in) applicability of Cocolpability in Brazilian Criminal Law**

**Luana Pereira Brandão.**

**Resumo:** Trata-se de uma análise da teoria da cocolpabilidade, a qual determina o reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado quando verificada a relação existente entre a situação de vulnerabilidade socioeconômica do agente, a omissão do Estado no tocante ao cumprimento dos seus deveres constitucionais e o delito cometido, tendo como consequência a diminuição do juízo de reprovação sob a conduta do indivíduo. A cocolpabilidade não se encontra expressa no ordenamento jurídico vigente, o que tem sido óbice à sua aplicação nos casos concretos. Dessa forma, faz-se mister uma análise para abordar o embasamento constitucional da referida teoria, bem como a sua compatibilidade com o Processo Penal democrático e o Direito material vigente, para se verificar a possibilidade de sua aplicação no Direito Penal Brasileiro à luz de uma interpretação harmônica e coerente do ordenamento jurídico em vigor.

**Palavras-chave:** cocolpabilidade; vulnerabilidade; omissão estatal; responsabilidade; juízo de reprovação.

**Abstract:** This work aims to analyse the theory of co-culpability which requires the recognition of the State's share of responsibility when verified the relationship between the socio-economic vulnerability of the agent, the state's omission regarding the fulfillment of their constitutional duties and the offense committed resulting in the decrease in failure of judgment on the conduct of the individual. Co-culpability is not expressed in current legislation which has been an obstacle to its application in a particular case. Thus, it is necessary an analysis to address the constitutional approach of that theory as well as its compatibility with the democratic Criminal Procedure and the actual material law to verify the possibility of its application in Brazilian criminal law, birth of a harmonious and coherent interpretation of the legal system in force.

**Keywords:** Co-guilt; vulnerability; state omission; responsibility; judgment of disapproval.

## 1.INTRODUÇÃO

A coculpabilidade consiste em uma teoria a qual defende a possibilidade de atribuir ao Estado a sua parcela de responsabilidade quando demonstrado, no caso concreto, que a omissão do ente estatal no cumprimento de seus deveres constitucionais foi determinante para a situação de vulnerabilidade socioeconômica do indivíduo que, sem grandes perspectivas, acaba por ingressar nos caminhos desviantes da criminalidade.

Atenta-se, assim, para o fato inegável de que a inoperância do Estado, no que tange à efetivação de condições mínimas de subsistência digna para certos cidadãos marginalizados, acarreta consequências graves. Estas, muitas vezes, são determinantes para a prática de uma infração penal. Por isso deve haver, em contrapartida, menor juízo de reprovação sob a conduta do agente.

Não obstante a compatibilidade da coculpabilidade com os ditames de um Direito Penal moderno e garantista, verifica-se atualmente um grande impasse para a sua aplicação no Direito Penal Brasileiro. Isso tendo em vista a ausência de previsão expressa da referida teoria no ordenamento jurídico vigente, além da falta de um estudo aprofundado do tema no Brasil e até mesmo na doutrina alienígena.

Assim, no decorrer do presente estudo, serão respondidas algumas indagações quais sejam: o que deve ser entendido por coculpabilidade? Existe amparo constitucional para a aplicação da referida teoria no Brasil atualmente? Há compatibilidade com o Processo Penal democrático e com o Direito material vigente? Como se daria a aplicação da coculpabilidade na dosimetria da pena no Direito Penal Brasileiro?

A fim de responder essas e outras questões que surgiram no decorrer do trabalho optou-se por desenvolvê-lo em três partes. Assim, na primeira, busca-se o significado de coculpabilidade, a compreensão da questão terminológica, bem como dos fundamentos e requisitos da referida teoria e sua origem histórica.

Em seguida, na segunda parte, demonstra-se o alicerce constitucional da coculpabilidade, bem como a importância dessa teoria para a concretização de princípios expressos na Constituição de 1988.

A terceira parte, por sua vez, inicia-se com uma explicação acerca da dosimetria da pena adotada no Código atual, para depois adentrar nas hipóteses de inserção da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro. Analisa-se, brevemente, o entendimento

jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de alguns Estados brasileiros em relação ao tema e, finalmente, realiza-se uma análise da aplicação da coculpabilidade às avessas no Brasil.

Logo, o presente estudo aborda a teoria da coculpabilidade interligando-a ao Direito Constitucional, Processual e Material. O objetivo é demonstrar que, através de uma interpretação harmônica e coerente do ordenamento jurídico vigente, infere-se que a referida teoria encontra amparo no Direito Penal Brasileiro, podendo ser aplicada de imediato aos casos concretos, independentemente de positivação.

## **2. DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal estabelece que todos são livres e iguais em dignidade e direito, sendo vedada qualquer espécie de distinção, além de garantir a todos “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988).

Apesar de o Brasil ter uma das Constituições mais belas do mundo, a verdade é que estamos muito distantes da concretização da sociedade utópica descrita no texto constitucional de 1988, a qual acolhe em seu seio, indistintamente, todos os seus cidadãos.

A tão sonhada sociedade livre, justa e igualitária cede lugar para aquela extremamente fragmentada, marcada por altos níveis de desigualdade social, que brinda a poucos com as oportunidades de trabalho, saúde, educação, lazer, dentre outras.

Atualmente, vivemos em um país que parece selecionar apenas uma parcela da população para gozar dos direitos constitucionais dos quais todos deveriam usufruir, se realmente vivêssemos no tal Estado Democrático de Direito. Ao invés disso, o que salta aos olhos é um enorme abismo que, paradoxalmente, permite viver lado a lado uma grande massa de pessoas miseráveis, que mal consegue suprir suas necessidades mais básicas e, uma minoria, detentora do poder, que goza daqueles direitos que deveriam alcançar todos os cidadãos indistintamente.

Esse contexto de exclusão social é fomentado pelo sistema capitalista que inverte a lógica dos valores, ao determinar que as pessoas “valem” mais pelo que elas possuem do que pelo que realmente são. Isso impulsiona um consumismo exacerbado. Neste sentido, as pessoas que não tiveram as mesmas oportunidades para adquirir os bens oferecidos pelo

capitalismo, muitas vezes, encontram no crime o caminho para o consumo.

Essa latente divisão social, aliada à omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais, faz com que, lamentavelmente, muitas pessoas busquem na criminalidade os meios de satisfazer seus direitos mais básicos, os quais o Estado deveria fornecer. A delinquência passa a ser, muitas vezes, o único meio para que um determinado “cidadão” marginalizado da sociedade tenha acesso aos meios necessários à sua própria subsistência.

Inegavelmente, o fato é que nem todos possuem a tão sonhada liberdade de escolha. A falta dos direitos mais básicos, aqueles necessários à própria concretização da dignidade da pessoa humana, diminui consideravelmente o âmbito de determinação dos indivíduos. Tal situação é fácil de constatar, basta atentar para a realidade. Um homem que não teve acesso à educação, saúde, trabalho não possui a mesma liberdade de escolha daquele que teve acesso a tais direitos. Como considerar livre um homem que presencia diariamente a situação de penúria da própria família e não encontra meios lícitos para sair daquela situação? Há liberdade para um homem faminto?

Dentro deste cenário de profunda desigualdade social e de omissão do Estado brasileiro, sobretudo no que tange à concretização de direitos que garantam a todos a possibilidade de uma vida digna, é humanamente impossível esperar que todos ajam dentro dos padrões de legalidade previstos. Ora, se o Estado é o primeiro a descumprir os seus deveres, como “cobrar” daquele cidadão excluído determinada expectativa de comportamento? Como ambicionar os mesmos padrões de conduta de pessoas que vivem em situações tão distintas?

O óbvio, às vezes, precisa ser dito: é praticamente impossível, e até mesmo absurdo, esperar a mesma observância à lei, indistintamente, de todos. Isso porque, na medida em que o Estado é falho e deixa de assegurar aos cidadãos direitos básicos constitucionalmente assegurados, ele restringe o âmbito de escolha de muitas pessoas. Com isso, sem quaisquer perspectivas, grande parte da população se engendra na criminalidade como forma de sobrevivência no meio social no qual estão inseridos.

Voltando os olhos para a realidade, na linha do Direito Penal moderno e garantista, alguns doutrinadores defendem a existência do princípio da coculpabilidade, o qual decorre de uma interpretação do texto constitucional e norteia a concretização de direitos constitucionais tais como a igualdade, a individualização da pena e a dignidade da pessoa humana.

Consoante Grégore Moreira de Moura (2014a), referido princípio consiste no reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado no cometimento de delitos por

determinados cidadãos. É que existem algumas situações nas quais as condições de

vulnerabilidade socioeconômica do agente delituoso são tão adversas, que a liberdade de escolha é mitigada. Com isso, deve ser atribuída a parcela de “culpa” do ente estatal, o qual ao ser omissor, deixando de fornecer a todos os direitos mais básicos, necessários à própria subsistência digna, restringiu o âmbito de determinação destas pessoas. Portanto, deve haver, nestes casos específicos, menor reprovação social.

Zaffaroni e Pierangeli (2013) ressaltam que a sociedade, por mais desenvolvida e organizada que seja, jamais brindará a todos os cidadãos com as mesmas oportunidades. Em decorrência dessa desigualdade ínsita à própria sociedade, as pessoas terão maior ou menor âmbito de determinação, condicionado às causas sociais. Nesse sentido, afigura-se desarrazoado atribuir tais causas tão somente ao agente, pois há, inegavelmente, uma “cocalpabilidade” com a qual todos nós devemos arcar.

Ainda na visão de Grégore Moura (2014b), a cocalpabilidade é um princípio constitucional implícito que decorre de uma interpretação do texto constitucional e determina a parcela de responsabilidade do ente estatal, quando o delito é cometido por cidadãos que tiveram a sua autodeterminação mitigada em virtude das precárias condições socioeconômicas às quais foram submetidos.

É inegável que o Estado sonega a uma parcela da população direitos fundamentais aos quais todos deveriam ter acesso, tais como saúde, trabalho, educação, dentre outros. Diante disso, o próprio Estado potencializa a exclusão social que, de fato, é uma das causas do aumento desenfreado da criminalidade.

Assim, pelo princípio da cocalpabilidade, em determinados casos concretos, se restar comprovado que esta “ausência” do Estado na vida do agente delituoso, no que tange à concretização de condições mínimas de existência digna, foi determinante para a sua situação de vulnerabilidade socioeconômica, deve ser reconhecida a falha do Estado, ensejando menor juízo de reprovação sob a conduta do sujeito ativo.

Neste sentido, assevera Grégore Moura:

Portanto, a co-culpabilidade é 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 de sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social. (MOURA, 2014c, p. 17).

Diante disso, tem-se que a cocalpabilidade, de certa forma, atenta para o fato inegável de que a falha do ente estatal no cumprimento de seus deveres para com determinados

cidadãos abastados ocasiona graves consequências, as quais muitas vezes são determinantes para o ingresso na criminalidade, tornando devido o reconhecimento desta parcela de responsabilidade do Estado.

Como bem asseverou Nilo Batista, “em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.” (BATISTA, 1996, p. 105).

Contudo, deve-se ter cautela, pois o reconhecimento da coculpabilidade não implica em coautoria, ou seja, o Estado jamais poderá ser considerado sujeito ativo do delito. Isso porque, conforme destacou Grégore Moreira de Moura:

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracterizam a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentre outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disto, seria impossível o Estado concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e a execução da sanção penal, já que seria uma “autopunição”. (MOURA, 2014d, p. 63).

O reconhecimento da responsabilidade estatal de que trata a referida teoria consiste “apenas”, em considerar, em determinados casos concretos, que a omissão do Estado no tocante ao cumprimento de seus deveres constitucionais, indiretamente, contribuiu para a situação de vulnerabilidade do indivíduo que, lamentavelmente, acaba por ingressar na criminalidade. Assim, deve haver menor reprovação sob a conduta deste.

Assim, quando ocorrer a prática de infração penal por determinado “cidadão” que se encontra em situação de hipossuficiência socioeconômica, em virtude de o Estado tê-lo abandonado à própria sorte, deverá haver menor juízo de reprovação, devido ao reconhecimento da falha do ente estatal. Este é o sentido da responsabilidade que deverá recair sobre o Estado, de que trata a coculpabilidade.

Da mesma forma, aduz Grégore Moreira de Moura

Poderíamos dizer, em suma, que, na realidade, não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera menor reprovação social do acusado. (MOURA, 2014e, p. 63).

Cumpre perlustrar ainda que o reconhecimento da coculpabilidade não significa impunidade. O que deve ocorrer é uma ponderação, observando a conduta delituosa do sujeito ativo e a sua situação de vulnerabilidade socioeconômica, bem como o quanto essa situação



de abandono o influenciou a “escolher” o caminho diverso dos padrões de comportamento preestabelecidos pela ordem jurídica vigente.

Portanto, a consequência do reconhecimento da coculpabilidade é a diminuição do juízo de censura que recairá sobre a conduta do sujeito ativo, impondo-lhe uma pena mais justa e, a depender do caso, a consequência deverá mesmo ser a absolvição.

## **2.1 A questão terminológica**

Como é cediço, o prefixo “co” denota a ideia de concomitância, simultaneidade.

“Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum.” (MOURA, 2014f, p. 63).

Já o termo coculpabilidade denota a ideia de que, em certas situações, a par de punir o cidadão que praticou determinada infração penal, deverá também ser reconhecida a parcela de responsabilidade que caberá ao ente estatal pela sua ineficiência em garantir a este indivíduo direitos fundamentais básicos que lhe possibilitem uma vida digna, bem como a possibilidade de escolher “livremente” caminho diverso daquele da ilegalidade, se esta situação de “abandono” o influenciou a praticar algum ilícito penal.

Neste sentido Grégore Moreira de Moura (2014g) assevera que o termo coculpabilidade deve ser entendido como culpabilidade pela vulnerabilidade, sem confundir o termo com a noção de culpa penal do Estado.

## **2.2 Fundamentos e requisitos**

Conforme destacou Simone Matos Rios Pinto (2008a, p. 27), “o primeiro dos fundamentos do Princípio da coculpabilidade está em reconhecer que o indivíduo não está totalmente livre para escolher seus caminhos.”

De fato, nem todos possuem a plena liberdade de escolher entre um ato lícito e outro ilícito. O discurso de que todos os homens são igualmente livres e que, por conseguinte, as

peças se engendam na criminalidade mediante sua livre vontade de delinquir é falacioso. A liberdade em si envolve possibilidade de escolhas, a qual muitos atualmente não detêm.

Observa-se que a ausência de direitos fundamentais básicos na vida de muitas pessoas, tais como saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros, compromete significativamente o âmbito de escolha dos indivíduos que, sem quaisquer perspectivas, se engendam nos caminhos desviantes da criminalidade para sobreviver no meio social no qual estão inseridos.

Todos os cidadãos são responsáveis pelas suas escolhas e pelas consequências que destas advirão. Mas a teoria da coculpabilidade nos permite fazer algumas reflexões: Que escolhas temos? Serão todos os homens igualmente livres tal como proposto no texto constitucional de 1988? O caminho da criminalidade será mesmo, para todos, uma opção?

Para Simone Matos Rios Pinto (2008b), o segundo fundamento do princípio da coculpabilidade está em reconhecer a desigualdade existente entre os homens.

É inegável que o abismo socioeconômico que divide o país é uma das causas do aumento desenfreado da criminalidade. Aqueles que não encontram meios lícitos para usufruírem de direitos que o próprio Estado deveria fornecer, bem como os bens que o sistema capitalista oferece, acabam ingressando na delinquência como forma de satisfazer esses direitos/interesses.

Assim, a teoria da coculpabilidade “decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato.” (MOURA, 2014h, p. 60). Reconhece ainda que essa exclusão socioeconômica coloca alguns cidadãos em situações extremamente adversas, sem quaisquer oportunidades de adquirir uma vida digna. Isso desestrutura toda a sociedade e acaba por contribuir, embora indiretamente, para que muitas pessoas ingressem na criminalidade.

Cumprir destacar que a coculpabilidade só deve ser aplicada em determinadas situações específicas, devendo ser demonstrado, no caso concreto, que a ineficiência do Estado no tocante ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais ao cidadão foi causa determinante para a sua situação de vulnerabilidade socioeconômica. Convém também provar a influência desta situação de hipossuficiência no cometimento do delito.

### **2.3 Origem Histórica**

Para Grégore Moreira de Moura (2014i), o surgimento do princípio da coculpabilidade está diretamente relacionado ao advento do Estado Liberal, bem como das ideias iluministas resultantes do movimento revolucionário que aconteceu naquela época. Para o referido autor,

o contratualismo advindo do Estado Liberal denota a ideia de que o indivíduo que comete um delito rompe o contrato social de Rousseau. Por outro lado, na medida em que o Estado deixava de assegurar ao cidadão direitos básicos para a concretização de uma vida digna, também ocorria o rompimento deste contrato social estabelecido entre governante e governados.

Fernanda Lira Marçal e Sidney Soares Filho (2012a) ressaltam que a Revolução Francesa apresentou ao mundo os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, os quais se refletiram nas gerações de direitos fundamentais existentes na atualidade.

Assim, os direitos de primeira geração, direitos civis e políticos, expressam o ideal de liberdade, tendo como foco o indivíduo, além de serem oponíveis ao Estado, o qual deveria adotar uma postura abstencionista.

Já os direitos de segunda Geração, direitos sociais, culturais e econômicos, passaram a exigir do Estado uma prestação positiva frente ao cidadão, ou seja, o Estado deveria atuar ativamente para garantir a todos melhores condições de vida.

A coculpabilidade trata-se, para Fernanda Lira Marçal e Sidney Soares Filho (2012b, p. 4), “como direito de segunda geração, diante do seu reconhecimento de que cabe ao Estado uma prestação positiva a fim de proporcionar a todos os cidadãos condições de uma vida digna.”

Por fim, os direitos de terceira geração são aqueles relacionados à fraternidade e à solidariedade e decorrem do processo de globalização.

Explanando sobre a coculpabilidade como consequência da quebra de um contrato social, Grégore Moura aduz:

Portanto, a co-culpabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo, desta feita, assumir essa “inadimplência” reconhecendo a co-culpabilidade. (MOURA, 2014j, p. 68).

Dessa forma, conclui-se que a coculpabilidade surgiu a partir do momento em que o Estado, ao deixar de garantir direitos básicos dos cidadãos, necessários à própria subsistência digna, rompe o contrato social, na medida em que se abstém de garantir a todos os direitos de segunda geração.

### **3. EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE**

Como é cediço, o Direito Penal, assim como os demais ramos do Direito, deve estar em perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988, a qual deve servir de norte para a criação, interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico vigente.

Segundo ensinamentos de Grégore Moreira de Moura (2014k), a coculpabilidade decorre de uma interpretação sistemática do texto constitucional de 1988, na medida em que nortearia a concretização de alguns princípios basilares que se encontram expressos na Constituição, quais sejam, o da igualdade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana.

Assim, procurar-se-á demonstrar no decorrer deste tópico o entrelaçamento entre a coculpabilidade e alguns dos princípios elencados no texto constitucional, pois este é fundamento daquela.

### **3.1 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade está elencado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, a qual prevê que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”(BRASIL, 1988).

Não há dúvidas de que esta igualdade de todos perante a lei está imbuída de um ideal democrático, sendo uma grande conquista advinda da Revolução Francesa. Por meio dessa igualdade formal, restou estabelecido a impossibilidade da lei conferir tratamento diferenciado entre os cidadãos, em virtude de raça, cor, sexo, etnia, dentre outras, salvo aquelas diferenciações permitidas pelo próprio texto constitucional.

Contudo, para se atender efetivamente às exigências de um Estado Democrático de Direito, é imprescindível ir além de uma igualdade meramente formal, atentando para um prisma material.

A igualdade material atenta para a desigualdade ínsita ao seres humanos e intensificada pelos abismos socioeconômicos existentes. Assim, paradoxalmente, busca-se a igualdade material levando-se em consideração as desigualdades. É dizer: deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades.

Isto porque o princípio da igualdade não deve ser alheio à realidade. Não é possível conferir tratamento isonômico àqueles que são diferentes. Este é o sentido material da igualdade.

Conforme ressalta Bernardo Gonçalves Fernandes (2012), para fins de aplicação da

igualdade material, condizente com o Estado Democrático de Direito, devem ser consideradas as distinções justificáveis, a fim de afastar a mera igualdade “aparente”, ou seja, formal.

É o que propõe a coculpabilidade que, ao atentar para a situação de vulnerabilidade socioeconômica de determinados cidadãos, aos quais o Estado sonegou os direitos fundamentais necessários à própria subsistência digna, nada mais faz do que efetivar o discurso da igualdade material.

Corroborando, asseveram Fernanda Lira Marçal e Sidney Soares Filho (2012c) que o reconhecimento da coculpabilidade é uma forma de concretizar a igualdade material, pois na medida em que o magistrado atenta para a situação de vulnerabilidade socioeconômica do agente e lhe aplica uma pena diferenciada e condizente com essa situação, estar-se-ia utilizando a coculpabilidade para concretizar o sentido material do princípio da igualdade.

Dessa forma, o juiz adotará uma postura ativa para amenizar os efeitos da realidade desigual que aflige o país, deixando de ser, apenas, mero expectador.

### **3.2 Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, assim sendo, referido princípio deve servir de norte para todo o ordenamento jurídico vigente.

O “status” constitucional da dignidade da pessoa humana possui grande relevância, pois, com isso, determina-se a busca pela concretização desse princípio em todos os ramos do direito, devendo ainda servir de guia para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme assinalou Sarlet (2012a), o princípio da dignidade da pessoa humana implica tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, garantindo direitos fundamentais que possibilitem a concretização de uma vida digna. Daí se extrai que o Estado deve atuar ativamente na busca de melhorias de condições existenciais para toda a população, objetivando a efetivação de garantias fundamentais básicas, tais como saúde, trabalho, educação, lazer, dentre outros.

Isso porque, para Sarlet (2012b), a dignidade da pessoa humana elenca o bem-estar do cidadão como finalidade da atividade do Estado e não como o meio desta.

Ocorre que o Estado é ineficiente no cumprimento de seus deveres constitucionais. Com isso, a realidade nos mostra que poucos gozam daquele complexo de direitos fundamentais os quais ensejam a própria concretização da dignidade da pessoa humana.

Tal realidade é um problema, sobretudo quando se considera que “a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária apenas é possível se forem respeitados os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros.” (OMMATI, 2014, p. 42).

Voltando o olhar para a realidade, é fácil constatar que o Estado parece escolher uma pequena parcela da população para gozar daquela gama de garantias constitucionais que deveriam alcançar a todos os cidadãos. Com isso, fere-se uma das premissas fundamentais da dignidade da pessoa humana, qual seja: tratar a todos com igual respeito.

Noutro viés, essa omissão do Estado também é óbice para a garantia de uma vida digna, pois ninguém pode viver dignamente sem ter acesso a direitos fundamentais.

A coculpabilidade impõe o reconhecimento desta falha do ente estatal para com determinados cidadãos. Com isso, constata-se a inoperância do Estado na promoção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar o qual, ao invés de ser deixado de lado, deveria servir de norte para toda a atividade estatal.

Conforme assevera Moura (2014), a coculpabilidade, além de reconhecer a ineficiência do Estado no tocante à concretização da dignidade da pessoa humana, ainda implica em considerar que o cidadão que se encontra em situação de vulnerabilidade socioeconômica também é sujeito de direito, devendo ser tratado com igual respeito e consideração, tanto pelo Estado, quanto pela comunidade.

Neste sentido, a coculpabilidade também nos faz refletir que o Estado deve cumprir seus deveres constitucionais e, portanto, buscar mecanismos de efetivação da dignidade da pessoa humana, para beneficiar a todos os seus cidadãos.

### **3.3 Individualização da Pena**

A individualização da pena é uma exigência do Estado Democrático de Direito e exige do juiz uma fundamentação racional com base em critérios fáticos e jurídicos, a fim de afastar a arbitrariedade judicial e, ao mesmo tempo, adequar a sanção penal ao caso concreto (BITENCOURT, 2003). É dizer: a individualização da pena é um processo que:

[...] implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular. (BOSCHI apud NUCCI, 2007, p. 30).

Como dito, enquanto exigência do Estado Democrático de Direito, a individualização da pena exige fundamentação judicial, conforme determina, aliás, o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Isso para impedir a aplicação de sanções penais com base no

conhecimento solitário do juiz e garantir uma individualização da pena com base em critérios racionais, afastando, assim, arbitrariedades.

A individualização da pena ocorre em três momentos, quais sejam, legislativo, judiciário e executório.

Assim, a individualização da pena ocorre, primeiramente, no momento de criação dos tipos penais abstratamente previstos em lei, sendo para tanto, selecionados os bens jurídicos mais relevantes, os quais não podem ser protegidos de forma menos gravosa, devendo, nesses casos, ocorrer a intervenção do Direito Penal. Nessa fase, caberá à lei determinar:

“qualitativa e quantitativamente – penas proporcionais à magnitude do bem jurídico protegido em cada tipo penal e prever diretrizes precisas que possibilitem ao magistrado a fixação da pena definitiva.” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 521).

O segundo momento de individualização da pena é realizado pelo juiz. Será aplicado o critério trifásico previsto no artigo 68, do Código Penal, e caberá ao magistrado, primeiramente, analisar minuciosamente as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para obter a chamada pena-base. Em seguida, deverão ser analisadas as atenuantes e agravantes e, por último, as causas de aumento e de diminuição.

Nesta fase, para atender às exigências do Estado Democrático de Direito, bem ainda garantir os direitos fundamentais do acusado, é imprescindível a fundamentação racional do ato decisório, com base em critérios fáticos e jurídicos.

A terceira fase de individualização da pena ocorre em obediência ao artigo 5º da Lei nº 7.210/84, o qual dispõe que: “os condenados serão classificados, segundo os seus Antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” (BRASIL, 2014f, p. 1463).

Assim, tem-se que o princípio da individualização da pena somente se concretiza quando analisada não só a infração penal praticada pelo sujeito ativo, mas também as suas particularidades, a fim de atingir uma pena justa a cada caso concreto.

A coculpabilidade possibilita menor juízo de reprovação sob a conduta do sujeito ativo na medida em que pressupõe tratamento diferenciado, com fins a atenuar a pena para aqueles que cometem uma infração penal em situação de vulnerabilidade socioeconômica, ante a ineficiência do ente estatal no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Com isso, consideram-se as minúcias de cada caso concreto; afinal, não seria razoável reprovar com a mesma intensidade aqueles que se encontram em situações tão distintas. Dessa

forma, efetiva-se a individualização da pena.

Sobre a coculpabilidade como instrumento de efetivação do princípio da individualização da pena, leciona Grégore Moreira de Moura:

A co-culpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. (MOURA, 2014m, p. 94).

Assim, a coculpabilidade nada mais faz do que promover a efetivação da individualização da pena. Isso porque permite considerar as peculiaridades do indivíduo atentando não só para o fato praticado em si, mas para a pessoa que se encontra por detrás daquela infração penal.

#### **4. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Grégore Moreira de Moura (2014n) aduz que a coculpabilidade é um princípio constitucional implícito.

Partindo dessa premissa de que a coculpabilidade está implícita na Constituição Federal vigente, é imprescindível uma análise acerca das hipóteses de inserção da referida teoria no Direito Penal Brasileiro, a fim de conferir maior efetividade e segurança jurídica quando da sua aplicação ao caso concreto.

Para tanto, no presente tópico será feita, primeiramente, uma abordagem acerca da dosimetria da pena para, em seguida, iniciar uma análise sobre as possibilidades de aplicação da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro. Posteriormente, será observado como a jurisprudência do país tem se posicionado acerca do tema e, por fim, será feita uma abordagem sobre a coculpabilidade às avessas no Brasil.

##### **4.1 Dosimetria da Pena**

Como é cediço, o artigo 68 do Código Penal Brasileiro estabelece o critério trifásico de aplicação da pena, *in verbis*: “a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último,



as causas de diminuição e de aumento.” (BRASIL, 2014b, p. 567).

A primeira fase de aplicação da pena diz respeito às circunstâncias judiciais que estão elencadas no artigo 59 do Código Penal. Para Cezar Roberto Bitencourt (2003), tais circunstâncias constituem critérios limitadores da discricionariedade do juiz, pois indicam um procedimento ou ainda um roteiro que deve ser seguido a fim de encontrar a chamada pena-base.

Nessa fase, a pena-base deverá respeitar os limites mínimo e máximo abstratamente previstos em lei.

Na segunda fase de aplicação da pena, deverão ser analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais estão previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal.

Registre-se que, consoante o disposto na súmula 231 do STJ, “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal.” (BRASIL, 2014h, p. 2088).

Prevê ainda o artigo 66 do Código Penal que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 2014b, p. 567). Referido dispositivo legal permite ao juiz considerar outras circunstâncias que, embora não previstas expressamente no Código Penal, acarretam menor juízo de reprovação sob a conduta do agente.

Exemplificando, Zaffaroni e Pierangeli aduzem que podem ser consideradas como circunstâncias atenuantes inominadas:

A humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais, sempre que estas circunstâncias não cheguem a um grau tal que devam ser consideradas como presença de uma eximente, em razão de estado de necessidade justificante ou exculpante. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013b; p. 745).

Assim, observa-se que o rol de circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal é exemplificativo podendo o juiz reconhecer outras que julgar relevantes no caso concreto. Isso gera maior efetividade da individualização da pena, ante a possibilidade de considerar as minúcias de cada caso concreto. Eis aqui a possibilidade de aplicação da teoria da coculpabilidade, a qual pode ser considerada como circunstância relevante anterior ao crime, quando demonstrada a relação entre a situação de hipossuficiência do acusado, aliada à inoperância do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais e o delito praticado. Em outras palavras, por meio das circunstâncias inominadas, é possível aplicar a coculpabilidade independentemente de posituação da referida teoria, pois se leva em

consideração a legitimidade de sua aplicação com base em uma interpretação harmônica do ordenamento jurídico vigente.

A terceira fase de aplicação da pena diz respeito ao reconhecimento das causas de aumento e de diminuição de pena, as quais se encontram tanto na parte geral, quanto na parte especial do Código Penal. Nesse caso, o *quantum* de redução ou de aumento está expresso no Código Penal e a doutrina majoritária entende que tais oscilantes podem conduzir a pena abaixo do mínimo legal ou acima do máximo.

#### **4.2 Hipóteses de inserção da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro**

Da análise dos dispositivos legais do Código Penal Brasileiro é possível concluir que existem possibilidades que poderiam ser exploradas pelo legislador pátrio com a finalidade de positivar a coculpabilidade.

Nessa ordem de ideias, Grégore Moura (2014o) propõe quatro hipóteses de positivação da coculpabilidade, quais sejam:

As opções de positivação da co-culpabilidade seriam: como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no artigo 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal. (MOURA, 2014p, p. 127).

A primeira hipótese de positivação da coculpabilidade seria a sua inserção no rol das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Referida teoria seria, então, utilizada para o cálculo da pena-base na primeira fase de individualização da pena. Contudo, para Grégore Moura (2014q), tal proposta, a qual é adotada no anteprojeto de reforma do novo Código, não seria a mais adequada, pois as circunstâncias judiciais não podem levar a pena aquém do mínimo legal.

A segunda hipótese de positivação da coculpabilidade seria a sua inserção no artigo 65 do Código Penal, ou seja, como atenuante genérica expressa. Para Grégore Moura (2014r), a previsão de mais uma alínea no inciso III, do artigo 65 do Código Penal reforçaria a necessidade de aplicação da referida teoria. No entanto, tal hipótese também não seria a mais eficaz em virtude do posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que as atenuantes não podem conduzir a pena aquém do mínimo legal.

A terceira forma na qual a teoria objeto deste estudo poderia ser inserida no Código

Penal refere-se à inclusão de um parágrafo no artigo 29 do Código Penal, o qual, na visão de Grégoire Moura, deveria expor:

Se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido. (MOURA, 2014s, p. 128).

Na visão de Grégoire Moura (2014t), esta é a melhor hipótese de posituação da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro, pois possibilitaria a redução da pena abaixo do mínimo legal, gerando maior eficácia da individualização da pena.

A última hipótese trazida por Grégoire Moura (2014u) refere-se à posituação da coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade quando constatado que a situação de extrema hipossuficiência socioeconômica do agente é culpa exclusiva da inadimplência do ente estatal. Nesse caso, seria elencada mais uma hipótese de exclusão da culpabilidade no Código Penal, ou seja, “seria uma nova espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento, não surgindo daí direito a ser tutelado.” (MOURA, 2014v, p. 130).

### 4.3 A coculpabilidade como atenuante genérica inominada

Pelo exposto no tópico anterior, verifica-se que as hipóteses de inserção da coculpabilidade apresentadas por Grégore Moreira de Moura (2014a) estão todas ligadas à positivação da referida teoria. Não obstante, será analisada neste momento a proposta de aplicação da coculpabilidade apresentada por Zaffaroni e Pierangeli (2013c), os quais compreendem que a referida teoria já encontra amparo no Código Penal vigente sendo, portanto, prescindível a sua positivação para fins de aplicação aos casos concretos.

Uma vez que já demonstrada a ligação entre a coculpabilidade e a Constituição de 1988, cumpre analisar a sua compatibilidade com o Processo Penal democrático, bem como com o Direito Penal material vigente, a fim de demonstrar que através de uma interpretação harmônica do ordenamento jurídico em vigor, é possível inferir, tal como defendido por Zaffaroni e Pierangeli (2013d), que a aplicação da coculpabilidade já encontra amparo no Código Penal Brasileiro.

Vejamos então o que dispõe o artigo 187, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. §1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce sua profissão, 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. (BRASIL, 2014c, p. 634).

De acordo com Grégore Moura (2014b), da análise do referido dispositivo é possível concluir que o Direito Processual Penal reconhece a coculpabilidade, pois o artigo em comento determina que na primeira parte do interrogatório, relativo à pessoa do acusado, deverá haver questionamento acerca dos meios de vida ou profissão, oportunidades sociais e outros dados familiares e sociais.

Referido dispositivo legal retrata exatamente o defendido pela teoria da coculpabilidade, ao frisar a relevância da análise das questões sociais no momento da instrução probatória. Isso permitirá que o juiz reconheça em determinados casos concretos as condições de hipossuficiência socioeconômica do acusado, para fins de analisar se essas condições o influenciaram de alguma forma no cometimento do delito. É o que propõe a teoria da coculpabilidade.

Por outro lado, verifica-se que Zaffaroni e Pierangeli (2013e) defendem que o artigo 66 do Código Penal permite a aplicação da coculpabilidade. Referido dispositivo trata das atenuantes inominadas, como já analisado anteriormente, dispondo que “a pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL, 2014b, p. 567).

Dessa forma, o artigo 66 do Código Penal permite ao juiz analisar as minúcias de cada caso e considerar no momento de aplicação da pena, circunstâncias atenuantes e relevantes que ensejam menor juízo de reprovação sob a conduta do agente, ainda que tais circunstâncias não estejam expressamente previstas em lei. É dizer: referido dispositivo confere um “caráter enunciativo às atenuantes, deixando aberto o seu catálogo para outras possibilidades, que podem fundar-se na menor culpabilidade, no menor conteúdo do injusto do fato, e, inclusive, em considerações político-criminais.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013f, p. 744).

Assim sendo, tem-se que o artigo 66 do Código Penal confere ao julgador a possibilidade/dever de reconhecer, no momento de aplicação da pena, circunstâncias atenuantes não elencadas pelo legislador o que possibilitará uma pena mais ajustada à culpabilidade do autor.

A coculpabilidade, por sua vez, reconhece que as carências sociais, os distintos graus de autonomia, de espaço social, de instrução, ou seja, as desigualdades socioeconômicas existentes no país segregam as pessoas, permitindo a alguns gozar de direitos e oportunidades sonegados a outros. Diante disso, algumas pessoas terão maior probabilidade/possibilidade de agir dentro dos padrões de legalidade previstos do que outras. Além disso, a vulnerabilidade socioeconômica do agente pode diminuir o seu âmbito de determinação e influenciar na prática do delito. Tudo isso deve ser levado em conta no momento da aplicação da pena. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013g, p. 745).

É neste sentido que Zaffaroni e Pierangeli (2013h) defendem que a coculpabilidade se encaixa perfeitamente nas disposições do artigo 66 do Código Penal, na medida em que a sonegação de direitos fundamentais ao cidadão pode ser considerada causa relevante anterior ao crime, quando demonstrado o nexos existente entre essa sonegação e o delito cometido.

#### **4.4 Jurisprudência**

No presente tópico serão abordadas decisões provenientes dos Tribunais de Justiça brasileiros, os quais conferem tratamento diverso à coculpabilidade.

Registre-se que são poucas as decisões que abordam o tema, tendo em vista a falta de um estudo aprofundado da referida teoria no Direito Penal Brasileiro. Além disso, as escassas decisões existentes apresentam pouca fundamentação.

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem-se o seguinte julgamento:

ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE.-  
(...) O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu. - Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante. (CARVALHO, 2006, p. 75).

Neste caso, a coculpabilidade foi acolhida na primeira fase de aplicação da pena, quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. No referido caso concreto, o agente que possuía 19 anos na data dos fatos foi condenado pela prática de roubo de tênis, camiseta, relógio e boné.

Para fins de acolhimento da coculpabilidade foi levada em consideração a vulnerabilidade socioeconômica do agente, bem como as desigualdades existentes no país, as quais, ao mesmo tempo em que marginalizam grande parcela da população, estimulam um consumismo exacerbado, mesmo para aqueles excluídos do processo de consumo.

Assim, reconheceu-se no julgado supracitado que ao lado do agente culpado, existe uma responsabilidade com a qual a sociedade também deve arcar, na medida em que sonega possibilidades a certo grupo de pessoas marginalizadas, ao passo que as confere a outras. (CARVALHO, 2006).

Por outro lado, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não acolheu a coculpabilidade:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENUANTE GENÉRICA. CO-CULPABILIDADE INADMISSIBILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. (...) 2- Sem ignorar as reais desigualdades sócio-culturais existentes no país, reconhecendo o crime como fato social que é, não há como minorar a situação do agente pelo reconhecimento da atenuante genérica da coculpabilidade, pois as desigualdades existentes em nosso país não podem servir de justificativa para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes. (...) Recursos parcialmente providos. (MOURA, 2014c, p. 124).

Conforme se depreende do julgado acima, a coculpabilidade não foi aplicada sob o fundamento de que a desigualdade socioeconômica existente no país não pode servir de justificativa para estimular a criminalidade e, assim, justificar a prática de infrações por

cidadãos marginalizados.

Tal entendimento, porém, não procede. Primeiro, por desconsiderar que a coculpabilidade jamais servirá para estimular a impunidade, pois a proposta é minorar o juízo de reprovação que recaía sobre a conduta do agente, o qual deverá, sim, cumprir uma pena pelo fato praticado, porém uma pena individualizada. Segundo, por desconsiderar o fato de que o crime é fruto do meio social e que muitas vezes as desigualdades sociais existentes, apesar de não justificarem a prática de um delito, aliadas à sonegação de direitos e garantias fundamentais, estimulam o agente a se engendrar nos caminhos desviantes da criminalidade, pois diminuem o seu âmbito de determinação. E tudo isso deve ser levado em conta no momento de aplicação da sanção penal em atenção ao princípio da individualização da pena.

As duas decisões supracitadas representam um pouco da grande divergência existente nos Tribunais de Justiça dos Estados no que tange à aplicação da coculpabilidade.

No entanto, o que se observa é que a maioria dos Tribunais de Justiça, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Minas Gerais, deixam de aplicar a coculpabilidade sob o argumento de que a teoria não possui previsão legal. Todavia, como já visto no decorrer deste trabalho, a coculpabilidade está implícita no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que efetiva a concretização de princípios constitucionais explícitos no texto constitucional, tais como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a individualização da pena.

Sendo assim, é prescindível a positivação da coculpabilidade para fins de sua aplicação no Direito Penal Brasileiro.

#### **4.5 A coculpabilidade às avessas no Brasil**

Apesar do ordenamento jurídico vigente possibilitar a aplicação da teoria da coculpabilidade, o que se observa na atualidade é que lamentavelmente a situação de vulnerabilidade socioeconômica da pessoa, além de não servir de base para a diminuição de sua pena, muitas vezes acaba por agravar a sua situação.

Atento a essa realidade, Grégore Moura (2014d) percebeu que a manifestação da “coculpabilidade às avessas” pode ocorrer de três formas na legislação, quais sejam: através da tipificação de condutas dirigidas às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica, ou seja, à camada mais pobre, abandonada e marginalizada da sociedade; aplicando penas mais leves à classe que detém o poder econômico; bem como na medida em que se utiliza a coculpabilidade para aumentar a reprovação social e penal.

O primeiro caso ocorre quando o legislador cria infrações penais que estão diretamente ligadas às classes sociais mais pobres. É uma forma de manifestação da seletividade do Direito Penal, o qual segue determinados valores que, embora implicitamente, são ditados pela classe dominante. É dizer: “Não cabe dúvida de que toda lei responde em certa medida a uma ideologia, porque não pode deixar de obedecer a um certo sistema de ideias.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 172).

Grégore Moura (2014e) exemplifica essa situação lembrando as disposições dos artigos 59 e 60 (este revogado pela Lei nº 11.983 de 2009) da Lei de Contravenções Penais ou Decreto-Lei 3688 de 1941.

O artigo 59 do referido Decreto-Lei prevê a contravenção de vadiagem, *in verbis*: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita.” (BRASIL, 2014e, p. 1282). Já o artigo 60, revogado pela Lei nº 11.983 de 2009, do mesmo diploma legal punia a conduta de mendigar, por ociosidade ou cupidez.

Os dispositivos supracitados demonstram claramente a tipificação de condutas notadamente dirigidas às pessoas marginalizadas, demonstrando os resquícios do odioso Direito Penal do autor, além de contribuir para o fomento da seletividade do Direito Penal. (MOURA, 2014f).

Além disso, a criminalização da vadiagem e da mendicância é uma forma de positivar a exclusão social, sendo óbice à efetivação da coculpabilidade na medida em que demonstra a figura de um Estado que além de se omitir no cumprimento de seus deveres constitucionais, deixando de assumir a sua parcela de responsabilidade para com o cidadão, ainda cria o estereótipo do bandido: pessoa pobre e marginalizada. (MOURA, 2014g).

A segunda forma de manifestação da coculpabilidade às avessas na legislação brasileira está na aplicação de penas mais leves aos detentores do poder econômico.

A título de exemplo, Grégore Moura (2014h) observa a existência de uma disparidade de tratamento entre os crimes comuns e crimes tributários, sendo os primeiros por ele denominados “crimes ruins” e os segundos, “crimes bons”.

No tocante à reparação do dano para os denominados “crimes ruins”, há duas previsões legais na parte geral do Código Penal, nos artigos 16 e 65, III, b. Já em relação aos chamados “crimes bons”, a legislação traz as melhores regalias, como o caso do artigo 168-A do Código Penal ou o caso da Lei 9249/45. (MOURA, 2014i).

Assim, caso uma pessoa pratique um crime de furto simples, “crime ruim”, a reparação do dano configura apenas causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal



ou atenuante genérica prevista no artigo 65, III, b, do mesmo diploma legal. Contudo, caso uma pessoa pratique um “crime bom” como o de apropriação indébita previdenciária, artigo 168-A do Código Penal, ou ainda um crime tributário, a consequência da reparação do dano será a extinção da punibilidade do agente.

Ora, qual a razão para justificar o fato de que aquele que comete um furto simples e repara o dano tenha apenas a sua pena diminuída, ao passo que aquele que se apropria de recurso da previdência social ou pratique um crime tributário, e repare o dano, seja beneficiado com a extinção da punibilidade? Por que o legislador traz as maiores regalias para condutas criminosas, em tese, mais gravosas?

Na visão de Grégore Moura (2014j), a resposta das indagações divide-se em três aspectos: “a) desrespeita-se o princípio da proporcionalidade; b) perpetua-se a discriminação social e econômica mediante a discriminação legal em afronta direta à igualdade material; c) consagra-se o princípio da co-culpabilidade às avessas.” (MOURA, 2014k, p. 137).

Contudo, *data venia*, ao que parece as indagações realizadas acima somente parecem ser respondidas quando se considera a predileção do legislador pelas classes sociais mais favorecidas, das quais ele faz parte.

A terceira forma de manifestação da coculpabilidade às avessas ocorre quando se utiliza a referida teoria para aumentar a reprovabilidade social e penal do agente. Ou seja, utiliza-se a coculpabilidade como forma de agravar a situação daqueles que embora estivessem incluídos socioeconomicamente, ainda assim praticam infrações penais.

Neste caso, a aplicação da coculpabilidade às avessas consistiria em observar o outro lado da moeda: “quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social.” (MOURA, 2014l, p. 71).

Para Grégore Moura (2014m), no Brasil existem dispositivos que tratam indiretamente dessa forma de coculpabilidade às avessas, como no caso dos artigos 76, IV, a, da Lei nº 8.078/90 e do artigo 4º, §2º, a, da Lei nº 1.521/51. Tais dispositivos estabelecem como circunstância agravante dos crimes tipificados nas referidas Leis, o fato do delito ser cometido por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestadamente superior à da vítima (BRASIL, 2014a-g).

Para Grégore Moura (2014n), a coculpabilidade como forma de aumentar a reprovação penal do agente desvirtua as próprias finalidades da referida teoria, pois se o agente está incluído socialmente significa que o Estado está cumprindo a sua obrigação constitucional.

Além disso, a utilização da coculpabilidade como forma de agravar a situação do

agente nada mais é do que uma forma de manifestação do Direito Penal do autor, o qual pune a pessoa pelo que ela é e não pelo fato em si praticado.

Segundo Grégore Moura (2014o), as duas primeiras formas de manifestação da coculpabilidade às avessas, quais sejam, a tipificação de condutas dirigidas à camada mais pobre e aplicação de penas mais leves à classe que detém o poder econômico, são as mais corriqueiras no Brasil.

Tal situação só demonstra o quão seletivo é o Direito Penal Brasileiro, corroborando a forte assertiva de Rogério Greco o qual concluiu que: “O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado.” (GRECO, 2006, p. 155).

Não obstante, deve-se buscar o fim dessa dicotomia: Direito Penal para a camada marginalizada da população e Direito Processual Penal, com todas as suas garantias, para os ricos. Para tanto, é necessário repelir qualquer forma de manifestação da coculpabilidade às avessas e primar para a concretização de um Direito Penal mínimo, democrático e voltado, indistintamente, a todos. É, também, o que propõe a teoria da coculpabilidade.

## **5. CONCLUSÃO**

A coculpabilidade consiste no reconhecimento da parcela de responsabilidade do Estado em virtude de sua inoperância no tocante à efetivação de direitos constitucionais/fundamentais para certos cidadãos, quando demonstrado no caso concreto a relação existente entre essa falha do ente estatal, a situação de vulnerabilidade socioeconômica do indivíduo e o delito cometido, tendo como consequência a diminuição do juízo de reprovação que recaía sobre a conduta do agente.

A coculpabilidade está implícita na Constituição de 1988, na medida em que concretiza princípios constitucionais expressos tais como, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a individualização da pena. Afinal, o reconhecimento dessa teoria implica em dar tratamento diferenciado àqueles hipossuficientes que foram privados do acesso a direitos e garantias fundamentais que todos, indistintamente, deveriam usufruir e que, por isso mesmo, não podem ser reprovados com a mesma intensidade daqueles que tiveram acesso a tais direitos. Concretiza-se, assim, a almejada igualdade material.

No que tange à concretização da dignidade humana, observa-se que a coculpabilidade atenta para o fato de que o acusado também é sujeito de direitos, merecendo ser tratado com

igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, fazendo-nos refletir ainda que o Estado deve cumprir seus deveres constitucionais e buscar mecanismos de efetivação da dignidade humana para beneficiar a todos os cidadãos. Caso contrário, constatada a falha na promoção da dignidade da pessoa humana, a vulnerabilidade socioeconômica e a infração penal cometida, é de rigor o reconhecimento da corresponsabilidade estatal.

No tocante à consolidação da individualização da pena, verifica-se que a aplicação da teoria objeto do estudo possibilita ao julgador analisar as peculiaridades de cada caso concreto, o que garante uma pena ajustada à culpabilidade do autor.

Por outro lado, conforme demonstrado no decorrer desse estudo, além do embasamento constitucional, a coculpabilidade também encontra amparo no Código de Processo Penal Brasileiro, o qual frisa em seu artigo 187, §1º, a relevância da análise das questões sociais para fins de instrução probatória, permitindo ao acusado relatar sobre as oportunidades sociais que lhe foram conferidas, devendo tais fatos serem levados em consideração para fins de aplicação da sanção penal. Tal dispositivo, além de refletir o proposto pela teoria da coculpabilidade, ainda possibilita ao acusado participar da construção do provimento final, o que corrobora os ditames de um Processo Penal democrático.

Com efeito, a aplicação da coculpabilidade apresenta-se plenamente possível no Direito Penal Brasileiro, como circunstância inominada do artigo 66 do Código Penal. Referido dispositivo legal possibilita ao juiz reconhecer circunstância relevante anterior à prática do delito, embora não prevista expressamente em lei, que enseja menor juízo de reprovação sob a conduta do agente. Ora, a sonegação de direitos fundamentais ao cidadão pode e deve ser considerada como causa relevante anterior ao crime, quando demonstrado o nexo existente entre essa sonegação e o delito cometido.

Assim, conclui-se que a teoria da coculpabilidade encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, eis que demonstrado o seu alicerce constitucional, bem como a sua compatibilidade com o Processo Penal democrático e com o Direito Penal. É dizer: através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente é possível inferir que a coculpabilidade pode ser aplicada de imediato no Direito Penal Brasileiro, sendo prescindível a sua positivação.

Diante disso, cai por terra o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de inaplicabilidade da coculpabilidade por ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico, pois, como dito, uma interpretação harmônica e coerente do sistema normativo nos permite concluir pela legitimidade de sua aplicação no Direito Penal Brasileiro.

Aliado a isso, tem-se que a coculpabilidade é instrumento efetivador de um Direito

Penal moderno e garantista, sendo certo que seu reconhecimento concretiza os ditames de um Direito Penal mínimo, democrático, além de ser mecanismo corretor da seletividade do Direito Penal Brasileiro, o qual sempre mostrou a sua faceta mais perversa à camada mais pobre e marginalizada da população.

E, buscando o fim dessa dicotomia: Direito Penal para a camada mais pobre e marginalizada da população e Direito Processual Penal com todas as suas garantias para uma minoria detentora do poder, aproxima-se o cenário atual da sociedade utópica descrita na Constituição Federal de 1988. Afinal, uma sociedade livre, justa e igualitária somente é possível quando todos os cidadãos são considerados, de fato, sujeitos de direitos e deveres perante o Estado, o qual deve tratar a todos com igual respeito e consideração. É, também, o proposto pela teoria da coculpabilidade.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

BRASIL. Código Defesa do Consumidor. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 949-961.

BRASIL. Código Penal. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b. p. 559-608.

BRASIL. Código Processo Penal. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014c. p. 619-682.

BRASIL. Constituição da República. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014d. p. 65-134.

BRASIL. Lei de Contravenções Penais. Decreto-Lei 3688 de 1941. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014e. p. 1277-1282.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei 7.210 de 1984 In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014f. p. 1462-1478.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum Legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014g. p. 1294-1296.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. In: BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio de (Coords). **Vademecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014h. p. 2088.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador, BA:

Juspodivm, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: artigos 1 a 120 do Código Penal. 16. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2014. 809 p. Vol. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. 892p.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2006. 208p.

MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. In: CONPED/UFF (Org.); COSTA, Rodrigo de Souza. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; PIRESET, Wagner Ginotti. (Coords.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: Funjab, 2012. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais/José Emílio MedauarOmmati**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 248p.

PINTO, Simone Matos Rios. O princípio da co-culpabilidade. **Revista Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte, a. 59, n° 185, p. 21-46, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/542/1/D3v1852008.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Co-culpabilidade?**. [20--]. Disponível em:<<http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

SILVA, João Carlos Carvalho da. **Princípio da co-culpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**. Ministério Público do Tocantins, [20--]. Disponível em:<<http://mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/040209043401.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2012. 192 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Vol. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.