UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JÚLIA SILVEIRA

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2013-2019)

Tubarão
2020

JÚLIA SILVEIRA

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2013-2019)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientadora: Prof. Camila Damasceno de Andrade, Me.

Tubarão

2020

JÚLIA SILVEIRA

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2013-2019)

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 29 de junho de 2020.

Camila Damasceno de Andrade

Professora e orientadora Camila Damasceno da Andrade, Me.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Mateus Medeiros Nunes, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Josias Machado Severino, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho à minha mãe, à minha avó, e a toda minha família que, com muito amor e apoio, não mediram esforços para eu conquistar mais um sonho em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Gostaria, primeiramente, de agradecer a Deus, pela dádiva que é minha vida e por todas as oportunidades que Ele coloca em meu caminho.

Em seguida, agradeço imensamente à minha amada mãe, pessoa a quem dedico este trabalho, que lutou todos estes anos para que eu chegasse até aqui, e hoje, graças a ela, estou concretizando mais um sonho em minha vida. Essa vitória não é só minha, é nossa.

Ainda, devo gratidão enorme à minha avó querida, que está sempre ao meu lado, torcendo muito por mim.

Ademais, agradeço ao meu noivo, que presenciou todos meus altos e baixos nesse período e que não me deixou desistir.

Um agradecimento especial ao meu avô José Luiz, falecido há alguns anos, sendo uma das pessoas que mais torcia por mim. Sei que, mesmo de longe, está feliz por tudo que alcancei.

Agradecimento, de forma geral, a todos os meus familiares, meu irmão que sempre esteve comigo, minha irmã, meu padrasto, ao Pedro (meu coelho de estimação), meus tios e tias, todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que esse sonho se concretizasse.

Agradeço a todas as minhas amigas que estiveram comigo durante esta caminhada.

Meus agradecimentos a minha orientadora, Camila Damasceno de Andrade, por toda a dedicação e paciência, como também, por me ajudar na concretização deste trabalho.

Por fim, agradeço também a todos os professores do curso de Direito, que contribuíram para a minha jornada acadêmica.

“Não basta que todos sejam iguais perante a lei. É preciso que a lei seja igual perante todos” (Salvador Allende).

RESUMO

O **objetivo** principal deste trabalho foi analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade. Quanto ao **desenvolvimento metodológico**, desenvolve-se a pesquisa exploratória. Já a abordagem utilizada foi a qualitativa. Quanto à coleta de dados, utilizou-se o método bibliográfico e documental, analisando-se 10 (dez) acórdãos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no prazo temporal de fevereiro de 2013 a setembro de 2019. Os **resultados** obtidos a partir das análises dos acórdãos selecionados acerca do tema apontam que o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação e o reconhecimento do princípio da coculpabilidade, utilizando-se como fundamento que a coculpabilidade serve como verdadeiro prêmio aos agentes que não assumem a sua responsabilidade social. Ademais, que aplicá-lo seria uma formar de estímulo para aqueles que possuem tendência a ter uma vida criminosa, além de ausência de prova da condição de vulnerabilidade, bem como a ausência de previsão legal. Assim, pode-se **concluir**, conforme as decisões analisadas, proferidas nos últimos sete anos, que o Tribunal da Cidadania ainda possui uma grande resistência em reconhecer a coculpabilidade como concretização dos direitos constitucionais, sob a perspectiva dos princípios da igualdade/isonomia, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo jurídico. Ainda, verificou-se que os fundamentos utilizados pelos Ministros se baseiam, unicamente, em negar a aplicação do princípio da coculpabilidade, todavia, sem fundamentar de forma jurídica os reais motivos para não o conhecer.

Palavras-chave: Coculpabilidade; Culpa; Responsabilidade Penal; Jurisprudência.

ABSTRACT

The main **objective** of this work was to analyze the position of the Superior Court of Justice on the application of the co-culpability principle. As for the **methodological development**, develops an exploratory research. A qualitative approach has already been applied. As for data collection, a bibliographic and documentary method was used, analyzing 10 (ten) judgments of the Superior Council of Justice, with a time limit from February 2013 to September 2019. The **results** from the judgments on the theme pointed that the majority positioning of the Superior Court Justice have not admitted the application and the acknowledgment of the principle of co-culpability, using as a basis that co-culpability serves as a real prize for agents who do not assume their social responsibility and which applies to a form of encouragement for those who have a criminal life, in addition to the absence of proof of vulnerability condition, as well as the absence of legal provision. Therefore, it can be **concluded**, according to the decisions analyzed, handed down in the last seven years, that the Citizenship Court still has great resistance in recognizing co-responsibility as the realization of constitutional rights, from the perspective of the principle of isonomy, individualization of the penalty, human dignity and legal pluralism. Still, it was found that the grounds used by the Ministries are based solely on denying the application of the principle of co-culpability, however, without substantiating the legal form or the real reasons for not knowing.

Keywords: Coculpability; Fault; Criminal Responsibility; Jurisprudence

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **10**
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA 10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA 12
1.3 JUSTIFICATIVA 12
1.4 OBJETIVOS 14
1.4.1 Geral **14**
1.4.2 Específicos **14**
1.5 DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO 15
1.6 ESTRUTURAS DOS CAPÍTULOS 16
2 CULPABILIDADE **17**
2.1 CONCEITO 17
2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CULPABILIDADE 18
2.2.1 Teoria psicológica **19**
2.2.2 Teoria psicológica-normativa **20**
2.2.3 Teoria normativa pura ou finalista **21**
2.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE 23
2.3.1 Imputabilidade **23**
2.3.1.1 Doença mental 25
2.3.1.2 Desenvolvimento mental incompleto ou retardado 26
2.3.1.3 Menoridade 27
2.3.1.4 Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior 27
2.3.2 Potencial consciência da ilicitude **29**
2.3.2.1 Erro de proibição evitável e inevitável 29
2.3.2.2 Erro de proibição direto e indireto 30
2.3.3 Exigibilidade de conduta diversa **31**
3 O PRINCÍPIO DA COCULPBALIDADE **33**
3.1 ORIGEM HISTÓRICA 33
3.2 CONCEITO 35
3.3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 38
3.3.1 Princípio da igualdade **38**
3.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana **40**

3.3.3 Princípio da individualização da pena 41
3.3.4 Pluralismo jurídico 43
3.4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS 43
3.5 HIPÓTESES DE INSERÇÃO NO CÓDIGO PENAL ELENCADAS PELA DOUTRINA 46
3.5.1 Circunstância judicial 46
3.5.2 Atenuante genérica ou inominada 49
3.5.3 Causa de diminuição da pena 51
3.5.4 Exclusão da culpabilidade 52
4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 54
4.1 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE 54
4.1.1 Acórdão 1: habeas corpus n° 187.132 – Minas Gerais 55
4.1.2 Acórdão 2: habeas corpus n° 191.662 – Tocantins 56
4.1.3 Acórdão 3: habeas corpus n° 213.482 – São Paulo 57
4.1.4 Acórdão 4: habeas corpus n° 246.811 – Rio de Janeiro 58
4.1.5 Acórdão 5: habeas corpus n° 63.251 – Espírito Santo 60
4.1.6 Acórdão 6: habeas corpus n° 213.481 – São Paulo 61
4.1.7 Acórdão 7: recurso especial n° 1.394.233 – Rio Grande do Norte 62
4.1.8 Acórdão 8: habeas corpus n° 411.243 – Pernambuco 64
4.1.9 Acórdão 9: agravo regimental n° 1.318.170 – Paraná 66
4.1.10 Acórdão 10: agravo regimental n° 1.170.619 – Pernambuco 67
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE 68
5 CONCLUSÃO 73
REFERÊNCIAS 75

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a aplicação do princípio da coculpabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2013 a 2019.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

Os princípios, como define Masson (2017, p. 23), "[...] são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico". Possuem a função de orientar o legislador e aplicador do Direito Penal, no intuito de diminuir a intervenção estatal mediante a imposição de garantias à sociedade.

Segundo Moura (2019, p. 164), o princípio da coculpabilidade reconhece o Estado como corresponsável no cometimento de delitos por indivíduos menos favorecidos, no que diz respeito, principalmente, às condições sociais e econômicas do infrator, o que consequentemente ocasionaria menor reprovação pela sociedade.

No mesmo sentido, Greco (2014, p. 557), em sua obra, conceitua o que seria o referido princípio:

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

Posto isso, importante mencionar que este instituto está previsto implicitamente na Carta Magna de 1988, em decorrência dos princípios da individualização da pena, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como tem relação com o pluralismo jurídico.

Nesta linha, torna-se pertinente conceituar o princípio da individualização da pena, que está previsto no art. 5°, inciso XLVI, da CF, e consiste em determinar a pena ao caso concreto, levando-se em conta que cada indivíduo tem um histórico de vida, o qual deve receber a punição que melhor lhe couber. Assim, o objetivo principal é limitar o poder punitivo estatal, possuindo ligação direta com o princípio da culpabilidade, que reconhece a responsabilidade subjetiva (MOURA, 2019, p. 93).

A coculpabilidade possui o objetivo de reconhecer a vida pessoal do indivíduo e o índice de reprovação social, obtendo uma ligação com o princípio da individualização da pena, visto que materializa a aplicação e execução da pena, considerando as condições sociais e pessoais do agente delinquente (MOURA, 2019, p. 94).

Desta feita, verifica-se que a CF concedeu para todos os cidadãos brasileiros a igualdade jurídica, quando, em seu art. 5°, *caput,* dispõe que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (BRASIL, 1988). Portanto, imprescindível relacionar a coculpabilidade com o referido princípio. Nesta linha, Moura (2019, p. 89) afirma:

> A coculpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem da sua exclusão social e da desigualdade que ela gera. Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da coculpabildade -, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de sua desigualdade, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado.

Portanto, é evidente que não seria suficiente apenas a igualdade jurídica para que fossem supridas todas as desigualdades sociais existentes no país. Conforme Moura (2019, p. 87), uma solução inicial seria alinhada à ideia de tratar de maneira igual os iguais e de forma desigual os desiguais.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se como sendo o dever do Estado em garantir um mínimo existencial para se viver dignamente. Sendo que estes direitos essenciais estão elencados pela Constituição como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos necessitados (GUILHERME, 2019, p. 140).

Logo, deixar de promover qualquer destes direitos sociais a um indivíduo consiste em ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado tem o dever de garantir o bem comum, mediante o cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Com efeito, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que o Estado é fundamental para garantir a inclusão social de todos, possuindo a faculdade de diminuir as desigualdades sociais existentes. Assim, ao deixar de cumprir com esse dever, o Estado deve ser responsabilizado indiretamente, cabendo, então, a aplicação da coculpabilidade (GUILHERME, 2019, p. 141).

Apesar de estar implícito na Constituição Federal de 1988, sabe-se que o princípio da coculpabilidade não está positivado no ordenamento jurídico, fazendo-se necessário entender

como este poderia ser inserido no Código Penal Brasileiro, seja como uma atenuante genérica, ou circunstância judicial, até mesmo como causa de diminuição da pena ou excludente de culpabilidade.

Percebe-se, diante do que foi exposto, que o princípio objeto deste trabalho é algo recente no ordenamento jurídico, não havendo previsão legal, apenas existindo uma escassez de doutrinas que abordam o tema, apesar de já haver doutrinadores que se posicionam sobre a aplicação deste instituto ou como ele poderia ser inserido no Código Penal.

Ainda, sabe-se, por meio de pesquisas realizadas, que não há um entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal acerca do tema, que seja de repercussão geral, uma vez que já houve Tribunais que acolheram a aplicação deste princípio, bem como há outros que não aplicaram.

Logo, considerando que a grande maioria das decisões judiciais que abordam a temática encontra-se no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a problemática a ser enfrentada gira em torno de analisar o posicionamento deste referido Tribunal acerca da aplicação ou afastabilidade do princípio da coculpabilidade, focando em examinar os fundamentos adotados para concedê-lo ou negar o seu provimento.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade entre 2013 a 2019?

1.3 JUSTIFICATIVA

O interesse por este tema surgiu diante do complexo debate jurídico acerca da possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade. Embora os Tribunais Brasileiros venham se posicionando de forma contrária, na maioria dos casos em que se debateu a referida aplicação, utilizando como argumento que a vulnerabilidade social não pode justificar a adoção de crime como meio de vida, bem como a ausência de previsão legal, o tema ainda gera bastante discussões no cotidiano jurídico. Dependendo do posicionamento que cada Tribunal adota, pode vir a ser aplicado, como ocorreu em casos excepcionais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se posicionou pela aplicação do princípio da coculpabilidade na primeira fase de dosimetria da pena.

Além disso, os excessos do poder punitivo estatal, empreendidos pelo judiciário e pelas instâncias legislativas, buscam cada vez mais rigor na punição criminal, propondo mais

sanções e menos direitos. Observa-se que o Estado visa punir quem violou as normas jurídicas, mas, para tanto, viola corriqueiramente os direitos dos seus cidadãos, tornando justificável uma pesquisa que busca analisar o vigente sistema punitivista (TALON, 2017).

Desse modo, busca-se entender o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como da doutrina, sugerindo, ao final, um modo de interpretação que procura compreender os fundamentos adotados pelo Tribunal e contrapor com os argumentos trazidos pela doutrina, possibilitando que os aplicadores do Direito tenham uma maior compreensão quanto ao tema, auxiliando-os no exercício diário de suas respectivas funções.

Neste sentido, torna-se imprescindível formular os seguintes questionamentos, os quais servirão de norte para esta pesquisa, quais sejam: Qual o entendimento da doutrina acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, seja por meio de atenuante genérica ou circunstância judicial? Qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade? Quais os fundamentos jurídicos que reconheceram a possibilidade de aplicação? Quais os fundamentos que afastaram a aplicação do referido instituto perante a análise da jurisprudência?

Tais questionamentos são de complexa controvérsia jurídica e doutrinária, visto ser um tema que não possui previsão legal expressa e é pouco abordado na doutrina brasileira, a qual vem, ao longo dos anos, enfrentando um grande conflito quanto a sua aplicação.

Desse modo, justifica-se esta pesquisa em função da relevância para o meio acadêmico e profissional, uma vez que possibilitará conhecer o posicionamento e os argumentos mais utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, o que poderá acarretar muitos reflexos na sociedade, e também, no meio processual penal no que diz respeito à aplicação deste princípio.

Realizou-se busca nas bases de dados disponíveis no meio acadêmico visando encontrar trabalhos correlatos ao que será pesquisado.

Nesse sentido, pesquisou-se na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), utilizando como filtro a expressão “Princípio da Coculpabilidade” e “Co-culpabilidade” tendo obtido 2 (dois) resultados acerca da temática, e também, pesquisou-se no Portal de Periódicos CAPES, tendo obtido também 2 (dois) resultados. Entretanto, em nenhuma destas teses havia o mesmo objetivo que o presente trabalho, que é a análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se expõe a seguir.

Uma das teses encontradas, de autoria de Mota (2013), da Universidade Federal da Bahia, possui o título: “A coculpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa”, que teve como objetivo

analisar o conceito de coculpabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro e suas possibilidades de positivação a partir de uma análise criminológica. Já a segunda tese resultado da pesquisa, realizada por Zanotello (2013) na Universidade de São Paulo, intitulada "A coculpabilidade no Estado Democrático de Direito", e por objetivo geral analisar o alcance de referido princípio e sua aptidão de atenuar ou mesmo excluir a pena, situando-o na Teoria do Delito como mecanismo eficaz para a concreção do Direito Penal mínimo.

Por fim, na base de dados da CAPES, os dois títulos encontrados são: "A coculpabilidade e a responsabilização do Estado", de Gaspar (2014), do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, que tinha como objetivo geral analisar a parcela de responsabilidade do Estado no cometimento de determinados crimes praticados por sujeitos marginalizados socialmente, e "O bullying e o princípio da coculpabilidade" realizado por Nascimento (2012), que tinha como objetivo apresentar o comportamento do bullying como produto de uma negligência do Estado e da sociedade com essas situações, buscando respaldo na teoria da coculpabilidade.

Já no RIUNI, utilizando-se do filtro "co-culpabilidade" e "coculpabilidade", foram encontrados diversos trabalhos de conclusão de curso, bem como teses e dissertações acerca da temática "culpabilidade", mas nenhum sendo relacionado ao princípio pertinente a este trabalho.

Portanto, é justificável uma pesquisa que tenha como objetivo analisar a aplicação do princípio da coculpabilidade e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, visto que este assunto é um fator de grande debate jurídico e doutrinário.

1.4 OBJETIVOS

A presente pesquisa possui objetivos geral e específicos, os quais serão apresentados a seguir.

1.4.1 Geral

Analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade entre os anos de 2013 a 2019.

1.4.2 Específicos

Conceituar o instituto atinente à culpabilidade, bem como apresentar seu desenvolvimento histórico, teorias da culpabilidade e os elementos que a compõem.

Demonstrar a origem histórica do princípio da coculpabilidade, seu conceito, abordando a sua ótica constitucional, fazendo relação com os princípios constitucionais que amparam a sua aplicação. Ainda, conceituar o que seria a coculpabilidade às avessas.

Apresentar os entendimentos doutrinários acerca do princípio objeto do estudo e as possibilidades de inserção no Código Penal Brasileiro.

Analisar o entendimento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação desse instituto. E detectar os fundamentos favoráveis ou desfavoráveis utilizados por este tribunal para conceder ou afastar a sua aplicação.

1.5 DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO

O presente projeto desenvolve pesquisa exploratória, uma vez que busca familiarização com o tema abordado. Segundo Marcomim e Leonel (2015, p.12) "[...] visam a aproximar o pesquisador de um problema [...] sobre o qual se tenha pouca familiaridade [...]". Dessa forma, estudando o entendimento da doutrina e o posicionamento da jurisprudência do STJ acerca da temática, possibilitar-se-á o aprofundamento sobre a aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico.

Quanto à abordagem do estudo, caracteriza-se por ser de natureza qualitativa, uma vez que a presente pesquisa busca a análise dos fundamentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que se posicionaram favorável ou desfavoravelmente a referido princípio, não se preocupando em analisar números.

Quanto à coleta de dados, a presente pesquisa será bibliográfica e documental, pois visa analisar e interpretar as variadas fontes teóricas e doutrinárias existentes acerca do tema abordado, utilizando tais fontes para confirmar, confrontar ou enriquecer esta pesquisa. Ademais, a pesquisa será realizada a partir da análise de decisões judiciais que contenham as expressões "Princípio da Coculpabilidade" e "Co-culpabilidade", no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao *corpus,* serão analisados os 10 (dez) acórdãos selecionados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, durante o período compreendido entre fevereiro de 2013 a setembro de 2019, que envolvam o tema abordado, nos quais serão averiguados os fundamentos que concederam ou negaram a aplicação do princípio objeto do estudo. Da pesquisa realizada no prazo temporal estabelecido, foram localizados 13 (treze) acórdãos que

versam sobre o tema, onde foram excluídas da pesquisa as decisões que versem sobre o critério da coculpabilidade às avessas, razão pela qual selecionou-se apenas 10 (dez) acórdãos.

Estabelecendo o procedimento utilizado para a coleta de dados, os dados serão coletados a partir da pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça, bem como em doutrinas pátrias que abordem o tema.

Por fim, sobre o procedimento para análise de dados, considerando o uso da abordagem qualitativa, serão analisadas as seguintes categorias de estudo, conforme o conteúdo das decisões: as decisões desfavoráveis ou favoráveis à aplicação; os fundamentos que afastaram a aplicabilidade do princípio.

1.6 ESTRUTURAS DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho monográfico está estruturado em cinco capítulos, sendo este primeiro o introdutório.

No segundo capítulo, abordam-se aspectos acerca da culpabilidade, conceituando-a, analisando seu desenvolvimento histórico e apresentando as teorias da culpabilidade, bem como, discorrendo-se acerca dos elementos da culpabilidade.

No terceiro capítulo, apresenta-se o conceito do princípio da coculpabilidade, sua origem e o embasamento constitucional para a sua aplicação. Além disso, detalham-se os princípios constitucionais que dão substrato a este instituto. Ainda, identifica-se o que seria a coculpabilidade às avessas. E por fim, analisa-se o entendimento doutrinário, bem como, busca-se as hipóteses de inserção deste princípio no Código Penal trazidas pela doutrina.

No quarto capítulo, analisa-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, mediante a apresentação dos fundamentos utilizados nas decisões para acolher ou negar a aplicação do princípio supramencionado.

Por fim, no último capítulo, serão apresentadas as conclusões atingidas após o estudo realizado.

2 CULPABILIDADE

Neste primeiro capítulo de desenvolvimento, abordam-se os aspectos acerca da culpabilidade, conceituando-a, analisando seu desenvolvimento histórico e apresentando as teorias da culpabilidade. Por fim, discorre-se sobre os elementos da culpabilidade.

2.1 CONCEITO

A culpabilidade, como dispõe Urzúa (1992 *apud* GRECO, 2014, p. 379), é a reprovação do fato típico e ilícito, perpetrada por um agente que poderia ter se submetido, na situação concreta, às determinações e proibições de direito, mas não o fez.

Deve ser um juízo de censura direcionado à conduta perpetrada por um indivíduo imputável, que tem potencial consciência da ilicitude e, dentro do seu livre-arbítrio, perfeitamente verificável, escolhe praticar um delito sem qualquer motivo justificável para tanto (NUCCI, 2014, p. 239).

Neste sentido, a culpabilidade como um juízo de reprovação tem por objeto o tipo do injusto, como fundamento a imputabilidade, o conhecimento do injusto e a exigibilidade de conduta diversa, conforme dispõe Santos (2014, p. 277):

> Tem por objeto o tipo de injusto, e por fundamento: a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber (e controlar) o que faz, excluída ou reduzida em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes; b) o conhecimento do injusto, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz, excluído ou reduzido em casos de erro de proibição; c) a exigibilidade de conduta diversa, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação do poder de não fazer o que fez, excluído ou reduzido nas situações de exculpação.

Observa-se, assim, que culpabilidade é fundamento e limite da pena, inserida no conceito de crime. Dessa forma, se presente a culpabilidade, guarnece a razão de aplicar a pena, uma vez que o crime é o fato típico e antijurídico, digno de uma sanção, tendo em vista que a norma incriminadora é composta pela descrição de uma conduta, seguida de uma pena (NUCCI, 2014, p. 452).

Imperioso ressaltar que há doutrinadores que determinam a culpabilidade como sendo um mero pressuposto da pena, mas diante do que foi demonstrando acima, verifica-se inaceitável desmembrar a pena da conduta, alegando-se que uma existe sem a outra, no contexto do crime. Pois, a tipicidade e antijuridicidade, sem a culpabilidade presente, não é

uma infração penal, podendo dar existência a um ilícito de outra natureza. Sem a censura da conduta, deixa de existir o crime (NUCCI, 2020, p. 452).

Ainda nesse sentindo, sabe-se que qualquer elemento ou requisito de crime são pressupostos da pena, desde a tipicidade até as condições objetivas de punibilidade, e não há por que separar a culpabilidade como único pressuposto da pena. Por isso, propor culpabilidade como mero pressuposto, confunde crime com *tipo de injusto* que, em conjunto com a culpabilidade, constitui o conceito de fato punível, na contemporânea teoria do Direito Penal (JESUS, 1999, *apud* SANTOS, 2014, p. 275).

Assim entendida, verifica-se que há um triplo sentido no conceito de culpabilidade, conforme explica Cezar Bitencourt (2012, p. 28):

> Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a consequente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.

Nesta linha, o conceito de culpabilidade foi bastante modificado ao longo dos anos, desde o período primitivo até os tempos atuais, sendo criadas diversas teorias com objetivo de conceituar e estruturar o que seria a culpabilidade. Logo, torna-se importante explicar esse desenvolvimento histórico, conforme a Teoria Psicológica, Teoria Psicológica-Normativa e Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CULPABILIDADE

Considerando o desenvolvimento histórico da culpabilidade, destacam-se as mais importantes teorias que formularam e estruturaram o conceito de culpabilidade nos tempos atuais, conforme segue.

2.2.1 Teoria psicológica

Concebida em meados do século XIX, a Teoria Psicológica foi desenvolvida por Von Liszt e Beling, amparada no sistema naturalista ou causal da ação, e definia a culpabilidade como sendo um vínculo psicológico que se estabelece entre o indivíduo e o fato por ele praticado, ou seja, a ação e o resultado, por meio do elemento subjetivo, dolo e culpa (CAPEZ, 2018, p. 408).

Conforme a visão analítica do delito, Liszt e Beling o dividiam em dois pontos: um externo e o outro interno. O externo, sendo a ação típica e ilícita, e o interno, concernente à culpabilidade. Obtendo-se, assim, as características do delito, como sendo fato típico, antijurídico e culpável (GRECO, 2014, p. 383).

De acordo com Von Liszt (1889, *apud* GREGO, 2014, p. 382):

> Ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado; Destarte são dados os dois elementos, de que se compõem a ideia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado.

Já o *tipo*, segundo a teoria de Beling, possuía a função principal de descrever objetivamente as condutas e prever seus resultados. Por sua vez, o conceito de antijuricidade, criado por Von Lhering, caracterizava-se exclusivamente por comprovar que a ação do agente contrariava a lei. Não havia questionamento sobre o elemento subjetivo do crime, já que possuía natureza objetiva (GREGO, 2014, p. 382, grifo no original).

Ainda segundo essa teoria, a imputabilidade era requisito necessário para se analisar a culpabilidade, logo, antes de aferir o dolo ou a culpa, tornava-se necessário verificar se o indivíduo era capaz de responder penalmente pelos seus atos.

Posto isso, conforme descreve Tavares (1980, *apud* GUILHERME, 2019, p. 30), a culpabilidade tinha como fulcro o dolo e a culpa, contemplados por um vínculo psicológico, que liga o agente ao fato, e a imputabilidade sendo pressuposto, que deveria estar presente na ação.

Por fim, observa-se que esta teoria conceitua a culpabilidade como aspecto subjetivo do tipo, eliminando da teoria do delito todo o aspecto normativo, no que concerne à reprovação do autor. Fato este que encaixa a teoria psicológica a um esquema filosófico de

caráter positivista sociológico, uma vez que a discussão sobre a autodeterminação do agente não assume qualquer relevância (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 454).

2.2.2 Teoria psicológica-normativa

A Teoria Psicológica-Normativa da culpabilidade, surgiu em 1907, e foi concebida por Reinhard Frank. Além dos requisitos de dolo ou culpa e imputabilidade, essa teoria buscava uma explicação para as condutas dolosas não culpáveis. Assim, a culpabilidade passou a constituir-se por três pressupostos, quais sejam: dolo ou culpa, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa (CAPEZ, 2018, p. 409).

Essa concepção define a culpabilidade como um fato que se encontra fora do sujeito, isto é, não sendo mais um liame entre o sujeito e o fato por ele praticado, mas como um juízo de valoração a respeito deste. Diferente do que se demonstra na teoria psicológica, o agente passa a ser o objeto de um juízo de culpabilidade (DONNA, 2002 *apud* GUILHERME, 2019, p. 35).

Segundo Greco (2014, p. 385), para que o indivíduo sofresse uma sanção pelo injusto praticado, não bastava o dolo ou culpa, mas sim, que na situação em que o agente se encontrava, podia ser exigido dele uma conduta diversa daquela praticada, ou seja, conforme a lei.

Ainda sobre as modificações trazidas por esta teoria, o dolo passou a ter, além do elemento subjetivo, também a modalidade normativa. Partindo disso, Capez (2018, p. 409) orienta:

> O dolo era normativo, tendo em seu conteúdo a consciência atual da ilicitude, ou seja, o conhecimento de que a ação ou omissão é injusta aos olhos da coletividade. O dolo, portanto, era constituído pela consciência, vontade e consciência da ilicitude. Assim, se acaso o agente tivesse a consciência e a vontade de realizar uma conduta, mas não soubesse que, aos olhos da coletividade, ela era tida como injusta, não poderia ser responsabilizado. Algo parecido com uma pessoa que conviveu toda a sua existência com traficantes de drogas e, por essa razão, vende cocaína como se fosse uma mercadoria qualquer. Para essa teoria, não há dolo nessa conduta.
> Em síntese, só haverá culpabilidade se: o agente for imputável; dele for exigível conduta diversa; houver culpa. Ou se: o agente for imputável; dele for exigível conduta diversa; tiver vontade de praticar um fato, tendo consciência de que este contraria o ordenamento jurídico.

Logo, observa-se uma modificação quanto ao conceito de dolo, incluindo-se os elementos intencionais, que é a vontade de praticar uma determinada conduta, e a potencial consciência da ilicitude, sendo a grande mudança trazida por essa teoria, uma vez que deixa

de relacionar o caráter psicológico e traz um elemento normativo, que é a capacidade de o agente conhecer o caráter ilícito de sua conduta (PEREIRA; NITÃO, 2018).

Nesta linha, verifica-se que o conceito normativo de delito modifica o sistema causal-naturalista em vários pontos, conforme enumera Aguado (1998, *apud* GRECO, 2014, p. 385):

> a) A ação deixa de ser absolutamente natural para ser inspirada em um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como da omissão;
> b) A tipicidade foi profundamente afetada pelo descobrimento de elementos normativos – que rompiam com uma concepção meramente descritiva e não valorativa da mesma – e de elementos subjetivos que deviam ser incluídos no tipo – ânimo de lucro, ânimo de injuriar etc.;
> c) Percebeu-se que o conteúdo meramente formal atribuído à antijuricidade – oposição à norma, contradição ao direito – era insuficiente para fundamentar a intervenção penal. Junto a esse juízo de desvalor objetivo de caráter formal, a antijuridicidade passa a conter um juízo de desvalor material. O conteúdo material da antijuridicidade consistente na sua danosidade social;
> d) Foram revistas as relações entre tipicidade e antijuridicidade. A partir de agora, a tipicidade deixa de ser mero indício de antijuridicidade (teoria da *ratio congnoscendi)* e passa a ser uma razão de existência (teoria da *ratio essendi)*;
> e) Abandona-se o insuficiente conceito psicológico da teoria clássica e adota-se um conceito normativo. A Reprovabilidade como juízo de desaprovação jurídica do ato que recai sobre o autor se converte na base do sistema (grifos no original).

Por fim, observa-se que a ideia de associar a pena ao cometimento de um fato passível de censura representou um grande avanço, sendo considerada uma evolução teórica no sistema causal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 429).

2.2.3 Teoria normativa pura ou finalista

Surgiu na década de 1930, tendo como fundador Hans Welzel, após a publicação de sua obra "Causalidade e Ação", quando atestou que o dolo não podia permanecer dentro do juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem o seu elemento característico principal, que seria a finalidade (GRECO, 2014, p. 386).

O conceito normativo de culpabilidade passou a se caracterizar da seguinte forma, nos termos em que elenca Santos (2014, p. 279):

> a) capacidade de culpabilidade;
> b) conhecimento real ou possível do injusto;
> c) exigibilidade de comportamento conforme a norma. A universalidade dessa estrutura do conceito não é gratuita: define culpabilidade como reprovação de um sujeito imputável (o sujeito pode saber {e controlar} o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito sabe, realmente, o que faz) e em condições

> de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz), um tipo de injusto.

Conforme destacou Aguado (1998, *apud* GRECO, 2014, p. 386), "Welzel abandonou o pensamento abstrato e logicista próprio da teoria neoclássica para investigar a essência real da ação humana". Deu outra direção ao conceito de ação, de um ponto de vista ontológico, buscando estruturas reais do ser. A ação passou a ser vista como um puro ato voluntário que venha causar uma alteração no mundo exterior (GRECO, 2014, p. 387).

A conduta, na visão dessa teoria, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Portanto, ao agir, o ser humano possui um fim, no qual é analisado, desde logo, sob o aspecto doloso ou culposo. Dessa forma, para tipificar uma conduta, sabendo-se, desde já, a finalidade da ação ou da omissão, pode-se adentrar na análise do dolo ou da culpa, que se situam, pois, na tipicidade, e não na culpabilidade (NUCCI, 2020, p. 447).

Torna-se importante, para compreensão da culpabilidade na teoria normativa pura, entender o conceito finalista de ação adotado pelo maior defensor dessa teoria, Hans Welzel (1987, *apud* GRECO, 2014, p. 387):

> ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer "final", não somente "causal". A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dito em forma gráfica – vidente, a causalidade, cega.

Desse modo, a conduta humana sempre virá acompanhada de uma finalidade, seja ilícita ou lícita. Em razão dessa premissa, o dolo não poderia mais ser analisado em sede de culpabilidade. O dono finalista é natural. A ação passou a ser um elemento subjetivo. Ou seja, é por meio da ação que se verifica a finalidade do indivíduo. Portanto, encaixar a conduta ao que dispõe na lei (tipo penal) somente pode acontecer se for possível observar o propósito do agente (GRECO, 2014, p. 388).

Posto isso, a culpabilidade não é mais um elemento psicológico, uma vez que o dolo e a culpa passaram para o plano de tipicidade, havendo o entendimento de que toda a ação

humana é redigida por um propósito. Foi a partir de então, que a culpabilidade tornou-se puramente normativa (GUILHERME, 2019, p. 39).

Nessa teoria, para a potencial consciência da ilicitude basta que tivesse o agente, na situação real, a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado, com base em um juízo comum. Assim, com a adoção do finalismo, o conceito analítico de crime passou a ser composto por fato típico – que compreende a conduta (dolo ou culpa), o resultado naturalístico, a relação de causalidade e a tipicidade – pela ilicitude e pela culpabilidade, sendo esta constituída pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (MASSON, 2015, p. 544).

Extrai-se, ainda, que a teoria finalista se subdivide em teoria limitada e teoria extrema da culpabilidade, que possuem características bem parecidas, salvo no tocante à natureza das descriminantes putativas. Veja-se:

> De acordo com a teoria limitada, adotada pelo Código Penal, tais excludentes podem constituir erro do tipo (art. 20, §1°) ou erro de proibição (art. 21), conforme o erro do sujeito recaia, respectivamente, sobre a má compreensão da realidade ou sobre os limites normativos de uma causa de justificação. Fala-se, então, sob tal perspectiva, em: descriminante putativa por erro do tipo (ex.: o indivíduo confunde a abordagem súbita de um velho conhecido, que o encontra na rua, com atitude de um assaltante prestes a roubá-lo e o golpeia antes que se aproxime definitivamente, supondo que está repelindo a agressão injusta e iminente); descriminante putativa por erro de proibição. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 430).

Por fim, a teoria extrema da culpabilidade, por outro lado, recomenda que as descriminantes putativas devem sempre ser tratadas segundo os princípios do erro de proibição (art. 21) e, portanto, sob o prisma da culpabilidade (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 430).

De acordo com o Código Penal Brasileiro, a culpabilidade se compõe dos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

2.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Como exposto acima, a culpabilidade é composta por três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

2.3.1 Imputabilidade

Imputabilidade é a capacidade mental do agente de compreender o caráter ilícito da conduta praticada e de se determinar de acordo com esse entendimento. Deve, quem o praticou, possuir condições físicas, psicológicas, morais e mentais de entender o caráter antijurídico de sua ação. Além disso, deve ter plenas condições de controle sobre a sua vontade (CAPEZ, 2018, p. 441-442).

O Código Penal se limitou a elencar as hipóteses que conduziriam à inimputabilidade penal, quais sejam: por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26), embriaguez completa e voluntária (art. 28, §1°), a menoridade (art. 27), e dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas (art. 45, Lei 11.343/03).

Dessa forma, importante destacar que a imputabilidade possui dois aspectos, intelectivo e volitivo, conforme explica Masson (2015, p. 555) para o qual:

> A imputabilidade penal depende de dois elementos: (1) intelectivo: é a integridade biopsiquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) volitivo: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento. Esses elementos devem estar simultaneamente presentes, pois, na falta de um deles, o sujeito será tratado como inimputável.

Neste sentido, a capacidade de culpabilidade se demonstra em dois momentos, um cognoscível ou intelectual, e o outro de vontade ou volitivo, ou seja, a capacidade de compreensão do ilícito e a determinação da vontade conforme o sentido, determinando que somente ambos conjuntamente constituem capacidade de culpabilidade (CAPEZ, 2018, p. 412).

Conforme o *caput* do art. 26 do Código Penal:

> É isento de penal o agente que, por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Assim, pela redação do artigo supracitado, verifica-se que o Código adotou dois critérios para concluir pela imputabilidade do agente, quais são, a existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo; a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

Diante disso, observa-se, ainda, que para aferição da imputabilidade, o Código adotou mais três critérios, a saber, o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

O critério biológico consiste na presença de uma doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, independentemente de o agente, no caso concreto, ter se mostrado lúcido ao tempo da prática da conduta para entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento (MASSON, 2015, p. 556). Isso ocorre no caso de um indivíduo menor de 18 anos, pouco importando saber se a idade influenciou na capacidade do entendimento ou autodeterminação, uma vez que a lei dita que será inimputável pelo simples fato de não ter atingido a maioridade (fato biológico). Trata-se da inimputabilidade presumida.

Por sua vez, o critério psicológico se baseia na aferição de saber se o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme esse entendimento (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 433).

O sistema psicológico não se preocupa em aferir se há alguma deficiência mental, já que declara a inimputabilidade se, ao tempo do crime, estava extinta no sujeito, independente da causa, da capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se guiar de acordo com esse entendimento (BITENCOURT, 2012, p. 178).

O último critério o adotado pelo Código Penal é resultado da conjunção dos critérios biológico e psicológico, intitulado de sistema biopsicológico. Considera-se inimputável o agente que, ao tempo da conduta, apresentava uma deficiência mental e, por conta disso, não possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar nos termos desse entendimento. Conclui-se, assim, que o art. 26 do Código Penal adotou este critério como forma de aferir a inimputabilidade penal, sendo excepcionalmente adotado o critério biológico no que diz respeito à menoridade (MASSON, 2015, p. 178).

Neste caso, é possível verificar cinco hipóteses que excluem a imputabilidade elencadas no respectivo Código.

2.3.1.1 Doença mental

Conforme menciona Capez (2018, p. 414), doença mental “É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”.

Portanto, a expressão “doença mental” deve ser encarada em sentido amplo, que compreenda problemas patológicos e também que advenham do uso de tóxicos, ou seja,

doença mental engloba todas as alterações psíquicas ou mentais que diminuam a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento (MASSON, 2015, p. 180).

Alguns exemplos de doenças mentais que poderiam levar a inimputabilidade penal seriam: histeria, neurastenia, psicose maníaco-depressiva, paranoia, alcoolismo, esquizofrenia, demência, psicopatia, dentre outras.

Ressalta-se, ainda, que comprovada a imputabilidade do sujeito, deverá ele ser absolvido, aplicando-lhe, consequentemente, uma medida de segurança. Portanto, trata-se de uma sentença de absolvição imprópria, uma vez que, embora tenha sido absolvido, aplica-se uma medida de segurança ao inimputável (GRECO, 2014, p. 395).

Convém destacar como se verifica a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Esta dependerá de exame pericial. Quando houver qualquer suspeita acerca da sanidade do agente, o Magistrado, de ofício ou a requerimento, determinará a instauração de incidente de insanidade mental (CPP, arts. 149 a 152). No procedimento de incidente, far-se-á perícia psiquiátrica, mediante apresentação de laudo pericial, o qual constará se o agente é ou não portador de moléstia ou retardo mental. A conclusão, portanto, não obriga ao Juiz, o qual poderá decidir segundo sua convicção (CPP, arts. 155, caput, e 182) (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 434).

2.3.1.2 Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Desenvolvimento mental incompleto é quando o desenvolvimento ainda não se concluiu, abrangendo os menores de 18 anos, devido à sua pouca idade ou pela sua falta de convivência com a sociedade, resultando em imaturidade mental e emocional. Porém, quando atingida a maioridade ou incrementada a relação social, a tendência é que se alcance a plena capacidade (CAPEZ, 2018, p. 415).

Já o desenvolvimento mental retardado é quando não se obtém a capacidade psíquica em razão de uma deficiência de saúde mental. Compreende as hipóteses de oligofrenias, como problemas constituídos no cérebro, conforme se expõe:

> a) as debilidades mentais, que admitem frequência a escolas especiais ou realização de atividades práticas, mas não o exercício de profissões;
> b) as imbecilidades, com exigência de cuidados especiais da família ou de instituições, mas sem possibilidade de vida independente;
> c) as idiotias, marcadas pela necessidade de custódia e, frequentemente, pela incapacidade de falar (NEDOPIL, 1996, *apud* SANTOS, 2012, p. 289).

Desse modo, o retardo mental é uma condição de desenvolvimento interrompido ou incompleto da mente, caracterizado normalmente por um comprometimento de funções manifestadas durante o crescimento, tratando-se das aptidões cognitivas, de linguagem, motoras e sociais (MASSON, 2015, p. 180).

2.3.1.3 Menoridade

São inimputáveis, conforme disposição legal dos arts. 27 do Código Penal e 228 da Constituição Federal, os menores de 18 anos (BRASIL; 1940; BRASIL; 1988.).

É a adoção, excepcional, do critério puramente biológico, ou seja, a lei determinou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em decorrência da sua recente idade cronológica, não tem condições de compreender o caráter ilícito de suas condutas ou de se determinar mediante esse entendimento (NUCCI, 2020, p. 460).

Logo, trata-se de inimputabilidade absoluta, ou seja, independe da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, serão considerados inimputáveis, não se admitindo prova em sentido contrário.

Assim, o adolescente, pessoa maior de 12 e com menos de 18 anos de idade, que pratica uma conduta ilícita, incorre, nos termos da Lei n° 8.069/90, em ato infracional, ficando sujeito às chamadas medidas socioeducativas. Acrescenta-se, ainda, que basta completar seu décimo oitavo aniversário para que seja considerado imputável, sendo irrelevante a hora do nascimento (GREGO, 2014, p. 397).

2.3.1.4 Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior

Conforme dispõe o parágrafo primeiro do art. 28 do Código Penal:

> É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

A inimputabilidade por embriaguez somente é aceita quando se tratar de embriaguez completa e voluntária, causa que, ao tempo da ação (requisito temporal), elimine por completo a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente (efeito). Desse modo, a lei só autoriza o reconhecimento dessa excludente de culpabilidade quando se cuida de embriaguez completa (ESTAFAM; GONÇALVES, 2017, p. 436).

Segundo Capez (2018, p. 417), a embriaguez constitui um estado capaz de diminuir ou excluir da capacidade de entendimento e vontade do agente, em razão de uma intoxicação aguda e transitória ocasionada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam elas, entorpecentes, estimulantes ou alucinógenos.

> As substâncias que provocam alterações psíquicas denominam-se drogas psicotrópicas e encontram-se subdivididas em três espécies: (i) psicolépticos, que são os tranquilizantes, os narcóticos, os entorpecentes, por exemplo, a morfina, o ópio, os barbitúricos e os calmantes; (ii) psicoanalépticos, os estimulantes, como as anfetaminas (as chamadas "bolinhas"), a cocaína etc.; (iii) psicodislépticos, ou seja, os alucinógenos, substâncias que causam alucinação, como é o caso do ácido lisérgico, a heroína e o álcool (CAPEZ, 2018, p. 417).

Destarte, a embriaguez voluntária é a desejada livremente pelo agente e a culposa é aquela que ocorre por conta da imprudência do bebedor, logo, nesses casos, conforme o Código Penal, não se isenta a imputabilidade. Vultoso ressaltar que o agente embriagado completamente, no momento da ação ou da omissão, está com a sua consciência completamente ofuscada, afastando-se a possibilidade de ter agido com dolo ou culpa (NUCCI, 2020, p. 466).

A doutrina, desse modo, elenca três estágios de embriaguez: excitação, depressão e letargia, sendo considerada completa apenas nos dois últimos estágios, uma vez que retira por completo a capacidade de discernimento do indivíduo.

Capez (2018, p. 417) explica o que seriam as três fases da embriaguez:

> (i) Excitação: estado eufórico inicial provocado pela inibição dos mecanismos de autocensura. O agente torna-se inconveniente, perde a acuidade visual e tem seu equilíbrio afetado. Em virtude de sua maior extroversão, esta fase denomina-se "fase do macaco".
> (ii) Depressão: passada a excitação inicial, estabelece-se uma confusão mental e há irritabilidade, que deixam o sujeito mais agressivo. Por isso, denomina-se "fase do leão".
> (iii) Sono: na sua última fase, e somente quando grandes doses são ingeridas, o agente fica em um estado de dormência profunda, com perda do controle sobre as funções fisiológicas. Nesta fase, conhecida como "fase do porco", evidentemente, o ébrio só pode cometer delitos omissivos.

Por derradeiro, a embriaguez só se encontra completa e involuntária nessas duas últimas fases, ocasionando, quando suprimir integralmente a capacidade intelectiva e volitiva do agente, a absolvição imprópria, ou seja, sem qualquer sanção penal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 437).

2.3.2 Potencial consciência da ilicitude

Apesar de não estar prevista expressamente no Código Penal, o art. 21 do referido diploma legal faz menção a este elemento da culpabilidade:

> Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminui-la de um sexto a um terço.
>
> Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

Portanto, trata-se da consciência do agente de estar praticando uma conduta ilícita. Em outras palavras, é a compreensão do agente sobre a reprovabilidade da sua conduta. Desse modo, para que uma conduta antijurídica possa ser censurada ao autor, será imprescindível que este conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem à tipicidade e à ilicitude (BITENCOURT, 2012, p. 190).

Para tanto, não basta que o indivíduo não entenda o caráter reprovável de seu comportamento, são necessários a falta de possibilidade ou o potencial de compreender a ilicitude da conduta praticada, ou seja, deve ser feita uma análise cultural. Isto é, ocupa-se de investigar um conjunto de informações recebidas pelo agente ao longo de sua trajetória, até a data do fato, observando-se se tais informações angariadas lhe davam condições de compreender que a conduta por ele praticada era reprovada pela lei e sociedade (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 443).

Desse modo, a potencial consciência da ilicitude é afastada pelo erro de proibição inevitável, sendo somente essa espécie de errado capaz de excluir a culpabilidade do agente.

2.3.2.1 Erro de proibição evitável e inevitável

O erro evitável ocorre quando, apesar de não compreender o caráter ilícito de sua conduta, observa-se que o sujeito tinha condições de ter adquirido tal conhecimento, seja com os aprendizados que poderia ter recebido a partir da vida que possui, ou com algum esforço de inteligência (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 444).

Diante disso, embora o agente tivesse desconhecimento de que o fato praticado era antijurídico, tinha condições, dentro das circunstâncias de sua trajetória, que contrariaria a regulamentação legal com a sua conduta. Neste caso, então, a culpabilidade não será excluída,

mas constitui causa especial de diminuição da pena, dando direito a uma redução de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) em decorrência da inconsciência atual da ilicitude (CAPEZ, 2018, p. 434).

Já no erro inevitável, o agente, ainda que no caso concreto tivesse se esforçado, não teria como evitá-lo. Ou seja, além de não ter consciência da ilicitude, verifica-se que o sujeito sequer teria tido condições de alcançar referida compreensão (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 444).

Neste caso, o erro invencível o isenta da pena, isto é, exclui a culpabilidade em razão da ausência de um dos elementos da culpabilidade, conforme o *caput* do art. 21 do Código Penal que dispõe "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena" (BRASIL, 1940).

2.3.2.2 Erro de proibição direto e indireto

O direto é quando o erro do sujeito recai sobre o conteúdo de uma lei penal. De outro modo, o agente desconhece o conteúdo de uma norma proibitiva, ou, se o conhece, compreende de forma equivocada (MASSON, 2015, p. 591).

Desse modo, o agente erra sobre o conteúdo da lei, motivo pelo qual é considerado direito, assim, Greco (2014, p. 407) traz exemplos para melhor compreender essa modalidade de erro:

> Como erro de proibição podemos citar o exemplo do turista holandês que, ao comprar um pacote turístico para o Brasil, após assistir uma fita promocional, na qual percebeu que um grupo de pessoas fumava um cigarro enrolado numa palha, dando a entender que se travava e maconha, quando na verdade não era, acredita que no Brasil fosse permitido o uso da *cannabis sativa,* tal como acontece em alguns lugares de seu país. Ao chegar em território nacional, acende o cigarro de maconha e, por causa disso, é surpreendido pela autoridade policial. Indaga-se: Será que esse turista holandês sabia que sua conduta era ilícita, ou, ao contrário, acreditava que não existia tal proibição?

Por sua vez, tem-se a descriminante putativa por erro de proibição, qual seja, o erro indireto. Isso porque o sujeito sabe da ilicitude do fato por ele praticado, mas crê que a sua conduta adentra como uma excludente de ilicitude ou talvez se equivoque quanto aos limites de uma legítima defesa, ou um exercício regular do direito (MASSON, 2015, p. 591).

Assim, tanto o erro direto quanto o indireto podem isentar o agente da pena ou diminuí-la, desde que seja este erro inevitável (isenta) ou evitável (diminui).

2.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

De acordo com Greco (2014, p. 411), entende-se por exigibilidade de conduta diversa a possibilidade que o agente tinha, no momento de sua conduta, de agir em conformidade com a lei. Melhor dizendo, se no momento da conduta considerada reprovável, o agente poderia agir de acordo com o direito e assim não o faz, ele será culpável e responsabilizado por suas atitudes.

De outro lado, se constatar que o agente não tinha outra saída, a não ser praticar um crime, sua conduta não poderá ser tida como censurável. Isso resulta do livre-arbítrio, pois quando o ilícito resultar de uma livre opção do sujeito, ele deve ser punido, todavia, se não houve a liberdade de escolha, sendo obrigado a praticar tal fato dado como criminoso, não seria correto lhe aplicar uma sanção criminal. Isto é, a ausência de censurabilidade ocasiona a falta de culpabilidade e, por consequência, isenta o agente da pena (ESTEFAM, GONÇALVES, 2017, p. 446).

Trata-se de causa de exclusão da culpabilidade instituída no princípio de que somente podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas. Neste caso, menciona Capez (2018, p. 435) “No caso, a inevitabilidade não tem a força de excluir a vontade, que subsiste como força propulsora da conduta, mas certamente a vicia, de modo a tornar incabível qualquer censura ao agente”.

Isto posto, importante destacar as causas legais que levam à exclusão da exigibilidade de outra conduta, sendo: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Consoante o art. 22 do Código Penal, “se o fato é cometido sob coação irresistível (...) só é punível o autor da coação ou da ordem” (BRASIL, 1940).

A coação irresistível se define pelo uso da força física ou de ameaça arrebatadora contra o coagido para realizar fato antijurídico. O emprego de força não se trata do uso da força absoluta que exclui a vontade e, portanto, a própria ação, ou seja, o fato típico. Já a ameaça é a promessa de mal injusto e grave ao coagido ou algum familiar seu. Além disso, a coação irresistível deduz um perigo atual e inevitável (SANTOS, 2014, p. 348).

Posto isso, a última hipótese de inexigibilidade de conduta diversa dar-se-á pela obediência hierárquica, que acontece quando o agente cumpre uma ordem não manifestamente ilegal de uma autoridade superior (hierárquico), tornando viciada a vontade, pois o sujeito desconhece a ilicitude de tal comando (CAPEZ, 2018, p. 437-438).

Para tanto, exigem-se requisitos para essa excludente, sendo: relação de direito público (hierarquia), ordem superior de cunho ilícito e ilegalidade da ordem não manifesta. Consoante

estabelece art. 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem” (BRASIL, 1940).

Finalizando o presente capítulo, far-se-á a análise do Princípio da Coculpabilidade.

3 O PRINCÍPIO DA COCULPBALIDADE

No presente capítulo, apresenta-se o conceito do princípio da coculpabilidade, sua origem e o embasamento constitucional para a sua aplicação. Além disso, detalham-se os princípios constitucionais que dão substrato a este instituto. Ademais, identifica-se o que seria a coculpabilidade às avessas. Por último, analisa-se o entendimento doutrinário, bem como se buscam as hipóteses de inserção deste princípio no Código Penal.

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

Apesar de haver uma grande discussão quanto à origem da teoria da coculpabilidade, Moura (2019, p. 66) afirma que o princípio da coculpabilidade está alinhado ao surgimento dos Estados Liberais e das ideias iluministas aclamadas no século XVIII. Acredita que somente com esse advento, tornou-se possível esclarecer onde surgiu a referida teoria. Todavia, o autor ressalta que as ideias iluministas proporcionaram um liberalismo e individualismo exacerbado, gerando um aprofundamento das desigualdades sociais e fazendo com que o Direito se tornasse um meio de controle social das classes desfavorecidas.

Diante disso, Moura (2019, p. 66) traz uma ligação da origem da teoria da coculpabilidade com as ideias marxistas, pois, contra os movimentos liberalistas que ocasionaram uma grande desigualdade social, surgiram-se as ideias marxistas, como crítica ao sistema capitalista e defesa da exclusão dessas desigualdades socioeconômicas, conciliando-se assim com os preceitos sustentados pela coculpabilidade.

Quanto à ideia de o princípio da coculpabilidade ser advento do sistema socialista, Moura (2019, p. 68) ainda explica que direito penal socialista, além de almejar a igualdade formal, busca também a igualdade material. Assim, tendo essa visão, acredita-se que o princípio surgiu nesta época, uma vez que seu intuito é reconhecer a igualdade material, por meio da corresponsabilização do Estado, em razão de ser omisso e inadimplir com os direitos básicos aos seus cidadãos.

Todavia, embora Moura (2019, p. 68) traga essa relação como fundamento para origem da coculpabilidade, Guilherme (2019, p. 120) informa que Karl Marx teve suas primeiras ideias publicadas em 1840, ou seja, conforme exposto a seguir, os primeiros conceitos de coculpabilidade se desenvolveram no século XVIII, o que veio antes das ideias marxistas.

Neste viés, conforme a lição de Zaffaroni, professor Argentino e grande

desenvolvedor deste princípio, e Pierangeli, o princípio teve a sua origem na revolução francesa, através dos pensamentos de Jean Paul Marat, conforme expõem:

> Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais [...].” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010 *apud* CAMPOS, 2014, p. 29).

Neste seguimento, o princípio teve seu ponto inicial por intermédio do médico e jornalista, Jean Paul Marat, quando em 1780 elaborou o “Plano de Legislação Criminal”. Marat, em sua obra, defendia que os indivíduos marginalizados pelo Estado, que não possuíam seus direitos básicos garantidos, não deveriam respeitar as leis (BAYER, 2014).

Desse modo, Marat questionava se todos os cidadãos eram obrigados à obedecer as normas do Estado, e diante disso, refletiu em sua obra:

> Se para manter a sociedadade é necessário obrigar e respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em sua enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis. (MARAT, *apud* GUILHERME, 2019, p. 113).

Marat compreendia, portanto, que só depois de o Estado cumprir com as suas obrigações para com os cidadãos, é que teria direito de punir os que não obedecessem às leis. Ou seja, o direito de punir do Estado não pode subsistir quando o próprio não cumpre com as suas funções de garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos (GUILHERME, 2019, p. 113).

Ainda, em relação à proporcionalidade da pena, Marat defendia que a pena mais justa era a de Talião, desde que a sociedade fosse justa, visto que aplicar a mesma pena a todo e qualquer infrator que cometesse o mesmo crime só seria justo se todos vivessem com as mesmas condições, em uma sociedade igualitária, o que não acontece (GUILHERME, 2019, p. 114).

Moura (2019, p. 68), ainda sobre a origem histórica da coculpabilidade, dispõe acerca da influência do Estado Liberal e seu contratualismo, tendo em vista que a corresponsabilidade estatal surgiu neste período, trazendo o delito como forma de ruptura do contrato social. Contrapõe-se a isso, quando o Estado quebra o contrato social e deixa de propiciar o mínimo existencial aos seus cidadãos (MOURA, 2019, p. 68).

Feitas estas considerações, observa-se que existem diversas teorias acerca do surgimento do princípio objeto deste trabalho, uma vez que, mais adiante, vários doutrinadores passaram a analisar tal teoria, não sendo possível atribuir para apenas um autor específico e nem delimitar a sua origem. Neste sentido dispõe Guilherme (2019, p. 121):

> A coculpabilidade surgiu a partir do pensamento humanista, libertário e progressista de diversos pensadores desde a concepção desenvolvida por Marat, passando pelas decisões do juiz Magnaud e encontrando respaldo teórico na culpabilidade normativa. Toda essa construção só foi possível graças à influência desses autores pelas ideias iluministas e contratualistas. De igual forma, não se pode negar, não da forma pejorativa em que se costuma ser feita, a importância das críticas marxistas, quanto ao sistema capitalista, cujas mazelas e desigualdades parecem ser inerentes ao próprio sistema.

Desse modo, conclui-se que cada autor contribuiu para o desenvolvimento do princípio da coculpabilidade e que cada ideia, seja iluminista ou marxista, foi importante para entender a origem deste instituto. Assim, apesar da complexa identificação de sua origem histórica, o conceito de coculpabilidade é facilmente encontrado, como se verá no tópico adiante.

3.2 CONCEITO

Sabe-se que em uma sociedade há pessoas que nasceram em famílias estruturadas, possuindo fácil acesso à educação, saúde, cultura, lazer e segurança, enquanto que outras foram excluídas socialmente, marginalizadas pelo Estado, não tendo acesso aos direitos básicos e fundamentais que lhes é garantido, vivendo em meio e situações diferentes daquelas que possuem maior âmbito de autodeterminação. Este fator ocasiona um exarcebado indíce de desigualdade social, diante do não cumprimento do Estado em seu papel de políticas públicas.

Diante disso, tem-se a visão de que os indivíduos que nasceram e cresceram com melhores condições estão menos propensos a práticas de crimes, que aqueles que foram abandonados pela sociedade, que vivem no limite da pobreza, e se encontram em situação de vulnerabilidade, não possuindo capacidade plena de se autodeterminar diante de circunstâncias concretas.

Portanto, conforme dispõe o doutrinador Masson (2015, p. 547) “como há desigualdades sociais, a personalidade do agente é moldada em consonância com as oportunidades oferecidas a cada indivíduo para orientar-se ou não em sintonia com o ordenamento jurídico”.

Destarte, verifica-se que conhecimento como o convívio social pode influenciar sobre

uma pessoa. Dessa forma, a educação, a cultura, a marginalidade e a banalização na prática de delitos, por exemplo, podem estar dentro da rotina. Ainda, sabe-se que o Estado premia poucos à custa de muitos, não havendo um racionamento de riquezas. Isso porque uma grande parte da sociedade seencontra entre a linha da pobreza e da miserabilidade, não havendo um teto para se abrigarem, morando embaixo de viadutos, não obtendo empregos, pois o Estado não os preparou para que pudessem conseguir. Assim, quando uma destas pesssoas pratica infrações penais, deve-se apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade/Estado (GREGO, 2014, p. 421).

À vista disso, é criada a teoria da coculpabilidade, que nada mais é que a concorrência da culpabilidade entre o infrator marginalizado e o Estado omisso, assim definida por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 459):

> Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "co-culpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar.

Assim, a positivação do princípio da coculpabilidade se desdobra a partir do reconhecimento da exclusão social feita pelo Estado, atribuindo-lhe uma culpa de forma indireta por esse fato. Todavia, não se pode inverter a posição do Estado e do infrator, este último não deixando de ser criminoso, e o Estado um possível corresponsável (MOURA, 2019, p. 61).

Para Moura (2019, p. 63), o termo coculpabilidade é sinônimo de culpabilidade por vulnerabilidade. Explica que o prefixo "co" significa algo que se divide. Por este motivo se diz que o Estado divide a responsabilidade de forma indireta. Já o sufixo "culpabilidade" quer dizer que o Estado, em razão de seu não cumprimento em garantir os direitos básicos aos seus cidadãos, deve promover menor reprovação aos infratores que se encontram na situação de hipossuficiência e desde que essa situação leve-os a praticar algum crime (MOURA, 2019, p. 63).

Desse modo, quando uma pessoa pratica um crime, caso presentes todos os elementos da culpabilidade, quais sejam imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa, será considerada culpável e vai responder criminalmente pelos seus atos, mas a culpabilidade não é só dela, pois há um agente corresponsável, coculpável: o Estado,

que nada fez para ajudar esse infrator. Assim, não seria a exclusão da culpabilidade, na visão de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 459) mas sim, a divisão dela.

Um exemplo da possibilidade de aplicação deste instituto trazido pela doutrina seria o caso em que duas pessoas em situação de rua, que não possuem moradia, têm relações sexuais embaixo de um viaduto, local onde estão vivendo, e, por conta disso, são autuados pela polícia em decorrência da prática do crime de ato obsceno, previsto no art. 233 do Código Penal. Dessa maneira, poderia se corresponsabilizar o Estado, não penalmente, mas como forma de atenuação de pena desses agentes, uma vez que foram marginalizados pela sociedade. Ademais, porque deixou de cumprir com o direito social de moradia que é garantido constitucionalmente aos seus cidadãos (GRECO, 2014, p. 422).

Com efeito, Moura (2019, p. 61) diz que quando a coculpabilidade é aplicada no caso concreto se "reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão edeológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão".

Considerável mencionar que este princípio não quer dizer que a delinquência é uma forma de vida das pessoas excluídas socialmente ou em situação de vulnerabilidade. A coculpabilidade vem reconhecer que o estado de vulnerabilidade extrema retira do indivíduo, em grande ou pequena proporção, a oportunidade de se autodeterminar (GUILHERME, 2019, p. 130).

Neste sentido, não se deve apontar uma noção de culpa "penal" do Estado, pois não é isso que o princípio propõe, conforme dispoõe Moura (2019, p. 64):

> O Estado, como dententor do *jus puniendi*, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais. Isso ocorre porque o Estado não é detentor dos principais elementos que caracteriza, a formação de um delito, ou seja, ele não possui vontade, consciência, discernimento, dentros outras coisas que caracterizam o sujeito ativo do delito. Além disso, seria impossível o Estado concretizar seu direito de punir mediante a aplicação e execução da sanção penal, já que seria "uma autopunição". (grifo no original).

Assim sendo, importante dizer que essa teoria é um princípio constitucional implícito, sendo embasada na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana elencada no rol de direitos fundamentais. Ainda, por ter como finalidade a extinção de pobreza e a diminuição das desigualdades sociais, o que vai ao encontro do objetivo da coculpabilidade, que nada mais é que um reequilíbrio da sociedade. (SILVEIRA, 2016, *apud* GUILHERME, 2019, p. 125).

Ante o exposto, a coculpabilidade se encontra em consonância com outros princípios constitucionais, quais sejam: Princípio da Igualdade, Princípio da Individualização da Pena e do Pluralismo Jurídico, os quais serão mais conceituados e relacionados no próximo tópico deste capítulo.

3.3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já mencionado neste trabalho, o princípio da coculpabilidade não tem previsão legal expressa, tornando-se imprescindível relacionar os princípios da Constituição Federal de 1988 com este, para demonstrar os fundamentos de sua aplicação no Direito Penal Brasileiro como princípio constitucional implícito.

3.3.1 Princípio da igualdade

Conforme o *caput* do art. 5° da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

Além da igualdade formal prevista em diversos artigos da Constituição, que prevê a igualdade a todos, independentemente das condições físicas, financeiras, sociais e regionais, busca-se a igualdade material ou substancial, conceito desenvolvido por Aristóteles em 325 a.C., que consiste em propiciar tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situações diferentes. Esse tratamento divergente pode acontecer por previsão constitucional ou legal, expressa, ou por meio de uma hipótese que justifique logicamente a desigualdade, como algumas prioridades conferidas a deficientes físicos (PADILHA, 2020, p. 105).

Essa busca por uma igualdade substancial significa que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, de acordo com o raciocínio aristotélico. Conforme idealiza Barbosa (1997, p. 26):

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Nesse sentido, essa espécie de igualdade considera as características individuais do ser humano. A partir disso, busca-se dar tratamento desigual a determinadas pessoas, como aquelas que possuem um histórico de abandono social ou de hipossuficiência decorrente de

outros fatores, a fim de que essas pessoas marginalizadas tenham as mesmas oportunidades e satisfações de direitos (PADILHA, 2020, p. 259).

Conclui-se, portanto, que seria imprescindível a concretização da igualdade material, para que se fosse alcançada uma igualdade plena. Nesse sentido, Moura (2019, p. 88) afirma que aqueles que possuem interesse em manter a desigualdade, sempre terão êxito, isto porque o Direito é constituído por quem possui poder econômico e social e estes defendem veementemente a desigualdade, ou seja, a igualdade substancial tão almejada nunca seria atingida.

Em razão disso, a positivação do princípio da coculpabilidade seria um meio de buscar a efetivação do princípio da igualdade, bem como diminuir as desigualdades socioeconômicas existentes em no País.

Outrossim, aplicar o princípio da coculpabilidade seria um modo de advertir o Estado por suas omissões para com os seus cidadãos e compensar, por meio da atenuação da pena, o sujeito que, diante da situação de vulnerabilidade social a qual fora impelido, acabou selecionado pelo sistema penal (PALMEIRA, 2017, p. 31).

Neste sentido, ensina Moura (2019, p. 89):

> A co-culpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidade para essas pessoas, ou seja, decorrem da sua exclusão social e da desigualdade que ela fera. Logo, ao reconhecermos este direito do acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade –, estaremos igualando os iguais e diferenciado os desiguais na medida de sua desigualdade, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades, oferecidas pelo Estado.

Logo, impondo-se essa parcela de responsabilidade ao Estado, diminuiria o índice de reprovação criminal do agente que se encontrava em situação de hipossuficiência, bem como amenizaria as desigualdades socioeconômicas presentes na sociedade.

Tratando-se, dessa maneira, de princípio hábil a concretizar o princípio constitucional da igualdade, visto que não ensejaria apenas a igualdade formal, mas também a material. Isso porque impulsiona um tratamento jurídico diferenciado àqueles que, no decorrer de sua vida, foram socialmente marginalizados pelo descaso do Poder Público com as políticas de promoção da justiça social, aproximando-se, por fim, a tão almejada igualdade material (PALMEIRA, 2017, p. 32).

3.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 introduz os fundamentos do Estado Democrático de Direito, e em seu inciso III, traz a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Veja-se:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana possui um conceito amplo, o que acarreta diversas discussões, mas, pode-se dizer que este princípio é um valor fundamental da República Federativa do Brasil, que se compõe na conceituação de homem como "ser humano". Isto é, o homem tem quer ser livre em seus atos, ter igualdade de condições de vida e de moradia, possuir oportunidades iguais, quais sejam todos aqueles direitos que lhe são garantidos (MOURA, 2019, p. 90).

Há três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, sendo elencados por Barroso (2019, p. 247):

> 1: o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como 2: a autonomia de cada indivíduo, 3: limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.

Desse modo, colhe-se deste princípio o dever do Estado em garantir o mínimo existencial a um indivíduo para ele ter uma vida sublime. Nesta linha, compreende-se que os direitos sociais, que garantem as necessidades materiais, têm como propósito assegurar a igualdade e liberdade material e, por esta razão, garantem também uma vida digna (GUILHERME, 2019, p. 139-140).

Por isso, relacionando a exclusão social, que consiste na escassez dos direitos sociais assegurados pela Carta Magna, com a dignidade da pessoa humana, afirma-se que não garantir o mínimo existencial a um indivíduo pode influenciar na capacidade de autodeterminação deste. Explica Slartet (2015, *apud* GUILHERME, 2019, p. 140):

> A respeito do vínculo entre pobreza e dignidade da pessoa humana, importa referir o

> argumento que nem sempre a pobreza (apesar de ser um fato limitador da liberdade individual) implica uma violação da dignidade que, no entanto, resta configurada sempre que a pobreza resultar em exclusão e déficit efetivo de autodeterminação, o que se verifica, em termos gerais, sempre que as pessoas são forçadas a viverem na pobreza e na exclusão, em função de decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos.

Assim, oberva-se que o Estado não cumpre com muitos dos seus deveres, quando se verifica que o Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo, sendo que entre 2014 e 2018, registrou-se um aumento de 67% da população que vive na pobreza, conforme pesquisa pelo INESC (Instituto de Estudos Socioeconômicos). Dentre outras obrigações que o Estado deixa de cumprir, encontram-se a falta de recursos básicos, além do alto indíce de corrupção, ocasionando uma má administração, etc. (ECOA, 2020).

Portanto, para amenizar as desigualdades sociais, o Direito se utiliza da proteção dos hipossuficientes, isto é, a lei tenta igualar as partes envolvidas em um processo. No Direito Penal, o princípio da coculpabilidade seria essencialmente esta proteção proporcionada aos mais carentes, reconhecendo a incapacidade do Estado na aplicação da dignidade da pessoa humana, e desta maneira, minimizando as consequências da exclusão social provenientes do desequílibrio de possibilidades e oportunidades, identificando-se, por fim, o infrator como indivíduo de direitos (MOURA, 2019, p. 92).

À vista disso, aplicar o princípio da coculpabilidade seria reconhecer o direito à dignidade do acusado, ao corresponsabilizar o Estado, em razão de não ter promovido a inclusão social daquele cidadão que fora marginalizado pela sociedade (MOURA, 2019, p. 93).

3.3.3 Princípio da individualização da pena

Previsto na Carta Magna de 1988 em seu art. 5°, incisos XLV e XLVI, apoia-se no princípio de justiça, segundo o qual se deve conceder a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, o que no âmbito penal significa a aplicação da pena, não apenas observando a lei em abstrato, mas, especialmente, as questões subjetivas e objetivas do crime (MASSON, 2015, p. 101). Neste sentido:

> Art. 5º.
> [...]
> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Este princípio divide-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo, conforme explica Nucci (2020, p. 73):

> a) *individualização legislativa*: cabe ao legislador, quando cria um novo tipo penal incriminador, estabelecer o mínimo e o máximo, em abstrato, previstos para a pena;
> b) *individualização judiciária*: compete ao julgador, na sentença condenatória, concretizar a pena, de acordo com as várias circunstâncias previstas em lei;
> c) *individualização executória*: a pena aplicada, quando em cumprimento, sofre variações, conforme o desenvolvimento do sentenciado; é possível reduzi-la (remição, indulto etc.), alterar o regime (progressão ou regressão), entre outros fatores. Neste último aspecto, dispõe o art. 5.º, XLVIII, da Constituição Federal deva o condenado cumprir a pena em estabelecimento adequado, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (grifos no original).

Dessa maneira, para garantir uma aplicação da pena justa, é necessário que se faça essa individualização, evitando-se que se estabeleça uma padronização dos seres humanos, como se todos fossem iguais uns para com os outros, em atitudes e experiências. Apesar de todos serem iguais perante a lei, não são iguais entre si. Cada pessoa possui sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Essa particularidade de cada sujeito deve ser observada pelo Juiz no momento da fixação da sanção penal (NUCCI, 2020, p. 73).

Em contrapartida, o princípio da coculpabilidade, quando reconhece e considera a situação socioeconômica do agente marginalizado, consolida o princípio da individualização da pena, uma vez que personaliza a aplicação e execução da pena. Resultando-se, assim, na maior efetividade das sanções penais. Nesta linha, dispõe Moura (2019, p. 94):

> Com efeito, a positivação do princípio da co-culpabilidade no Codigo Penal brasileiro propiciará ao julgador considerar na aplicação e execução da pena, outras circunstâncias relevantes que circundaram o delito, isto é, as condições de miserabilidade e desemprego, enfim, as condições socioeconômicas do agente, desde que tenham influência na prática do fato crime.

Logo, verifica-se que o princípio da individualização da pena vem para limitar o poder punitivo Estatal, sendo esta a mesma finalidade almejada pelo princípio da coculpabilidade, que efetiva a responsabilidade subjetiva (MOURA, 2019, p. 93).

Conclui-se, dessa maneira, que a positivação da coculpabilidade individualizaria ainda mais a pena, tendo em vista que este princípio traz consigo a análise das circunstâncias pertinentes que levaram o agente a praticar aquele delito, ou seja, observar as condições sociais e econômicas, dentre outros fatores, desde que tenham influenciado a praticar tal infração. Fazendo-se, assim, a justiça conforme necessite o caso (MOURA, 2019, p. 94).

3.3.4 Pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico surgiu como modo de equilibrar a desigualdade social, buscando a igualdade de satisfação dos cidadãos quanto aos seus direitos, tendo como aspecto principal a participação popular. Ele busca descentralizar as formas de alcançar o direito, observando a realidade de cada indivíduo (MEDEIROS; SOTERO; AMORIM, 2015).

Apesar de obter um conceito aberto e indeterminado, o que ocasiona bastante divergência doutrinária, de forma mais específica o pluralismo jurídico seria a aclamação da diversidade, da liberdade, da autonomia, e do respeito a qualquer pessoa da sociedade, efetivando-se a democracia, ou melhor, a atuação de todos nos direitos e deveres respaldados pelo Direito (MOURA, 2019, p. 95).

Assim, o pluralismo jurídico é a possibilidade de o Estado não ser o único detentor ou criador de normas. Este instituto reconhece como legítimas as relações jurídicas criadas por grupos excluídos socialmente, que têm por escopo a luta pelos direitos sociais e pela democracia.

Neste sentido, Moura (2019, p. 95) relaciona o pluralismo jurídico ao princípio da coculpabilidade quando, na Carta Magna de 1988, em seu art. 3°, inciso III, verifica-se como objetivo fundamental da República Federativa a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Portanto, a coculpabilidade, sendo um instituto que visa reconhecer a inadimplência do Estado para com a efetivação de suas obrigações, respeita às classes desfavorecidas e marginalizadas, propondo-se, assim, um pluralismo jurídico, concretizando a democracia, pois busca a proteção das minorias (SOARES FILHO; SOARES, 2014, p. 20).

3.4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

Como já visto, sabe-se que a coculpabilidade é a admissão da “mea-culpa” por parte do Estado, uma vez que este é omisso em seu papel de garantidor dos direitos fundamentais e protetor dos seus cidadãos.

Nesta linha, a coculpabilidade resguarda que seja minorada a pena dos indivíduos que praticam delitos em situação socioeconômica desprivilegiada, desde que essa situação influencie diretamente no cometimento do crime, no qual o Estado deverá arcar com a sua parcela de culpa, atenuando, assim, a sanção criminal.

Por outro viés, surge a teoria da coculpabilidade às avessas, que pode ser desenvolvida no ordenamento jurídico em dois aspectos distintos. Assim explica Masson (2015, p. 548):

> Em primeiro lugar, esta linha de pensamento diz respeito à identificação crítica da seletividade do sistema penal e à incriminação da própria vulnerabilidade. Em outras palavras, o Direito Penal direciona seu arsenal punitivo contra os indivíduos mais frágeis, normalmente excluídos da vida em sociedade e das atividades do Estado. Por esta razão, estas pessoas se tornam as protagonistas da aplicação da lei penal: a maioria dos acusados em ações penais são homens e mulheres que não tiveram acesso ao lazer, à cultura, à educação; eles também compõem com intensa densidade o ambiente dos estabelecimentos penais.

Com efeito, nesse sistema penal seletivo, apesar de haver condenação por crimes praticados por pessoa em situação economicamente privilegiada, diante do que se vê habitualmente, parece haver tratamento punitivo desigual, uma vez que normalmente, prevalecem as penas de natureza pecuniária para os ricos, enquanto que os desprivilegiados são submetidos à restrição de liberdade (TANURE; FERREIRA, 2014).

Um exemplo dessa seletividade é o caso da Lei de Contravenções Penais, que há algum tempo se punia o ato de mendigar "por ociosidade ou cupidez" e levava à prisão por 15 dias a três meses, podendo a pena ser aumentada caso se comprovasse que o ato era fraude ou fora realizado de modo "vexatório". Por sorte, em 2009 o art. 60 da Lei 3.688/40 foi revogado, deixando a mendicância de ser considerada uma contravenção. Mas, veja-se, era uma infração que incidia apenas sobre os pobres (MOURA, 2019, p. 131).

Além deste, em seu art. 59, a Lei de Contravenções Penais prevê a vadiagem como uma contravenção, conforme segue:

> Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
>
> Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena (BRASIL, 1941).

Desse modo, criminalizar a vadiagem, segundo Moura (2019, p. 133) é uma forma de judicializar a exclusão social, ou seja, esse artigo fere diversos princípios constitucionais, especialmente o da igualdade, uma vez que o Estado, ao positivar essas contravenções, cria um estereótipo do bandido – o agente marginalizado.

Importante, a vista disso, trazer exemplos notórios da regalia dada aos ricos pela norma brasileira, que se encontra no tratamento dispensado à criminalidade financeira,

econômica e tributária, na qual os principais acusados, na grande maioria dos casos, são pessoas em situação socioeconômica extremamente favorecida. Consoante se demonstra, se o autor do delito voluntariamente reparar o dano ou devolver a *res furtiva*, tal fato pode servir como causa de diminuição da pena (artigo 16 do Código Penal) ou como atenuante (artigo 65, inciso III, "b") (TANURE; FERREIRA, 2014).

De outro lado, se o autor de um crime tributário repara o dano mediante o simples pagamento integral do crédito que deu causa à deflagração penal, ele terá declarada extinta sua punibilidade, consoante artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 (TANURE; FERREIRA, 2014).

Nesta perspectiva, confere-se que o sistema penal brasileiro, por muita das vezes, criminaliza a própria miséria, ao tipificar leis dirigidas diretamente a pessoas marginalizadas. E premia, em sua maioria, aqueles que possuem grandes condições socioeconômicas e culturais para se autodeterminar.

Por fim, o segundo aspecto da coculpabilidade às avessas, manifesta-se pela reprovação criminal mais severa no que diz respeito aos crimes praticados por pessoas que sempre foram incluídas socialmente e possuem boas condições de vida, aproveitando-se desta vantagem para cometer delitos, normalmente prevalecendo-de seus poderes políticos e econômicos (MASSON, 2015, p. 548).

Trata-se do modo inverso da coculpabilidade, como diria Masson (2015, p. 249):

> se os pobres, excluídos e marginalizados merecem um tratamento penal mais brando, porque o caminho da ilicitude lhes era mais atrativo, os ricos e poderosos não têm razão nenhuma para o cometimento de crimes. São movidos pela vaidade, por desvios de caráter e pela ambição desmedida, justificando a imposição da pena de modo severo.

Assim, a coculpabilidade é um instituto que almeja diminuir a reprovabilidade do agente, já a coculpabilidade às avessas visa um aumenta dessa reprovação e, consequentemente, a agravação da pena. Portanto, quanto melhor as condições socioeconômicas de um indivíduo, menor a corresponsabilidade estatal, logo, deve-se ter uma maior reprovação social (MOURA, 2019, p. 73).

Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro há hipóteses em que se demonstra a aplicação da coculpabilidade para asseverar a reprovação social. Como é o caso do art. 76, IV, "a", da Lei 8.078/90:

> Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:
>
> [...]

> IV - quando cometidos:
>
> a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.

Todavia, a coculpabililidade às avessas não pode ser entendida como agravante genérica, por dois motivos: o primeiro, por falta de previsão legal e, o segundo, por ser prejudicial ao réu, não se admitindo analogia. Dessa maneira, a sanção mais rigorosa deverá ser levantada apenas na pena-base, observando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis, conforme disposto no art. 59, *caput*, do Código Penal (MASSON, 2020, p. 550).

Logo, não se reconhece a coculpabilidade como meio de agravar a pena, visto que a reprovação daqueles que são privilegiados já está devidamente prevista e limitada pelo ordenamento jurídico, não necessitando tornar mais intensa à punição destes agentes, por ora (MOURA, 2019, p. 73).

3.5 HIPÓTESES DE INSERÇÃO NO CÓDIGO PENAL ELENCADAS PELA DOUTRINA

O princípio da coculpabilidade não possui previsão legal expressa, sendo considerado um princípio constitucional implícito. Diante disso, alguns doutrinadores trazem as possibilidades da positivação deste instituto no ordenamento pátrio e como poderia ser introduzido no Código Penal.

Deste modo, far-se-á necessário pontuar cada uma destas hipóteses, sendo que as mais comuns elencadas pela doutrina são o reconhecimento da coculpabilidade, na fase de dosimetria da pena como uma circunstância judicial, previsto no art. 59 do Código Penal, ou como atenuante inominada ou genérica, prevista nos arts. 65 e 66 do Código Penal, ou, ainda, como causa de diminuição da pena, acrescentando-se um parágrafo ao art. 29 do mesmo diploma legal. E, por fim, a coculpabilidade como exclusão da culpabilidade (MOURA, 2019, p. 127).

3.5.1 Circunstância judicial

As circunstâncias judiciais são os meios de análise exclusivos do Magistrado e compreendem o estudo das características do sujeito, quais sejam: culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade e as razões que o levaram a cometer o crime. Ainda, o exame se dá sobre o do fato, em que se verificam as circunstâncias e consequências do

crime e, por último, analisa-se o comportamento da vítima (SANTOS, 2014, p. 526). Assim dispõe o *caput* do art. 59 do Código Penal:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Por esta razão, é dever essencial do Juiz, na sentença condenatória, calcular a pena-base de forma personificada a cada condenado, como meio de individualizá-lo, de acordo com o que fez e com as suas características. É fundamental que os critérios para escolha do *quantum* inicial (pena-base) deva estar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, previstos nas normais penais (NUCCI, 2014, p. 648).

Como já fora visto, a culpabilidade é um juízo de reprovação que incide sobre a conduta típica e antijurídica perpetrada pelo infrator, assim, consubstancia-se em um dos elementos constitutivos do conceito tripartido de crime (GRECO, 2014, p. 571).

Dessa forma, concluindo que o sujeito praticou um fato típico, ilícito e culpável, o Magistrado terá que aplicar a sanção. Assim, dispõe Greco (2014, p. 572):

> Percebemos, portanto, que a condenação somente foi possível após ter sido afirmada a culpabilidade do agente. Agora, passando à fase seguinte, terá o julgador que encontrar a pena justa a ser aplicada. Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais uma vez, a análise da culpabilidade: na primeira dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Além deste elemento que diz respeito ao agente, encontra-se a análise dos antecedentes criminais, personalidade, conduta social e os motivos. Quanto ao fato, observam-se as circunstâncias e as consequências do crime, e por fim, o comportamento da vítima.

Dessa forma, para relacionarem o princípio da coculpabilidade como uma circunstância judicial, os doutrinadores trazem exemplos de legislações que já a aplicam dessa forma. Assim, Moura (2019, p. 109) menciona que na legislação boliviana, reconhece-se este instituto, em um primeiro momento, a partir de uma análise da situação econômica social,

sendo examinada na fase da circunstância judicial como propósito de aferir a personalidade do agente.

Ainda, cumpre mencionar que o Código Penal mexicano também insere a coculpabilidade como uma circunstância judicial. Além disso, a coculpabilidade é consagrada também nas medidas de segurança (GUILHERME, 2019, p. 164).

Deste modo, é de extrema importância trazer essa hipótese de inserção da coculpabilidade no ordenamento jurídico, sendo reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, veja-se:

> ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE. – SE A GRAVE AMEAÇA EMERGE UNICAMENTE EM RAZÃO DA SUPERIORIDADE NUMÉRICA DE AGENTES, NÃO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE "BIS IN IDEM" - INEPTA E A INICIAL DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 2.252/54) QUE NÃO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NÃO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. - **O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBÉM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADÃO** – RÉU. - RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUÍZA SENTENCIANTE (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

O Ministro Relator Amilton Bueno de Carvalho, em seu voto, sustentou a seguinte questão, para reconhecer a coculpabilidade na primeira fase da dosimetria:

> Réu primário, sem quaisquer antecedentes. Não vieram aos autos elementos sobre conduta social ou personalidade. Entretanto, a ausência de registros negativos permite concluir por conduta adequada à normalidade. A motivação do delito, em se tratando de crime patrimonial, está vinculada ao desejo de obter lucro fácil, sem esforço e em detrimento de outrem. Entretanto, pela espécie de delito praticado (roubo de tênis, camiseta, relógio e boné), verifica-se evidente influência do sistema de desigualdades sociais vigente em nosso país, que, ao mesmo tempo em que marginaliza parcela da população, estimula o consumismo desenfreado para todos, mesmo para aqueles alijados das relações de consumo pelo pouco poder aquisitivo. Isso estimula a disputa por bens da moda e acirra o confronto de classes sociais. Note-se que esse apelo consumista atinge notadamente os adolescentes (que é o caso dos autos, pois mesmo o réu, embora penalmente imputável, tinha apenas 19 anos quando do fato, sendo ainda adolescente), portanto não se pode usar de maniqueísmo e imputar totalmente aos agentes a responsabilidade por essa conduta punível, para a qual toda a sociedade contribui (e justamente por isso —toda a sociedade é responsável, e não o indivíduo em particular- é que não é justo as vítimas sofrerem as conseqüências, merecendo, sem dúvida, proteção penal). Circunstâncias normais, tratando-se de típico crime de roubo praticado por adolescentes. De conseqüências, fica registrado que não houve nenhum prejuízo pelas vitimas, pois recuperaram integralmente seus pertences. Não houve contribuição das vítimas. Sopesadas tais circunstâncias, tenho que fica no mínimo o grau de reprovabilidade de sua conduta (RIO GRANDE DO SUL, 2001, p. 12).

Nesta mesma linha, destacava Marat, o grande fundador dessa teoria, que deveria se analisar no momento da dosimetria da pena as condições socioeconômicas do sujeito, as circunstâncias individuais e familiares, uma vez que só desse modo se alcançaria uma pena justa e proporcional (MARAT, 2008 *apud* GUILHERME, 2019, p. 166).

Posto isso, Moura (2019, p. 12), em obra própria sobre o assunto, assinala como se daria a coculpabilidade nessa fase da dosimetria:

> A primeira opção da positivação da co-culpabilidade é sua inserção no art. 59 do Código Penal como uma circunstância judicial que incidiria na primeira fase de aplicação da pena. É a proposta do anteprojeto de reforma do Código, sendo a mais tímida entre as demais, visto que será inócuo o reconhecimento da co-culpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal, pois é cediço que as circunstâncias judiciais não podem trazer a pena aquém do mínimo legal.

Conforme o exposto, verifica-se ser inviável a proposta de inserção do princípio da coculpabilidade no Código Penal como uma circunstância judicial, visto que o STJ em sua Súmula 231 dispõe "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (BRASIL, 1999).

3.5.2 Atenuante genérica ou inominada

Como visto no tópico anterior, a circunstâncias judiciais fazem parte da primeira fase da dosimetria da pena. Dessa forma, para se concluir o processo de individualização da pena, tem-se a segunda fase da aplicação, momento em que se faz necessária a análise de circunstâncias agravantes e atenuantes, isto é, circunstâncias legais. Elas são genéricas e obrigatórias, pois são aplicadas a qualquer tipo de crime e devem, obrigatoriamente, atenuar ou agravar a pena, se houver motivo concreto. Todavia, há uma ressalva caso qualifiquem ou privilegiem o tipo de injusto, pois a própria norma incriminadora prevê o aumento ou minoração da pena no tipo penal do crime (SANTOS, 2014, p. 537).

Assim, dispõe o art. 65 do Código Penal:

> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
> I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
> II - o desconhecimento da lei;
> III - ter o agente:
> a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
> b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

> c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
> d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
> e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (BRASIL, 1940).

O rol deste dispositivo legal não é taxativo, uma vez que prevê no art. 66 do Código Penal a hipótese de a pena ser atenuada por qualquer circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime. As chamadas atenuantes inominadas (BRASIL, 1940).

Com relação à possibilidade de positivação do princípio da coculpabilidade como uma atenuante genérica, Moura (2019, p. 128) dispõe que poderia ser inserida mais uma alínea no inciso III do art. 65 do Código Penal, prevendo a aplicação deste instituto. Embora considerasse uma proposta atrevida colocá-la como atenuante genérica, sabendo-se da obrigatoriedade de o Juiz aplicá-la caso houvesse hipótese concreta, ocorrendo a limitação e liberdade de interpretação do Magistrado.

Prosseguindo-se, a proposta mais defendida pelos doutrinadores e até mesmo os aplicadores do Direito, para inserir a coculpabilidade no Código Penal, é considerá-la como uma atenuante inominada. Assim assinalam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 622):

> Uma circunstância que, lamentavelmente, o texto vigente não menciona de maneira expressa, mas que pode ser inserida por esta via de atenuantes, é a menor culpabilidade do agente do que se acostumou chamar de "coculpabilidade". É sabido que, por óbvias razões, que até o presente momento nenhum sistema político no mundo conseguiu superar, os habitantes que dispõem de distintas margens sociais de autonomia ou de distinto espaço social, em razão das desigualdades socioeconômicas, de instrução etc., isto é, existem pessoas que dispõem de meios econômicos e de graus de instrução superiores aos dos outros, estes, frequentemente, em graus de carência bem marcados. O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são à estes negados, a reprovação da culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou.

Diante disto, deveria ser reconhecida a coculpabilidade como uma atenuante inominada por se tratar de uma circunstância relevante, diante da miserabilidade do agente, de suas carências socioeconômicas, baixo grau de intelecto, ausência de acesso à saúde e, por fim, escassez dos direitos sociais que lhes são garantidos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 622).

Apesar de ser uma hipótese defendia por alguns doutrinadores, há um grande debate jurídico a respeito disso, em que muitos divergem dessa proposição. Nucci (2014, p. 443)

afirma que não acha correta a positivação da coculpabilidade como atenuante inominada. Sustenta que mesmo que se verifique que o Estado foi omisso para com aquele agente que cometeu um injusto, não deve ser considerado uma justificativa para amparar o cometimento da infração, uma vez que se for analisar profundamente, existiriam muitos outros "coculpáveis" que influenciaram aquele agente, como os pais que deixaram de cuidá-lo, etc.

Em contrapartida, um exemplo de uma hipótese em que poderia ocorrer essa atenuação, Greco (2014, p. 422) cita:

> Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com as suas próprias mãos aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho.

Neste sentido, entende-se, por ora, que se observado às circunstâncias do caso concreto e analisado que a humilde condição social do agente influenciou diretamente na prática do delito, deveria ser considerada uma menor culpabilidade, diante do baixo poder de autodeterminação.

3.5.3 Causa de diminuição da pena

Além das circunstâncias judiciais e as circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira e última fase da dosimetria da pena, encontram-se as causas de aumento e diminuição. Estas podem ser chamadas de majorantes e minorantes. Ressalta-se que as minorantes podem diminuir a pena para abaixo do mínimo previsto do tipo penal, reconhecido por unanimidade pela doutrina e jurisprudência (BITENCOURT, 2012, p. 285).

Neste diapasão, elenca-se a possibilidade de inserir a coculpabilidade de forma expressa na legislação brasileira, incluindo um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, conforme cita Moura (2019, p. 128):

> Acrescentar um parágrafo no art, 29 do Código Penal dizendo que "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". Assim, quanto pior as condições elencadas no supracitado parágrafo, maior seria a redução da pena.

Portanto, considerando a correlação do princípio da coculpabilidade com o da individualização da pena, uma vez que aplicar essa teoria seria levar em consideração, de

forma precisa e individualizada, os aspectos sociais e pessoais do agente, quais sejam: grau de autodeterminação, pobreza, saúde, condições de moradia e emprego, dentre outros (MOURA, 2019, p. 94).

Por fim, observa-se que esta forma de positivação do princípio seria o modo mais adequado para se garantir a maior individualização da pena, bem como ampliar a liberdade individual, no contexto garantista seguido pelo Direito Penal Democrático (MOURA, 2019, p. 128).

3.5.4 Exclusão da culpabilidade

A última hipótese trazida pela doutrina para se aplicar o princípio da coculpabilidade seria a exclusão da culpabilidade em razão da vulnerabilidade do agente. Assim, caso fosse aferido que este vivia em situação extremamente precária, não possuindo qualquer poder de se autodeterminar, não poderia lhe recair qualquer reprovação, seja penal ou social, uma vez que sua conduta contrária à lei já era esperada pela sociedade, em razão da omissão do Estado em cumprir com seu dever de garantir o mínimo existencial a este sujeito (MOURA, 2019, p. 129).

Isso porque, sabendo os elementos que compõe a culpabilidade, que são imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude, Moura (2019, p. 130) diz que a culpabilidade seria excluída a partir do momento em que se reconhecesse que não poderia ser exigida conduta diversa daquele agente em face do seu estado de vulnerabilidade.

Dessa forma, para se excluir essa responsabilidade no que tange à inexigibilidade de conduta diversa, relevante fundamentar como poderia ocorrer:

> É através do juízo de inexigibilidade (de conduta diversa), ampliado na direção das condições reais do povo (fome, doença, desemprego, mortalidade infantil e prematura, envelhecimento precoce, desabrigo, desespero, analfabetismo, angústias e fúrias contidas, que explodem ante frustrações insignificantes, como gota d'água das frustrações/tensões/ansiedades acumuladas no curso da existência), que se pode democratizar, relativamente, o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados, permanentemente, pelas condições de vida, e realizar, de fato, uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais (SANTOS, 1985, *apud* GUILHERME, 2019, p. 152).

Neste viés, observa-se a possibilidade, diante da exclusão social destes agentes, que em tese, praticaram um fato antijurídico, de reconhecer a sua absolvição, já que poderá ser levantada essa causa de inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, em

consonância com o princípio da coculpabilidade (RODRIGUES, 2009, *apud* GRECO, 2014, p. 422).

Por fim, acredita-se que esta possibilidade de se reconhecer a teoria da coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade exigiria uma análise mais rigorosa do Magistrado, para constatar se houve um liame entre o estado de vulnerabilidade e o delito perpetrado e, se isso seria capaz de absolver o agente. Todavia, na visão do que já fora estudado sobre o princípio da coculpabilidade, vê-se que este não é o seu principal objetivo. Não se busca excluir a reprovação social do agente, mas sim, dividi-la com o Estado, de forma a diminuir a sua reprovabilidade (MOURA, 2019, p. 130).

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste quarto capítulo, analisar-se-á o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, mediante a apresentaação dos fundamentos utilizados nas decisões para acolher ou negar a aplicação do princípio supramencionado.

Assim, analisaram-se dez acórdãos selecionados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, compreendidos entre o período de fevereiro de 2013 a setembro de 2019, que versam sobre o princípio da coculpabilidade. A pesquisa foi realizada no site: http://www.stj.jus.br, em consulta ao tópico "jurisprudências STJ", sendo utilizadas as seguintes palavras chaves: "princípio coculpabilidade" e "coculpabilidade".

4.1 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Diante do que fora analisado no decorrer do trabalho, a teoria da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito em nosso ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual há uma grande discussão acerca da sua aplicabilidade, uma vez que não há previsão legal expressa.

Dessa forma, embora seja um tema ainda pouco conhecido, já existem diversos doutrinadores que apontam formas de como ele poderia ser positivado em nossa legislação, como já exposto no capítulo anterior. Assim, observa-se, corriqueiramente, por meio de uma análise das decisões dos tribunais brasileiros, que já vem sendo solicitada a aplicação e reconhecimento deste princípio como forma de atenuar/minorar o grau de reprovabilidade do agente marginalizado pelo Estado e excluído socialmente.

Em razão disso, torna-se necessário analisar qual o posicionamento do Tribunal da Cidadania acerca da aplicação e do reconhecimento deste instituto no Direito Penal brasileiro, como também verificar os fundamentos favoráveis ou desfavoráveis, e qual a posição majoritária.

Para tanto, far-se-á uma análise individual de cada acordão selecionado, apresentando-se os fundamentos com o intuito de se chegar a uma conclusão acerca do tema.

4.1.1 Acórdão 1: habeas corpus n° 187.132 – Minas Gerais

Verifica-se que o paciente foi condenado, no Juízo de 1° grau, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, totalizando a pena de pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* manteve a sentença condenatória. Irresignada com a decisão, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 187.132), objetivando a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), além disso, requereu que fosse reestruturada a pena à luz do princípio da coculpabilidade (BRASIL, 2013a).

Para reconhecer a aplicação de tal teoria, a defesa sustentou que a droga foi apreendida com o paciente dentro da sala de artesanato, localizada no interior do sistema prisional, a qual poderia ser de qualquer outra pessoa. Ainda, esclarece que, caso fosse do paciente, a coculpabilidade deveria ser reconhecida por tal razão:

> a co-culpabilidade é evidenciada pelo reconhecimento da parcela de responsabilidade atribuível ao Estado, uma vez que houve negligência por parte deste, já que estando o paciente sobre sua custódia em estabelecimento prisional, é seu dever fiscalizar o que os presos devem ou podem ter acesso dentro do presídio (BRASIL, 2013a, p. 3).

Outrossim, afirmou que o paciente era vítima do sistema capitalista, uma vez que foi excluído socialmente por ser pessoa com baixo grau de instrução, tendo em vista que não completou o ensino fundamental e sempre trabalhou na lavoura (BRASIL, 2013a).

Pelas razões amparadas, em 05 de fevereiro de 2013 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, foi proferida a seguinte decisão pela 6° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, denegou a ordem do HC, cuja ementa e comentários dispõem:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório. 2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou

> demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. 3. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2013a).

Dessa forma, a Ministra relatora, em seu voto, quando do pedido de aplicação da teoria da coculpabilidade, utilizou-se do precedente firmado no HC n° 116.972/MG, que teve como relator o Ministro Jorge Mussi, destacando-se o seguinte trecho:

> [...] Impossível acolher-se a teoria da co-culpabilidade para mitigar a reprovação da conduta do agente no caso, pois além de essa matéria não ter sido analisada pelo Tribunal de origem, o que impediria a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, diante das circunstâncias em que se deram os ilícitos, não há como se eximir o acusado parcialmente das suas consequências, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou porque teria menor âmbito de autodeterminação em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis [...] (BRASIL, 2013a).

Ante o exposto, observa-se que além de utilizar como fundamento a não apreciação do princípio pelo Tribunal de Origem, asseverou que não há como perdoar o acusado de seus atos e nem confirmar que ele praticou o crime em decorrência de uma omissão estatal ou que possui menor âmbito de autodeterminação em razão de suas precárias condições socioeconômicas (BRASIL, 2013a).

4.1.2 Acórdão 2: habeas corpus n° 191.662 – Tocantins

Conforme o acórdão, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 c/c art. 14, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003, à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

Da sentença, interpôs apelação, sendo-lhe negado provimento. Inconformada com a decisão, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça objetivando a absolvição deste ou, alternativamente, a redução da pena e o abrandamento do regime prisional. Ainda, arguiu a necessidade de diminuição da reprimenda imposta à luz da coculpabilidade (BRASIL, 2013b).

Sustentou, no que concerne à concorrência estatal, a seguinte razão “no presente fato, pela falta de trabalho, pela falta de moradia, pela falta de oportunidades que geram essas situações” (BRASIL, 2013b, p. 3).

Pelas razões amparadas, em 17 de 05 de fevereiro de 2013 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação da Ministra Laurita Vaz, foi proferida a seguinte decisão

pela 5° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, denegou a ordem do HC, cuja ementa e comentários seguem:

> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE FRAGRANTE PREPARADO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ATUAÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.[...] 3. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.4. **Ad argumentandum tantum, mostra-se inviável, na via angusta do habeas corpus, a aplicação da teoria da co-culpabilidade, como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, pois exige, inevitavelmente, o exame percuciente de matéria fático-probatória, a fim de perquirir se a omissão do Estado em assegurar ao Paciente os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República contribuiu para a prática do crime.** [...] 7. Ordem de habeas corpus denegada (BRASIL, 2013b, grifou-se).

Destarte, a Ministra relatora Laurita Vaz, em seu voto, contrapôs que seria inviável o reconhecimento da coculpabilidade, uma vez que se exigiria um profundo exame da matéria fático-probatória, a fim de averiguar se a inadimplência do Estado de garantir o mínimo existencial àquele paciente influiu para que ele praticasse o injusto penal de que fora condenado (BRASIL, 2013b).

4.1.3 Acórdão 3: habeas corpus n° 213.482 – São Paulo

Consta que o paciente foi condenado, no Juízo de 1° grau, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4°, inciso III, do Código Penal, totalizando a pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa.

Interposta apelação contra a sentença, foi negado provimento. Assim, inconformada com a decisão, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 213482), objetivando a fixação da pena-base no mínimo legal e o estabelecimento do regime inicial semiaberto, sustentando que houve ilegalidade na dosimetria da pena, por indevido *bis in idem,* imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2013c).

Sustentou que ocorreu uma ilegalidade na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, no que concerne aos antecedentes e à reincidência. Além disso, aduziu que fosse aplicada a teoria da coculpabilidade prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2013c).

Pelas razões amparadas, em 17 de setembro de 2013 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação da Ministra Laurita Vaz, foi proferida a seguinte decisão pela 5° turma do Superior Tribunal de Justiça que, de modo unânime, denegou a ordem do HC, conforme se depreende da ementa e comentários abaixo:

> HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.**ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO**. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL.HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. [...] 2. **A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, "no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos**" (BRASIL, 2013c, grifou-se).

Assim, como se pode observar, o fundamento utilizado para negar a aplicação do princípio da coculpabilidade é que referida teoria se trata de um benefício para aqueles que escolhem o caminho da criminalidade, sendo um real incentivo aos que estão mais propensos a cometerem crimes em razão de suas condições sociais, utilizando-se, assim, dessa "premiação" para cometerem delitos (BRASIL, 2013c).

Por fim, imperioso mencionar que a presente decisão serve de precedente para muitos julgados que versam sobre a aplicação da teoria da coculpabilidade.

4.1.4 Acórdão 4: habeas corpus n° 246.811 – Rio de Janeiro

Verifica-se que o paciente foi condenado, no Juízo de 1° grau, à pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 70,

ambos do Código Penal, e à pena de 01 (um) ano de reclusão, por infração ao art. 1º da Lei n.º 2.252/54.

A defesa e o Ministério Público recorreram da sentença, tendo sido negado provimento ao apelo da defesa, ao passo que fora dado provimento ao recurso da acusação, que reconheceu a causa de aumento da pena relativa à arma de fogo, o que majorou a pena do paciente para 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa (BRASIL, 2014a).

Irresignada com a decisão da apelação, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 246811), contra o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, objetivando que fosse afastada a majorante do emprego da arma de fogo, sustentando que a arma estava descarregada. Ainda, solicitou a redução da pena em decorrência do reconhecimento da coculpabilidade, atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2014a).

Neste diapasão, em 01 de abril de 2014, no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação dos Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz, foi proferida a seguinte decisão pela 5° turma do Superior Tribunal de Justiça que, pela maioria dos votos, não conheceu do pedido, cuja ementa e comentários seguem:

> ATENUANTE INOMINADA. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 231/STJ. A teoria da co-culpabilidade não demanda análise, a uma por esta não ser aceita no âmbito deste Tribunal Superior e a duas por se encontrar a pena-base no seu patamar mínimo, sendo que qualquer providência encontraria óbice no Enunciado Sumular 231/STJ. 3. Habeas corpus não conhecido. [...] (BRASIL, 2014a).

Em contrapartida, a Ministra relatora Laurita Vaz, em seu voto, quando do pedido de reconhecimento do princípio da coculpabilidade se utilizou do precedente firmado no HC n° 187.132 - MG, em que foi relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, conforme se destaca um trecho:

> O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. **Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais.** 3. Habeas corpus denegado." (HC n.º 187.132/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/02/2013l) (BRASIL, 2014a, grifou-se).

Ante o exposto, verifica-se que apesar de demonstrar que não está sendo admitida a aplicação da teoria da coculpabilidade, ressaltou-se que não ficou comprovado nos autos que o paciente foi prejudicado em decorrência de suas condições sociais.

Ainda, o Ministro relator Jorge Mussi, em seu voto, asseverou que aplicar referida atenuante inominada, tendo em vista que a pena-base já se encontrava em seu patamar mínimo, iria contra ao disposto na súmula 231/STJ "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (BRASIL, 1999).

4.1.5 Acórdão 5: habeas corpus n° 63.251 – Espírito Santo

Inconformada com o julgamento da apelação, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 63251), com o objetivo de realizar uma nova dosimetria da pena, imposta pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santos, tendo em vista que foram apreciadas de forma equivocada as circunstâncias judicias, o que ocasionou uma indevida fixação da pena-base.

Assim, a defesa do paciente sustentou que ocorreu uma violação do princípio da presunção de inocência ao se utilizarem de antecedentes criminais de inquérito policial em andamento, bem como de ações penais em que o paciente já fora absolvido. Ainda, alegou que não havia fundamentos para negativar a conduta social, motivos, circunstâncias e consequências do crime (BRASIL, 2014b).

Por fim, ainda, sustentou que em razão da negligência do Estado, que permite a comercialização de drogas, ocorreu uma contribuição para que José praticasse o injusto penal, sendo ele um mero instrumento na conduta ilícita de transportar substâncias ilícitas (BRASIL, 2014b).

Nesse contexto, em 03 de junho de 2014 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação do Ministro Nefi Cordeiro, foi proferida a seguinte decisão pela 6° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, não conheceu do pedido, cuja ementa e comentários dispõem:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.1. [...] 2. Carece de fundamento a negativação da conduta social, motivos, circunstâncias e consequências do crime, quando lastreada em afirmações genéricas, vagas e descontextualizadas, ou quando fundadas em fatos já constitutivos do tipo penal incriminado.3. **Não procede a pretendida valoração favorável ao condenado por omissão estatal na adequada persecução criminal do tráfico, pois co-**

> **culpabilidade não é admitida na jurisprudência e porque pretensão de aproveitamento da torpeza própria.** 4. A impressão pessoal do julgador, por ocasião do interrogatório do acusado, não serve como fundamento para admitir personalidade desviada, tendente ao crime. 5. Feitos criminais sem condenação não podem motivar o trato negativo da vetorial pertinente aos antecedentes do acusado. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas impostas (BRASIL, 2014b, grifou-se).

No que concerne à aplicação do princípio da coculpabilidade, a exposta decisão utilizou-se do precedente firmado no HC n° 213.482 - SP, em que foi relatora a Ministra Laurita Vaz, no qual foi negado a reconhecimento do referido instituto, sustentando que não poderia ser utilizado como uma premiação para quem escolhe a criminalidade como uma forma de vida (BRASIL, 2013c).

4.1.6 Acórdão 6: habeas corpus n° 213.481 – São Paulo

Consta que o paciente foi condenado, no Juízo de 1° grau, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput,* da Lei 11.343/06 e no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, totalizando a penas de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 741 (setecentos e quarenta e um) dias-multa.

Interposta apelação, foi negado provimento. Assim, inconformada com a decisão, a defesa do paciente impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 213481), objetivando a fixação da pena base no mínimo legal, tendo em vista a violação do princípio do "*non bis in idem",* uma vez que a vida pregressa de acusado restou duplamente valorada. Ainda, solicitou o reconhecimento da atenuante inominada, qual seja, a coculpabilidade, prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2014c).

Todavia, apesar de requerer a aplicação da coculpabilidade como forma de atenuar a pena imposta ao paciente, a defesa não apresentou qualquer fundamento para tanto (BRASIL, 2014c).

Nessa toada, em 03 de novembro de 2014 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação do Ministro Nefi Cordeiro, foi proferida a seguinte decisão pela 6° turma do Superior Tribunal de Justiça que, de forma unânime, não conheceu do pedido, cuja ementa e comentários se encontram abaixo:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA PELA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA EM DOIS MOMENTOS, COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE

> EM FACE DA EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO. SÚMULA 241/STJ. BIS IN IDEM NÃO DEMONSTRADO. **PLEITO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 66 DO CP, ANTE A CONFIGURAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE. QUESTÃO NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA**. PRIMEIRO JULGAMENTO DA APELAÇÃO ANULADO PELO STJ. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TJ. INOBSERVÂNCIA DO LIMITE DA CONDENAÇÃO IMPOSTO NO PRIMEIRO JULGAMENTO ANULADO. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA CONFIGURADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. Não se presta a existência de uma única condenação definitiva a fundamentar o aumento da pena como maus antecedentes e como reincidência, sob pena de bis in idem, nos termos do disposto na Súmula 241/STJ: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". [...] **4. Quanto à pretendida incidência da atenuante da co-culpabilidade, nos termos do art. 66 do CP ("[a] pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei"), uma vez que não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não poder ser conhecida por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.** [...] 6. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para anular o segundo julgamento da apelação, a fim de outro seja realizado, observando o limite de pena imposto no primeiro julgamento do apelo defensivo (BRASIL, 2014c, grifou-se).

Diante do pleito acerca da coculpabilidade, destaca-se o seguinte trecho do voto do relator Nefi Cordeiro:

> Compulsando os autos verifica-se que a questão não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, razão pela qual não poder ser conhecida por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, aferir acerca da existência ou não de parcela de responsabilidade do Estado no que diz respeito ao cometimento dos delitos sub examine também refoge aos estritos limites do writ (BRASIL 2014c, p. 9).

Assim, o fundamento utilizado pelo relator para negar tal aplicação se dá pela razão de que a matéria não foi analisada pelo Tribunal de 2° grau, não podendo, assim, ser examinada pela instância superior, o que configuraria supressão de instância.

4.1.7 Acórdão 7: recurso especial n° 1.394.233 – Rio Grande do Norte

Verifica-se que o recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 1.440 (um mil quatrocentos e quarenta) dias-multa.

Diante da sentença, o recorrente interpôs apelação, fundamentando que sua condenação deveria ser anulada, tendo em vista que fora utilizada prova ilícita, consistente em quebra de sigilo bancário obtida sem prévia autorização judicial e sem obedecer ao contraditório e à ampla defesa. Ainda, requereu o reconhecimento da atenuante inominada

prevista no art. 66 do Código Penal, para que fosse aplicada a coculpabilidade, uma vez que teria tentado se suicidar em razão das consequências de sua condenação (BRASIL, 2016).

O Tribunal de Origem negou provimento ao recurso da defesa, e no que diz respeito à matéria de coculpabilidade apreciada, "entendeu que não é hipótese de incidência da citada atenuante, vinculando sua aplicação apenas aos casos em que reconhecida a coculpabilidade do Estado na criminalização" (BRASIL, 2016).

Por esta razão, interpôs Recurso Especial, perante o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.394.233), contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Apelação Criminal n. 2006.84.00.004494-9/RN.

O recurso então foi julgado em 03 de maio de 2016, sob a redação do Ministro Sebastião Reis Júnior, sendo proferida a seguinte decisão pela 6° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos da ementa e comentários:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. **ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI**. DOUTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA. [...] 2. **Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante**. 3. De maneira oposta ao que acontece com as agravantes, que devem obediência ao princípio da taxatividade e que não podem ser interpretadas extensivamente em prejuízo do réu, **as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que dêem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena**.4. **Apesar de reconhecer que a citada atenuante inominada não está vinculada à teoria da coculpabilidade, não perfilho do entendimento do recorrente de que ela seja obrigatória, uma vez que o julgador deverá analisar o caso concreto e verificar se a circunstância é relevante in casu, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena**. 5. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2016).

Neste viés, observa-se da análise detida dos autos, que Tribunal de origem negou a aplicação da coculpabilidade fundamentando que só se reconhece esta corresponsabilidade do Estado no que diz respeito à criminalização, dessa forma, não poderia aplicar a atenuante inominada vinculada a este princípio.

Todavia, no que concerne ao pedido de aplicação da coculpabilidade no REsp, o Ministro Relator entendeu que, apesar dos fundamentos expostos pelo Tribunal de Origem, este não deveria ter se limitado a reconhecer a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal referente à coculpabilidade, mas sim, sobre qualquer circunstância relevante que se verificasse. Destaca-se o trecho do voto do relator:

> Da análise do artigo anterior verifica-se que o legislador criou uma atenuante aberta, que permite ao julgador, no caso concreto, apreciar circunstância relevante ocorrida antes ou depois do cometimento do delito e mesmo que não prevista expressamente em lei. Entendo que, ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante. [...] Dessa forma, contrariamente ao que ficou decidido pela Corte a quo, entendo que a atenuante prevista no art. 66 não possui sua aplicação limitada aos casos em que reconhecida a coculpabilidade do Estado, podendo incidir sempre que o julgador identificar alguma circunstância relevante (BRASIL, 2016).

Desse modo, apesar de não reconhecer a coculpabilidade, uma vez que o caso concreto não se encaixava nos preceitos elencados pela teoria, o relator entendeu sobre a possibilidade de ser aplicada a atenuante inominada a qualquer caso em que se verificar uma circunstância relevante. Assim, concretizando-se o princípio da individualização da pena.

4.1.8 Acórdão 8: habeas corpus n° 411.243 – Pernambuco

Não obtido êxito com o recurso de apelação, a defesa de J. S. de L. impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 411243), objetivando o redimensionamento da pena imposta Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, sob o fundamento de que incidia a aplicação da teoria da coculpabilidade prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2017).

Verifica-se que o paciente foi condenado a 10 (dez) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

Diante disso, a defesa sustentou que o paciente é egresso do sistema prisional e em razão disso não teria sido reinserido adequadamente ao convívio social, isto é, não ocorreu a sua ressocialização. Assim, há uma corresponsabilidade do Estado pela conduta por ele praticada, uma vez que não cumpriu com seu dever de ressocializá-lo. Por esta razão, requereu o reconhecimento da atenuante inominada. Por fim, solicitou o redimensionamento

da pena-base, por não haver provas concretas acerca das consequências do delito (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, em 07 de dezembro de 2017 no julgamento do presente HC objeto de análise, sob a redação do Ministro Jorge Mussi, foi proferida a seguinte decisão pela 5° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, não conheceu do pedido, cuja ementa e comentários dispõem:

> [...] ATENUANTE GENÉRICA. ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. COCULPABILIDADE. **NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS**. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da coculpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu; 2**. No caso destes autos não há elementos pré-constituídos que permitam afirmar que a conduta criminosa decorreu, ao menos em parte, de negligência estatal, de modo que a aplicação do benefício pleiteado depende de aprofundado exame dos fatos e provas coligidos ao longo da instrução para que se modifique o entendimento da Corte de origem acerca da inaplicabilidade da atenuante**. Tal providência, porém, não se coaduna com os estreitos limites do habeas corpus. 3. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2017, grifou-se).

Cabe ainda destacar o trecho do voto do Ministro relator Jorge Mussi, em que o fundamento utilizado para negar o reconhecimento da coculpabilidade se dá pela ausência de provas que demonstrem a omissão Estatal, veja-se:

> Desse modo, a tese da coculpabilidade depende da verificação, no caso concreto, de elementos que demonstrem que o Estado tenha deixado de prestar a devida assistência ao acusado, o que não foi constatado pelo eg. Tribunal de Justiça de Pernambuco [...] no caso, não foram especificadas as razões que levaram o paciente à prática delitiva, permitindo relacionar a ação criminosa com eventual negligência, justificando a atenuação da pena em razão da coculpabilidade estatal. Assim, mostra-se inviável o acolhimento da pretensão defensiva (BRASIL, 2017, p. 9-10).

Ainda, vultoso mencionar qual foi o fundamento utilizado pelo Tribunal de Origem para negar a incidência da corresponsabilidade Estatal:

> No presente caso, percebe-se que o acusado cometeu a conduta delituosa para satisfazer seus desejos, sem se preocupar com as consequências à vítima menor. Logo, o fato de ser egresso do sistema prisional em nada contribui para minorar sua pena, ao contrário, deveria o acusado estar mais ciente da responsabilidade de seus atos. E mais, sua atitude demonstrou falta de respeito à justiça e sua inclinação para prática de delitos. (BRASIL, 2017, p. 10).

Diante do exposto, verifica-se que o principal argumento para se denegar o reconhecimento da coculpabilidade, foi a ausência de prova que demonstrasse que o Estado

foi negligente para com o paciente e, ainda sim, não foram elencados os motivos que levaram o paciente a cometer o injusto penal. Por consequência, não se permitiu fazer a correlação da conduta pratica com a omissão Estatal, fato que embasaria a aplicação da atenuante inominada.

Por fim, o relator do presente HC finalizou o seu voto afirmando que, para a aplicação da coculpabilidade, seria necessário um reexame aprofundado dos elementos fático-probatórios inclusos no processo (BRASIL, 2017, p. 10).

4.1.9 Acórdão 9: agravo regimental n° 1.318.170 – Paraná

Consta que o agravante foi condenado pela prática do crime de furto. Interpôs o recurso contra a decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao REsp. A defesa do agravante solicitou, dessa forma, o reconhecimento da atenuante da confissão, bem como da teoria da coculpabilidade, considerando a omissão do Estado na recuperação do agravante. Requereu, ainda, a atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância (BRASIL, 2019a).

Dessa forma, em 21 de fevereiro de 2019 foi julgado o presente recurso, sob a redação do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, sendo proferida a seguinte decisão pela 5° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO. NÃO RECONHECIMENTO. **TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO**. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO.[...] 4. Quanto à tese de concorrência de culpa, vale registrar que esta Corte Superior não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. A propósito: HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013. 6. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2019a, grifou-se).

O Ministro relator, em seu voto, concernente à aplicação da teoria da coculpabilidade, alegou que o princípio não pode ser arguido como forma de premiação àqueles que fazem da criminalidade um meio de vida e, ainda, utilizou-se do seguinte precedente:

> No lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 1º/7/2011) (BRASIL, 2019a).

Verifica-se que neste recurso foram arguidos os mesmos fundamentos de outros acórdãos já analisados, os quais acreditam que a teoria da coculpabilidade, ao ser reconhecida, seria uma forma de incentivo àquelas que estão mais afeitos ao mundo do crime.

4.1.10 Acórdão 10: agravo regimental n° 1.170.619 – Pernambuco

Verifica-se que o agravante foi condenado, pelo Juízo de 1° grau, à pena de 14 (quatorze) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, incisos I, II e V (4 vezes), na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Dessa forma, interposto o agravo regimental da decisão que conheceu parcialmente o recurso especial, a defesa do agravante sustentou que não há fundamentação idônea e concreta para majorar a pena-base, no que se refere às circunstâncias do crime, bem como, solicitou o reconhecimento da atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, sob a ótica da teoria da coculpabilidade, apresentando a seguinte razão "ante a superlotação dos presídios brasileiros e a lógica de encarceramento em massa, não se pode admitir que o assistido, imerso em contexto de marginalização severa, seja ainda mais punido pelo corpo social" (BRASIL, 2019b).

Subsequente, em 06 de junho de 2019 foi julgado o presente recurso, sob a redação da Ministra Laurita Vaz, sendo proferida a seguinte decisão pela 6° turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, cuja ementa e comentários seguem abaixo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AMEAÇA AOS FILHOS DAS VÍTIMAS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. ELEMENTO QUE NÃO SE AFIGURA INERENTE AO TIPO PENAL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.[...] 2. **A teoria da coculpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida**. [...] 6. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2019b, grifou-se).

Neste sentido, no recurso de apelação interposto anteriormente pelo agravante, o Tribunal *a quo* negou a aplicação da atenuante inominada, apresentando os seguintes fundamentos:

> Na segunda fase da dosimetria, o recurso de apelação da defesa alega a necessidade de serem reconhecidas atenuantes inominadas, com base no art. 66 do Código Penal. **Porém, não lhe assiste razão, pois condições sociais, ou econômicas desfavoráveis não podem servir de escusa para justificar comportamentos criminosos, o que estimularia, em última análise, a prática de delitos. Cabe acrescentar, por fim, que tal teoria não foi incorporada pela legislação penal pátria ou reconhecida pela jurisprudência**. Portanto, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase (BRASIL, 2019b, grifou-se).

Por esta razão, a Ministra relatora do presente Agravo Regimental se utilizou do precedente firmado no HC n° 186.631/SP, que teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, para não conceder o reconhecimento da teoria da coculpabilidade, destacando-se o seguinte trecho da decisão:

> A questão da aplicação da teoria da coculpabilidade não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, vedada a supressão de instância. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido tal teoria como justificativa para a prática de delitos. **E sequer se apontou na hipótese ter sido a paciente prejudicada por suas condições sociais**. [...] (HC 186.631/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe de 22/04/2013) (BRASIL, 2019b, grifou-se).

Pelas decisões acima expostas, verifica-se que os fundamentos utilizados para negarem tal a aplicação corresponde à ausência de previsão legal, bem como à escassez de prova de que as condições sociais tenham prejudicado o agravante ao ponto de praticar um delito.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Os dez acórdãos analisados no tópico anterior foram julgados no período compreendido entre fevereiro de 2013 a setembro de 2019, e buscaram examinar a aplicação do princípio da coculpabilidade.

Da análise destas decisões, verificou-se, primeiramente, que a defesa se utiliza do art. 66 do Código Penal como forma de requerer a aplicação e reconhecimento da teoria da coculpabilidade, em razão de uma circunstância relevante, normalmente sendo as condições sociais do agente, correlacionando-se, assim, o princípio da coculpabilidade como uma atenuante inominada.

Diante disso, observa-se que das hipóteses de positivação do princípio na legislação brasileira elencados pela doutrina, a única que vem sendo utilizada pelos aplicadores do

Direito, até o presente momento, é a da aplicação da coculpabilidade como uma forma de atenuar a pena, em razão da miserabilidade do agente e de seu menor âmbito de autodeterminação, dentre outras circunstâncias.

Ademais, constatou-se que a grande parte dos *habeas corpus* analisados se tratava de pacientes que acabaram de sair do sistema prisional, os quais sustentaram que não foram inseridos devidamente no convívio social. Além disso, por serem severamente marginalizados diante da superlotação dos presídios, não poderiam ser ainda mais punidos pela sociedade, bem como, por não possuírem moradia, educação ou emprego, deveria ser diminuída a sua reprovabilidade.

Neste viés, das decisões analisadas, em sua maioria proferidas pelas 5° e 6° turma do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o entendimento se predispõe a não aplicar o princípio da coculpabilidade.

Independente do crime ou das razões apresentadas para o seu reconhecimento, sempre há um fundamento ao não acolhimento.

Uma das razões utilizadas para se denegar a coculpabilidade é no sentido de que a teoria não pode ser levantada como um verdadeiro prêmio para aqueles indivíduos que se utilizam da criminalidade como um meio de vida, de modo que não arcarão com as suas responsabilidades para com a sociedade (BRASIL, 2013c; BRASIL, 2014b; BRASIL, 2019b).

Além deste fundamento, vislumbrou-se que, ao aplicar esta teoria, em vez de se aferir a responsabilidade moral, o grau de reprovabilidade, dentre outros elementos, acaba-se por prover uma justificativa àqueles que tendem uma maior vulnerabilidade para adentrar ao mundo da criminalidade, influenciando-os a acreditar que não são culpados por suas condutas (BRASIL 2013c; BRASIL, 2017; BRASIL, 2019a).

Ademais, verificou-se um fato controverso nas decisões, pois, em um acórdão é negada a aplicação do princípio da coculpabilidade, assegurando que serve como um verdadeiro prêmio aos infratores ou porque aplicar essa teoria seria uma forma de influenciar a prática de delitos pelos mais vulneráveis.

Em contrapartida, há decisões em que não foi acolhida a atenuante inominada relacionada a este princípio, uma vez que não havia provas suficientes que demonstrassem o prejuízo causado pelas condições sociais do agente capaz de inseri-lo no mundo da criminalidade.

Ainda, há decisões que foram desfavoráveis à concessão da coculpabilidade porque seria necessário um reexame dos fatos para se averiguar essa corresponsabilidade do Estado,

não sendo competência daquele Tribunal à realização de tal reexame (BRASIL, 2014a; BRASIL, 2017).

Observa-se, também, conforme o acórdão 2, que o argumento utilizado pela Ministra relatora para fundamentar o não reconhecimento da coculpabilidade se inclina à necessidade de realização de um exame perspicaz, a ponto de verificar se a omissão do Estado em desfavor do agente foi capaz de contribuir para o cometimento do delito (BRASIL, 2013b).

Outrossim, segundo a decisão do acórdão 1, a Ministra relatora, em seu voto, sustentou que não era possível perdoar o acusado por seus atos e nem sequer confirmar que ele praticou o crime em decorrência de uma omissão estatal ou que possui menor âmbito de autodeterminação em razão de suas precárias condições socioeconômicas (BRASIL, 2013a).

Por outro lado, diante do que foi averiguado, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, embora tenha se mostrado desfavorável à aplicação da coculpabilidade no decorrer desses últimos 07 anos de decisões acerca da temática, ele reconhece implicitamente a possibilidade de aplicar a teoria caso se comprove que as condições sociais do agente o tenham levado a praticar um injusto penal.

Isso porque, como foi dito, há decisões que alegam que "sequer houve provas das condições sociais do agente, que pudessem lhe prejudicar", isto se faz crer que, caso fosse comprovada a condição de vulnerabilidade e ela tivesse relação direta com a prática do delito, o princípio poderia ser reconhecido. Todavia, a controvérsia se encontra na situação em que, mesmo demonstrando que o agente tinha um menor âmbito de autodeterminação, por exemplo, por ter se desligado recentemente do sistema prisional e não ter sido inserido novamente de forma devida à sociedade, ou porque praticou o delito dentro do estabelecimento prisional, onde era dever do Estado evitar tal conduta, os Ministros se utilizam de outros fundamentos para negar a sua aplicação (BRASIL 2013a; BRASIL, 2019b).

Nesse caso, depreende-se que é fato notório e comprovado que o sistema prisional do país apresenta números de presos muito acima dos de vagas, além de que as pessoas lá inseridas, em sua maioria, são indivíduos pobres, marginalizados pelo Estado, que foram excluídos socialmente, pessoas negras, com baixo grau de instrução e, normalmente, até pelo que se observa dos acórdãos analisados, praticaram crimes contra o patrimônio ou crimes previstos na Lei de Drogas (JUNIOR; SOUZA, 2019).

Em decorrência, conclui-se que o sistema punitivo, muita das vezes, não cumpre com o seu dever de ressocializar aqueles agentes que são condenados à pena privativa de liberdade, isto é, os pune ainda mais pelas condições a que ficam expostos. Assim, pode-se dizer que,

em certos casos, não todos, há uma parcela de culpa do Estado que inseriu indevidamente o agente no meio social, após um período recluso, o qual, em virtude de sua baixa capacidade de se autodeterminar, praticou novamente outros delitos.

A ideia de uma ressocialização seria que o indivíduo, ao ser inserido novamente ao convívio social, não venha a praticar mais delitos. Ora, não quer aqui se afirmar, de forma geral, que o Estado seja um pouco responsável por todo o agente que volta a praticar delitos, mas também, não se deve negar que há casos em que existiu grande negligência estatal, o que, ocasionalmente, contribuiu para que aquele agente retornasse à vida do crime.

De outra sorte, constatou-se que o Tribunal justifica que não concede a atenuante inominada da coculpabilidade quando a pena-base já se encontra em seu patamar mínimo, caso contrário, estaria decidindo em desacordo com disposto na súmula 231/STJ (BRASIL 2014a).

Por sua vez, também é fundamento utilizado pelos Ministros para não se aplicar a teoria da coculpabilidade quando a matéria não foi analisada pelo Tribunal de 2° grau, não podendo, assim, ser examinada pela instância superior, o que configuraria supressão de instância (BRASIL, 2016).

Assim, os fundamentos dispostos pelos Ministros Relatores em seus votos, ao negarem a aplicação da coculpabilidade, foram basicamente que o princípio serve de recompensa para aqueles que resolvem praticar crimes e se utilizam de sua situação econômica para justificar tal delitos, além disso, apontaram que começar a reconhecer essa teoria seria um modo de influenciar aqueles que se encontram mais vulneráveis ao cometimento de crimes.

Em outros momentos, os fundamentos utilizados foram a insuficiência no contexto probatório capaz de comprovar que o agente foi prejudicado pelas suas condições sociais. E, por fim, na maioria destes acórdãos se asseverou que o Tribunal não tem admitido essa teoria e a sua ausência de previsão legal sob a justificativa da impossibilidade de aceitar a sua aplicação.

Destarte, verificou-se, ainda, que em apenas cinco dos acórdãos analisados foi demonstrada, de alguma forma, a condição de vulnerabilidade do agente e o porquê da parcela de responsabilidade do Estado (acórdãos 1, 2, 5, 8 e 10). Atestando-se, assim, que a maioria dos agravantes/recorrentes apenas solicitaram o reconhecimento da atenuante inominada, mas não trouxeram sequer algum meio para comprovar a situação de vulnerabilidade no que diz respeito à marginalização pelo Estado.

Por derradeiro, diante de todos os argumentos aventados pelos Ministros, bem como das hipóteses de positivação e defesa do princípio trazido por alguns doutrinadores, acredita-

se que como meio de concretizar os princípios constitucionais que respaldam a teoria da coculpabilidade, quais sejam, a individualização da pena, quando se concede a cada indivíduo o que lhe cabe (MASSON, 2015, p. 101); da igualdade/isonomia, quando busca um tratamento diferente àqueles que são desiguais; da dignidade da pessoa humana, como forma de proteção aos hipossuficientes e, por fim, do pluralismo jurídico, que possui como objetivo fundamental a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (MOURA, 2019, p. 88-92-95), deveriam ser feito o seu reconhecimento.

Assim, quando fosse verificado que o agente vivia em condições de miserabilidade, tendo um menor âmbito de autodeterminação, como também não lhe fora dada outra alternativa a não ser adentrar no mundo da criminalidade, de forma que que isso ocorreu por conta de uma omissão estatal, acredita-se que seria justificável, caso comprovada a relação entre o delito e as condições de vulnerabilidade do agente, o reconhecimento da coculpabilidade, analisando-se cada caso de forma particularizada, garantindo o direito daquele cidadão que fora marginalizado (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2015; MOURA, 2019; GUILHERME, 2019). Concretizando-se, então, os princípios constitucionais basilares da coculpabilidade.

Por fim, considera-se não ser adequado simplesmente resistir contra a sua aplicação, utilizando-se de qualquer fundamento para tanto, o que muitas vezes ocorre sem nenhum respaldo legal. Ademais, também não seria correto aplicar o princípio em qualquer caso que se verificasse uma situação de vulnerabilidade, uma vez que seria necessário fazer uma relação da condição social, da responsabilidade do Estado em relação a essa condição, além de se levar em conta o fato praticado.

Por fim, analisados todos os acórdãos selecionados, passa-se à conclusão do presente trabalho monográfico.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade. Dessa forma, foi necessário realizar um estudo do conceito de culpabilidade, o seu desenvolvimento histórico, bem como estudar as principais teorias que resultaram no conceito atual de culpabilidade, além de explicar os elementos de culpabilidades e as causas que a excluem.

Posteriormente, estudou-se o conceito de coculpabilidade, sua origem histórica, o embasamento constitucional para a sua aplicação. Ademais, detalharam-se os princípios constitucionais que dão substrato a este instituto, identificou-se o que seria a coculpabilidade às avessas. E, enfim, analisou-se o entendimento doutrinário, mediante a busca pelas hipóteses de inserção deste princípio no Código Penal.

No último capítulo de desenvolvimento, analisou-se o centro dessa pesquisa, apontando-se o posicionamento jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, pelo Superior Tribunal de Justiça, com os fundamentos utilizados para negar ou conceder a teoria da coculpabilidade.

Dá análise, conclui-se que o posicionamento majoritário firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no período selecionado para a pesquisa dos acórdãos proferidos, inclinou-se por não aplicar o princípio da coculpabilidade.

Destarte, o que se constatou, em um primeiro momento, é que os Ministros consideram o princípio da coculpabilidade um verdadeiro prêmio aos agentes que não assumem a sua responsabilidade social e que aplicá-lo seria uma formar de estímulo aos que possuem tendência a uma vida criminosa. Por estas razões, verificou-se que os entendimentos não o consideram.

Em um segundo momento, verificou-se que os Ministros, de modo implícito, reconhecem a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade quando, nas decisões analisadas (HC n° 411243; HC n° 246811 e HC n° 191662) justificaram que não poderiam aplicar a teoria, tendo em vista que, sequer se apontou, na hipótese, terem sido os pacientes prejudicados por suas condições sociais.

Alternativamente, quando se fundamentou a ausência de prova, os Ministros sustentaram que deveria ter sido realizado um reexame aprofundado dos elementos fático-probatórios inclusos no processo, ou seja, caso fossem demonstrados estes fatos de modo concreto, provavelmente seria aplicada a respectiva teoria.

De outra sorte, constatou-se que o Tribunal justifica que não concede a atenuante inominada da coculpabilidade quando a pena-base se encontra em seu patamar mínimo (súmula 231/STJ), e também para não se aplica a quando a matéria não foi analisada pelo Tribunal de 2° grau, razão pela qual não pode ser examinada pela instância superior, pois configuraria supressão de instância.

Nesse sentido, verificou-se que os fundamentos utilizados pelos Ministros se baseiam unicamente em negar a aplicação do princípio da coculpabilidade, todavia, sem fundamentar juridicamente os reais motivos para não o conhecer (GUILHERME, 2019, p. 178).

Assim, conforme as decisões analisadas, proferidas nos últimos sete anos, verifica-se que o Tribunal da Cidadania ainda possui uma grande resistência em reconhecer a coculpabilidade como concretização dos direitos constitucionais, sob a perspectiva dos princípios da igualdade/isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana e do pluralismo jurídico.

Apesar do posicionamento adotado por este Tribunal, é necessário se ter uma visão ampla do tema. Dessa forma, a partir do que foi estudado e pesquisado, verificou-se que a coculpabilidade não serve para justificar a prática de injustos penais por aqueles que possuem condições socioeconômicas péssimas, mas segundo Moura (2019, p. 144) como um critério corretor da seletividade penal.

Nesta linha, tem-se que a coculpabilidade não serve para eliminar a seletividade no sistema penal, ao contrário, corrigi-la, diminuindo os seus impactos com a aproximação do Direito Penal da culpabilidade material, isto é, garantindo a igualdade material e concretizando a individualização da pena, ao admitir que um agente possui o seu poder de autodeterminação diminuído, em razão de uma negligência do Estado e da sociedade, os quais devem ser corresponsáveis (MOURA, 2019, p. 148). Aplicando-se, dessa forma, a igualdade substancial, ao tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.

Neste sentido, sugere-se, depois de tudo que fora analisado e estudado, que o princípio da coculpabilidade seja aplicado como uma causa de diminuição da pena, como exposto no segundo capítulo de desenvolvimento, acrescentando-se um parágrafo ao art. 29 do Código Penal (MOURA, 2019, p. 128), para estabelecer que, caso o agente se encontre em condições sociais precárias, desde que relacionadas à prática do injusto penal, sua pena deve ser diminuída.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 30 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BAYER, Diego Augusto. **Co-culpabilidade e responsabilização do estado**. 2014. Disponível em: https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943231/co-culpabilidade-e-responsabilizacao-do-estado. Acesso em: 22 mai. 2020.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book.* Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 1.318.170 do Estado do Paraná.** Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto. Cerceamento de defesa. Inexistência. Confissão. Não reconhecimento. Teoria da co-culpabilidade do estado. Não configuração. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, in casu. Recurso desprovido. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 de fevereiro de 2019a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1796387&tipo=0&nreg=201801549696&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190301&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 1.770.619 do Estado do Pernambuco.** Agravo regimental no recurso especial. Penal. Roubo majorado. Exasperação

da pena-base. Circunstâncias do crime. Ameaça aos filhos das vítimas. Motivação suficiente. Elemento que não se afigura inerente ao tipo penal. Terceira fase da dosimetria. [...]. Relator: Min. Laurita Vaz, 06 de junho de 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1835323&tipo=0&nreg=201802607416&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190618&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 187.132 do Estado de Minas Gerais.** Habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação. Apelação julgada. Pretensões de absolvição e desclassificação. Via inadequada. Exame aprofundado das provas. Teoria da co-culpabilidade do estado. Não configuração. Ordem denegada. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 05 de fevereiro de 2013a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1207618&tipo=0&nreg=201001850878&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130218&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 191.622 do Estado do Tocantins.** Habeas corpus. Penal e processual penal. Tráfico ilícito de drogas e porte ilegal de arma de fogo. Alegação de fragrante preparado. Não ocorrência. Impossibilidade de exame aprofundado de matéria fático-probatória. Atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. Teoria da co-culpabilidade. [...]. Relator: Min. Laurita Vaz, 05 de fevereiro de 2013b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1206161&tipo=0&nreg=201002196461&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130215&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 213.481 do Estado de São Paulo.** Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não conhecimento do writ. Crimes de tráfico de Drogas e de porte ilegal de Arma de Fogo com numeração suprimida. Dosimetria. Aumento da Pena pela existência de condenação definitiva em dois momentos, como maus antecedentes e como reincidência. [...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 04 de novembro de 2014c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1362522&tipo=0&nreg=201101655630&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141114&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 213.482 do Estado de São Paulo.** Habeas corpus. Direito Penal. Furto qualificado. Dosimetria da pena. Maus antecedentes e reincidência. Existência de duas condenações com trânsito em julgado. Exasperação Na primeira e na segunda fase de fixação da pena. Possibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. Teoria da co-culpabilidade. [...]. Relator: Min. Laurita Vaz, 17 de setembro de 2013c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1264008&tipo=0&nreg=201101655666&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130925&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 246.811 do Estado do Rio de Janeiro.** Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento. Atenuante inominada. Teoria da co-culpabilidade. Impossibilidade de aplicação. [...]. Relator:

Min. Jorge Mussi, 01 de abril de 2014a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1299212&tipo=0&nreg=201201314194&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140415&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 411.243 do Estado do Paraná.** Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Não conhecimento. Atenuante genérica. Art. 66 do Código Penal. Coculpabilidade. Necessidade de reexame de fatos e provas. Writ não conhecido. [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1665710&tipo=0&nreg=201701958106&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171219&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 63.251 do Estado do Espírito Santo.** Processual Penal e Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Pena-base. Ausência de fundamentação adequada. Redimensionamento da pena. [...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 03 de junho de 2014b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1327801&tipo=0&nreg=200601596561&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140701&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.394.233 do Estado do Rio Grande do Norte.** Recurso especial. Penal e Processo Penal. Peculato. Pleito pelo reconhecimento da ilicitude da prova. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Corte a quo que entendeu que não houve quebra de sigilo. [...]. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 03 de maio de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1508663&tipo=0&nreg=201302665363&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160516&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília, DF, Superior Tribunal de Justiça, [1999]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 08 mar. 2020.

CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. **A teoria da coculpabilidade do Estado e a seletividade no Direito Penal**. Orientador: Manuel da Costa Andrade. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado do Curso de Direito) – Universidade de Coimbra, Portugal, Coimbra, 2014. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34931/1/A%20Teoria%20da%20Coculpabilidade%20do%20Estado%20e%20a%20Seletividade%20do%20Direito%20Penal.pdf. Acesso em: 22 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: volume 1: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

ECOA, Bárbara Forte de. **Por que Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo**. 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/02/20/por-que-brasil-e-o-setimo-pais-mais-desigual-do-mundo.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral esquematizado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal**: uma questão social. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de pesquisa social**, 2015. *E-book.* Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/[57803-330527]Projetos_de_pesquisa_social_livro.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral: volume 1. 9. ed. São Paulo: Método, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/Direito%20Penal%20Esquematizado%20Vol.%201%20-%20Cleber%20Masson.pdf. Acesso em: 22 mai. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral: volume 1. 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo; SOTERO, Ana Paula da Silva; AMORIM, Nadine Araújo. O pluralismo jurídico como forma alternativa de garantia social de acesso à justiça nas resoluções de conflitos de terra no estado democrático de direito. Diké - **Revista Jurídica: Curso de Direito da UESC**, Santa Cruz, v. 16, n. 16, p. 194-230, dez. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/1566-Texto%20do%20artigo-6375-3-10-20170712.pdf. Acesso em: 30 mai. 2020.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120 do código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PALMEIRA, Nathália Figueiredo. **O princípio da coculpabilidade e sua (in)aplicabilidade como atenuante genérica no Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Orientador: Raphael Boldt de Carvalho. 2017. 45 f. TCC (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2017. Disponível em: http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/432/1/Nath%C3%A1lia%20Figueiredo%20Palmeira.pdf. Acesso em: 30 mai. 2020.

PEREIRA, Leonellea; NITÃO, Maria Ivonete Vale. **As várias faces das teorias da culpabilidade**. 2018. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/leonelleapereira/artigos/as-varias-faces-das-teorias-da-culpabilidade-the-different-faces-from-theories-of-culpability-4312. Acesso em: 20 mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70002250371 de Novo Hamburgo.** Roubo. Concurso. Corrupção de menores. Co-culpabilidade. – se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de "bis in idem" - inepta e a inicial do delito de corrupção de menores (Lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) [...]. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho, 21 de março de 2001. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 08 jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: Icpc: Cursos e Edições, 2014. *E-book*. Disponível em: file:///C:/Users/julli/Downloads/Direito%20Penal%20(parte%20geral)%20-%20Juarez%20Cirino%20dos%20Santos%20-%206%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o_%202014.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOARES FILHO, Sidney; SOARES, Leila Beuttenmüller Cavalcanti. **O princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro: análise do julgamento da Apelação Criminal n. 70013886742 do TJ/RS**. 2014. 30 f. Tese (Doutorado do Curso de Direito) – Universidade de Fortaleza, Ceará, 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94febc12ef3e7fc6. Acesso em: 24 mai. 2020.

SOUZA, Maciana de Freitas e; SOUZA JUNIOR, Francisco Vieira de. **Entendendo o básico para opinar sobre a crise no sistema penitenciário brasileiro**. 2019. Disponível em: https://www.justificando.com/2019/05/30/entendendo-o-basico-para-opinar-sobre-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/. Acesso em: 05 jun. 2020.

TALON, Evinis. **O atual momento punitivista e suas contradições**. 2017. Disponível em: http://www.justificando.com/2017/06/28/o-atual-momento-punitivista-e-suas-contradicoes/. Acesso em: 28 mai. 2020.

TANURE, Lucas Lacerda; FERREIRA, Paulo Henrique. Coculpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. **Revista do Caap**. Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 121-138, mar. 2014. Disponível em: https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/387/359. Acesso em: 01 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*. Disponível em:

file:///C:/Users/julli/Downloads/ZAFFARONI_%20Eugenio%20Raul.%20PIERANGELI.%20Manual%20de%20direito%20penal%20brasileiro.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.