

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Escola de Direito, Turismo e Museologia
Departamento de Direito

IARA ROCHA DE FARIA GOMES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE NA
APLICAÇÃO DA PENA: efeitos jurídicos na dosimetria da pena**

Ouro Preto
2023

Iara Rocha de Faria Gomes

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE
NA APLICAÇÃO DA PENA: efeitos jurídicos na dosimetria da pena**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Igor Alves Noberto Soares.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

Iara Rocha de Faria Gomes

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE NA APLICAÇÃO DA PENA: EFEITOS JURÍDICOS NA DOSIMETRIA DA PENA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito

Aprovada em 29 de agosto de 2023.

Membros da Banca

Professor Mestre Igor Alves Noberto Soares - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Professor Mestre Edvaldo Costa Pereira Júnior (Universidade Federal de Ouro Preto)
Mestranda Yandra Karolliny Santos de Carvalho (Universidade Federal de Ouro Preto)

O Professor Mestre Igor Alves Noberto Soares, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 12 de setembro de 2023.



Documento assinado eletronicamente por **Igor Alves Noberto Soares, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 12/09/2023, às 17:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0588503** e o código CRC **3151D8B3**.

Aos meus pais que sempre facilitaram cada passo do meu processo de formação e às minhas irmãs fontes de incentivo e motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por me proporcionarem a oportunidade inenarrável de poder desfrutar a melhor e uma das mais importantes experiências do ser humano: o acesso à educação superior em uma Universidade Federal, sobretudo a Universidade Federal de Ouro Preto.

Em especial agradeço ao meu Prof. Igor Alves Norberto Soares, cuja orientação e dedicação foram essências para a finalização de trabalho.

“Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesmo inflige exceda o bem que nasce do delito.” (BECCARIA, 2005. pp. 92-93)

RESUMO

O presente artigo, desenvolvido por meio de metodologia jurídico interpretativa e pesquisa doutrinária e jurisprudencial, aborda a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro, sobretudo como atenuante na dosimetria da pena. Nestes termos, será apresentado sobre a lógica e como se justifica a intervenção penal nas condutas, além de compreender suas limitações no contexto social, destacando a importância do estabelecimento e respeito aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Sendo assim, busca-se apresentar o princípio da coculpabilidade como importante meio de justiça social, na medida em que se traduz na culpa compartilhada do indivíduo e do Estado no cometimento do crime. Evidenciando os frutos da desigualdade social e as consequências de um Estado ineficiente em seu papel como garantidor de direitos sociais. Por fim, fica evidenciado a importância do estudo do princípio e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico do país, com a finalidade de garantir penas mais justas aos agentes vulneráveis da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Coculpabilidade. Atenuante da Pena. Dosimetria da Pena.

ABSTRACT

This work, developed through interpretive legal methodology and doctrinal and jurisprudential research, addresses the applicability of the principle of co-culpability in Brazilian criminal law, especially as a mitigating factor in the dosimetry of the sentence. In these terms, it will be presented on the logic and how criminal intervention in conduct is justified, in addition to understanding its limitations in the social context, highlighting the importance of establishing and respecting the principles that guide the legal system. Therefore, this article seeks to present the principle of co-culpability as an important means of social justice, insofar as it translates into the shared guilt of the individual and the State in committing the crime. Highlighting the fruits of social inequality and the consequences of an inefficient State in its role as a guarantor of social rights. Finally, the importance of studying the principle and its applicability in the country's legal system is highlighted, with the aim of guaranteeing fairer penalties for vulnerable people in society.

KEYWORDS: Criminal Law. Co-culpability. Mitigating. Feather Penalty. Dosimetry.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. A INTERVENÇÃO PENAL NO SONTEXO SOCIAL.....	10
2.1. Histórico da tutela penal às condutas.....	11
2.2. Limites ao expansionismo penal.....	13
3. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.....	16
3.1. A necessidade de compreender a principiologia	16
3.2. O conceito de coculpabilidade	18
4. A COCULPABILIDADE COMO ATENUNATE DA PENA.....	22
4.1. .A aplicação da coculpabilidade na dosimetria da pena.....	23
4.2. Admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	26
5. CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS.....	32

INTRODUÇÃO

As recentes discussões sobre a intervenção penal nos termos da vida humana integram inúmeros trabalhos acadêmicos. As noções contemporâneas de limitação ao poder de punir estão alinhadas às reflexões sobre a Criminologia Crítica e buscam (re)construir os institutos do Direito Penal aos pressupostos democráticos da intervenção penal.

Por isso, o presente trabalho discutiu sobre o princípio da coculpabilidade, o qual relaciona a responsabilidade do Estado e da sociedade nas práticas criminais, evidenciando que a desigualdade social possui reflexos em diversos âmbitos na vida do indivíduo. É notório que o corpo social é discriminatório, excludente, desorganizado e marginalizado e quando aliado à omissão do Estado em garantir os direitos básicos para uma vida digna contribuem para o cerceamento da autodeterminação e da liberdade do agente, o que corrobora para a prática da conduta delituosa.

Nesse sentido, a partir dos contributos dos juristas Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, além dos escritos sobre a Criminologia Crítica, foram discutidas as bases da responsabilidade jurídico-penal na esteira do modelo contemporâneo de Justiça Criminal. Por meio de uma análise sociológica jurídica da sociedade, podemos compreender que o Estado tem responsabilidade na conduta do autor, que em situação de marginalização venha a cometer o delito.

Aplicando a teoria da coculpabilidade no contexto brasileiro, ela surge com a observação da negligência estatal em garantir direitos fundamentais básicos a todos os cidadãos como educação, saúde, moradia, entre outros. Nesse aspecto, destaca-se que tais direitos, tidos como fundamentais, estão elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, sendo especificados como direitos de todos e dever do Estado em garanti-los.

Assim sendo, aplicando tal raciocínio à ótica penal, é possível aplicar o princípio da coculpabilidade como uma das circunstâncias atenuantes da pena definidas no artigo 66 do Código Penal Brasileiro? A partir de um método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa exploratória, foram consultadas obras jurídicas sobre a matéria, bem como foi analisada a jurisprudência dos tribunais para concluir pela possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade no Brasil.

Enfatiza-se que o princípio da culpabilidade ainda não foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua aplicação torna-se exequível sob a interpretação à luz da Constituição de 1988 e das normas penais. Portanto, sendo dever do poder público tomar medidas de controle da criminalidade, compartilhar a responsabilização do delito com o Estado torna o sistema de controle da sociedade mais justo e igualitário. Por isso, mostra-se relevante discutir sobre a aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante na aplicação da pena, uma vez que infere na eficácia dos parâmetros de controle social.

O presente trabalho está organizado em três capítulos. De início, a fim de aprofundar a discussão sobre o tema escolhido, é necessário entender a lógica e como se justifica a intervenção penal nas condutas, além de compreender suas limitações no contexto social. Em um segundo momento, será relevante apreender sobre a importância principiológica que proporciona fundamentos ao sistema de normas, e, por conseguinte, o conceito do princípio da coculpabilidade. Por fim, será apresentado sobre a admissibilidade do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a possibilidade de sua aplicação como atenuante na dosimetria da pena.

1. A INTERVENÇÃO PENAL NO CONTEXTO SOCIAL

Tomando como primordial a necessidade de controle social, o Direito Penal possui papel indispensável na gestão da sociedade. Tem-se como sua função essencial a proteção dos bens jurídicos, de modo que para sua atuação é necessário haver lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015). O autor Guilherme Nucci, conceitua o direito penal como, (2023, p.48):

É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Embora a sua definição se concentre nos limites do poder punitivo, significando um enfoque voltado ao Direito Penal Democrático, não se há de olvidar constituir o ramo mais rígido do Direito, prevendo-se as mais graves sanções viáveis para o ser humano, como é o caso da privação da liberdade.

Partindo de tais assertivas, aponta-se que a definição de bens jurídicos para o direito penal moderno é de extrema importância, pois sua delimitação corrobora para

a construção do que vem a ser lícito e ilícito, além de restringir a intervenção penal. Dentro desse contexto, torna-se necessário ressaltar que não são todos os bens que são protegidos pelo direito penal, devendo ser objetos de tutela, apenas aqueles bens que são indispensáveis para manter a sociedade em equilíbrio. Cada ordenamento jurídico, com base em seus valores e interesses coletivos e individuais vinculados ao Estado, deve selecionar quais bens são essenciais para a harmonia social.

Isto posto, em um Estado Democrático de Direito, onde a máxima é a liberdade e a construção da cidadania, há uma preocupação com a mitigação dos direitos individuais, de forma que a punição deve se limitar às condutas que são indiscutíveis para manter o controle da paz social. Desse modo, para que haja um sistema punitivo dentro de um Estado, sua construção deve se pautar em princípios de forma a correlacionar e orientar todo um ordenamento jurídico (BATISTA, 2011).

É nessa preocupação com a mitigação dos direitos e das liberdades individuais que se estabelece a ideia de que o direito penal deve atuar subsidiariamente, somente quando não há outra via de resolução do problema por meio de outras áreas do direito é que se deve acionar o legislativo penal. A ideia do direito penal como *ultima ratio* deve-se ser usada afim de não banalizar a punição, o que pode ocasionar sua ineficácia impulsionada pelo descrito do seu uso descomedido. (NUCCI, 2023)

Um outro aspecto da atuação do direito penal nas condutas sociais se diz respeito a legalidade, que restringe de modo eficiente sua extensão. Segundo esse princípio a criação do tipo penal deve ser estabelecido mediante lei, formulada por meio do Poder Legislativo (NUCCI, 2023). O autor Guilherme Nucci ainda relaciona esse princípio ao da anterioridade, afirmando que o primeiro de nada adianta se não for elencado também a anterioridade da lei.

Nas palavras do autor (NUCCI, 2023, p. 64):

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas.

Ou seja, a intervenção social deve ser legítima e somente vislumbrada em casos de real interesse, mormente quando a legislação torna possível pensar a

construção da liberdade. Portanto, a escolha de quais bens jurídicos sofrerão tutela do direito penal, está intimamente ligada ao contexto histórico e social do qual ele se funda. O estabelecimento desses critérios, além de dar fundamento à função punitiva do Estado, limita a atuação legislativa.

Por consequência, não só o seu conteúdo, mas também os limites dos bens jurídicos devem respeitar parâmetros previamente estabelecidos, que levam em consideração valores e ideais de cada sociedade, com o objetivo final de dar coerência ao sistema de intervenção penal às condutas.

1.1. Histórico da tutela penal às condutas

É de interesse comum que haja meios de controle, a fim de manter a ordem para o pleno desenvolvimento da sociedade. É nesse momento que se faz necessário a intervenção estatal no corpo social, por meio da criação de sistemas formais que possibilitam a manutenção do convívio pacífico. Contudo, é preciso compreender quais os limites sistêmicos criados pelo próprio ordenamento jurídico, a fim de adequar a sanção penal à legitimidade da intervenção aos casos concretos.

O autor Guilherme Nucci (2023, p. 59 a 60) ao realizar um estudo sobre a história do direito penal ele salienta as fases como se deu o controle social por meio das punições. O autor de forma abreviada fala sobre explica que a relação de punição foi se adequando a forma de organização social e cultural de cada época e civilização.

Nesse sentido, o Direito Penal foi desenvolvido para sistematizar o direito de punir que é exercido pelo Estado (GRECO, 2012). No entanto, como já foi relatado acima, esse direito de punir deve ser mitigado, pois o exercício do direito penal sem limites jurídicos é autoritário e antidemocrático. Em um Estado Social Democrático de Direito, o Direito Penal é naturalmente limitado devendo seguir garantias e princípios normativos com a finalidade de garantir os direitos e liberdades individuais.

A tutela penal às condutas está profundamente ligada aos interesses mais pertinentes à sociedade, a ideia do bem jurídico de maior relevância tem como finalidade a contenção do poder punitivo do Estado, estabelecendo o que para o direito moderno é definido como o Princípio da Intervenção Mínima. Nas palavras o autor Guilherme Nucci (2023, pg. 51):

Há bens tutelados pelo Direito, eleitos pelo ordenamento jurídico como indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado. A partir dessa escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do Direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima.

Como já supracitado o Estado Democrático de Direito tem como característica principal a proteção dos direitos individuais (SARLET, 2012), dessa forma o direito penal desempenha uma função subsidiária, de modo a agir somente em casos extremos. A ideia de que o direito penal atua como a última opção é sustentada pela lógica de que para a aplicação da pena é necessário que haja uma violação considerável ao bem jurídico, de tal forma que a restrição de um dos principais direitos individuais, a liberdade, seja a intervenção necessária e proporcional ocasionada ao bem, o que evidencia de vez o princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção penal (BATISTA, 2011).

Seguindo essa lógica, não há dúvidas de que a seleção de bens jurídicos a serem tutelados são uma reprodução do que a sociedade identifica como crucial para a sua proteção. Essa relação do direito penal com os interesses sociais é essencial para que haja a limitação do poder de intervenção, ou seja, há o estabelecimento do princípio da intervenção mínima, devendo ser uma das garantias fundamentais aos cidadãos.

Na Grécia Antiga, nem todas as condutas eram recriminadas com a possibilidade de um sistema baseado na limitação da liberdade. Nesse sentido, somente as causas públicas, determinadas como *graphé*, eram submetidas aos julgamentos populares (SOARES, 2016). Tal traço reforça a estratégia fundamental de adequação da tutela penal aos bens cujos atributos são retratados, no contexto hodierno, com as relevantes estratégias de refundação do sistema criminal a partir do contexto social.

A partir da análise, é possível inferir que a função do Direito Penal é garantir a ordem social, por meio da proteção a bens jurídicos considerados essenciais por uma sociedade para a sua convivência pacífica e harmônica, instituindo para tanto, tipos penais incriminadores de condutas que ameaçam ou lesionam esse bem (ESTEFAM, 2018).

Desde a Antiguidade, inclusive na concepção de gravidade das condutas, a repreensão às condutas intituladas como rejeitadas foi notada como proposta de Estado. De fato, naquele início, foram utilizadas inúmeras formas de castigos aos sujeitos acusados, pois, não compreendidos como titulares de direitos, foram entendidos como objetos do processo (SOARES, 2020).

No Brasil, fruto de sua história enquanto colônia, as primeiras legislações sobre Direito Penal versavam justamente no contexto das chamadas Ordenações do Reino, editadas pelos reis de Portugal e vigentes por grande parte de nossa história. Por exemplo, as Ordenações Filipinas previram pena de morte em várias frentes, quais sejam:

morte natural cruelmente (“com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor, e capricho dos Juizes, que neste ou em outros casos tinham arbítrio”); morte natural de fogo (“a queima do réu vivo, mas por costume e prática antiga primeiramente se dava garrote aos réus, antes de serem lançados às chamas”); morte natural (“expiava o crime, sendo enforcado no Pelourinho, seu cadáver era levado pela confraria da Misericórdia, e no cemitério sepultado”); e morte natural para sempre (“o padecente ia à forca da cidade, onde morria, e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindose seus ossos da carne, que os vestia: ali se conservaram até a tarde do 1º de novembro, e conduzidos pela Confraria da Misericórdia em suas tumbas, para a Igreja, e no dia seguinte os soterravam”). (ESTEFAM, 2018, s.p.)

No Brasil, a primeira legislação unificada sobre matéria criminal remonta ao Código Criminal do Império de 1830, em contexto ajustado à realidade vigente à época. Por isso, “a elaboração de uma nova legislação criminal era premente, sobretudo porque isto simbolizava uma ruptura com a colônia, cujas normas ainda vigoravam em nosso território” (ESTEFAM, 2018).

Após o contexto republicano, o Código Penal de 1890 foi projetado enquanto estratégia de unificação normativa sobre o sistema criminal. Além disso, foi preciso ajustar à realidade sistêmica após a refundação da forma de governo, como também pelo fim da escravidão e as novas conquistas sobre direitos fundamentais.

1.2. Limites ao expansionismo penal

Apesar da tentativa em frear a intervenção do direito penal nas garantias individuais e nos direitos fundamentais, nota-se um expansionismo penal nos últimos tempos. A sociedade moderna, sobretudo, após as revoluções industriais, trouxe ao

direito penal novos bens jurídicos a serem tutelados e, conseqüentemente, a tipificação de novas condutas delituosas.

Ao final do século XX e no decorrer do século XXI, a globalização, fruto do capitalismo crescente, provocou transformações consideráveis na sociedade em níveis sociais, econômicos e políticos. Esse fenômeno trouxe avanços importantes para a humanidade como o acesso facilitado ao consumo, a integralização dos mercados e as inovações tecnológicas. Por outro lado, potencializou a exclusão daqueles que já não tinham autonomia e capacidade financeira para o acesso aos bens de consumo básicos. Nesse sentido, nota-se que quem sempre teve acesso aos bens permaneceu em seu privilégio, sob o sacrifício daqueles que nem mesmo conseguem usufruir do que produzem, vivendo à margem da sociedade.

Segundo Young (2002, p.41), indivíduos marginalizados são “são as pessoas que a modernidade deixou para trás, bolsões de pobreza e de privação na sociedade afluyente”, de modo que sua exclusão apresenta riscos à sociedade, riscos estes que devem ser sanados. Nesse aspecto, Bauman (1998, p.25) afirma que “ é mais barato excluir e encarcerar os consumidores falhos para evitar-lhes o mal, isso é preferível ao restabelecimento de seu status de consumidores através de uma previdente política de emprego conjugada com provisões ramificadas de previdência.”

Em decorrência desse sistema opressor e fomentador da exclusão socioeconômica observou-se o aumento na criminalidade, com destaque aos crimes contra o patrimônio, já que aqueles menos favorecidos sendo incapazes de consumir, buscam por vias alternativas o acesso aos bens de consumo. Em conformidade, afirma Young (2002, p. 30):

A insatisfação face à situação social, a frustração de aspirações e o desejo podem dar lugar a uma variedade de respostas políticas, religiosas e culturais capazes de abrir possibilidades para os imediatamente concernidos, mas também podem, frequentemente de propósito, fechar e restringir as possibilidades de outros. Também podem criar respostas criminais, e estas encerram muito frequentemente a característica de restringir terceiros.

Assim como o filósofo Bauman explica (1999, p.7) “a globalização é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira”. Sendo assim, é de fato que a globalização provocou mudanças significativas na sociedade e no direito penal não foi diferente. A criação de novos bens jurídicos e a tipificação de novas condutas foi fruto

desse novo contexto social, que inspirou a estipulação de normas cada vez mais abrasivas às garantias individuais, permitindo o expansionismo penal.

Nessa nova conjuntura social, Young (2002, p.19) aponta que “a cidadania deve conferir não apenas direitos legais e políticos, mas direitos sociais: um mínimo de emprego, renda, educação, saúde e habitação”, sendo, portanto, papel do estado garantir tais direitos.

No entanto, o que se observa é um Estado Democrático de Direito incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade e que ao invés de buscar medidas para atingir tal objetivo, aumentam cada vez a supervisão penal (YOUNG, 2002, p. 56). Tal postura estatal permite o maximalismo penal, caracterizado por expandir a tutela que recai sobre os bens jurídicos, além de intensificar a sanção penal, por meio da ampliação das penas e dos regimes de cumprimento.

Como consequência natural desse processo de expansão do direito penal, a privação de liberdade surgiu como principal e essencial meio, utilizado pelo Estado e apoiado pela sociedade, para combater as mazelas da sociedade. Sem, no entanto, haver desenvolvimento de políticas públicas que atendam as demandas da classe menos favorecida, pondo fim, ao desemprego, precariedade no sistema de saneamento, de educação e de saúde, que em fusão promovem a exclusão social.

Nota-se que frente a violência institucional promovida pela omissão Estatal, políticas de encarceramento são desenvolvidas, em detrimento da necessidade de criar políticas públicas de desenvolvimento social. Sendo assim, o Estado adota o direito penal como via de solução aos problemas sociais, permitindo uma ampliação da atuação legislativa, marcada por violação aos princípios constitucionais e penais.

No capítulo seguinte será apresentado o que é o Princípio da Culpabilidade. De início será elucidado sobre a definição e a compreensão de princípio segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Depois de esclarecida essa questão, será exposto o conceito do objeto de estudo desse trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Tendo em vista o estudo do Direito Penal, uma das vias de pesquisa trata-se da responsabilização, ou seja, o dever jurídico do indivíduo de responder por uma conduta delituosa que tenha cometido. Sob essa ótica, o princípio da culpabilidade

defendida por alguns autores do direito penal, consiste numa culpa compartilhada entre o Estado e o autor do delito no momento da prática criminosa. Desse modo, as ações e omissões do Estado e da sociedade interferem na liberdade e autodeterminação do agente, o que corrobora para a prática do crime.

Sendo assim, a aplicação do princípio da coculpabilidade se manifesta como um instrumento de justiça social, de maneira que leva em consideração a experiência social do réu, as oportunidades com as quais ele se deparou e as assistências que lhes foram garantidas ao longo de sua vida. A seguir, para melhor compreensão do que se trata a teoria, será discutido sobre a necessidade principiológica e o conceito do princípio da coculpabilidade.

2.1. A necessidade de compreender a principilogia

Sendo uma das bases do direito, os princípios são fontes fundamentais para a construção, aplicação e execução das normas jurídicas. De início, vamos primeiro compreender o significado da palavra princípio segundo o Dicionário Jurídico, do autor Luz (2022, p. 297) que o define como uma “disposição ou regra geral que exprime um valor e serve de fundamento e referência para conferir racionalidade a um sistema normativo”. Desse modo contextualizando à matéria, o princípio se estabelece como uma norma geral, que busca orientar, embasar, fundamentar todo um ordenamento jurídico.

Como conceitua o jurista Guilherme de Souza Nucci (2023, p.63):

Etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação.

No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de princípios constitucionais (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.

Da mesma forma, para Miguel Reale, os princípios se constituem com base de todo um ordenamento:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários". (REALE, 1986, p. 60).

Isto posto, conclui-se que os princípios são fontes de inspiração das regras. Ao aprofundar na literatura jurídica, para melhor compreensão, precisamos distinguir regras de princípios. Em oposição aos princípios as regras são normas com caráter específico, de modo que levam a um único caminho a ser seguido.

Podemos ainda distingui-los por meio da forma como resolvemos o conflito entre duas regras e duas normas. Geralmente, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios podem coexistir, de maneira que um princípio não elimina o outro, apenas apresenta uma solução mais adequada ao problema. No entanto, tal fato não se aplica às normas, uma vez que para uma norma valer a outra precisa ser invalidada, seguindo os critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, de forma que uma prevaleça sobre a outra.

Em conformidade reitera Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – , um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 90).

O que se infere da fala do autor supracitado é que a solução de conflito entre dois princípios será resolvida com a avaliação e interpretação do caso concreto, levando em consideração todas as variantes, de forma a obter a melhor solução para o caso. À vista disso, podemos constatar a necessidade principiológica, pois são

orientadores do ordenamento positivado ou não, representando a sociedade e o estado.

Em conformidade transcreve Ivo Dantas:

Para nós, princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade (DANTAS, 1995, p. 59).

Assim sendo, após a compreensão da necessidade principiológica, de tal forma que servem de inspiração para a criação das regras em todo ordenamento jurídico, assim como no Direito penal, a seguir será exposto o que se trata o princípio da coculpabilidade.

2.2. O conceito da coculpabilidade

Tem-se a Revolução Francesa de 1789, como um marco importante na história da teoria da coculpabilidade. Tal movimento revolucionário representou a queda do Estado Absolutista para a passagem de um Estado Liberal, o qual se baseava nos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade. Os chamados direitos da primeira geração, tidos como “direitos negativos”, se caracterizavam por ter como titular o homem e, dessa forma, limitavam o poder do Estado. BOBBIO (2004, apud PORTO e SODA, 2019)

Com a Revolução Industrial, a partir do século XIX, surgem os direitos da segunda geração que em oposição aos da primeira, exigem uma postura mais efetiva do estado em garantir direitos fundamentais à população, sobretudo aos menos favorecidos, de forma que demandam ações concretas do Estado para promover a dignidade humana. É nesse momento que o princípio da coculpabilidade se torna possível de ser constituído, pois surge o papel do Estado como garantidor de direitos fundamentais.

Como resultado da imperícia do Estado em garantir uma vida digna para uma parcela significativa de sua população, tem-se a marginalização de indivíduos que não possuem acesso aos direitos básicos como educação, saúde, moradia, entre outros. É sobre essa falha que se justifica o instituto da co-culpabilidade, demonstrando que

as consequências dessa desigualdade vão além do poder econômico e social, interferindo na construção do caráter pessoal e influenciando na concepção moral do indivíduo. É dentro desse contexto que elucida Rogério Greco:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade (GRECO, 2012, p. 412)

Nesse contexto, que para alguns autores como Grégore Moura (2006, p.98), o comportamento do réu deveria sofrer menor reprovabilidade, sobretudo no julgamento, já que apesar de ser constituído de vontade livre, o meio social em que vive e as oportunidades que lhes são oferecidas influenciam diretamente na tomada de decisão do agente.

Infere-se, portanto, a frágil legitimação do Estado em punir o indivíduo marginalizado ao transgredir as normas impostas, quando nem mesmo consegue cumprir com suas obrigações, não garantindo os direitos básicos de subsistência aos seus cidadãos. Sendo assim, em razão de sua imperícia em incluir socioeconomicamente determinados indivíduos, o Estado deve arcar de forma indireta com a responsabilidade na conduta delitiva, desempenhando o papel importante na luta pela justiça social (MOURA, 2006).

Dando sequência ao raciocínio, Jean Paul Marat (2008), o precursor da teoria da coculpabilidade, conclui que com todas as suas obrigações perante aos cidadãos que ele passa a ter legitimidade sobre eles e, então, pode adquirir o poder de punir aqueles que agem desconforme às suas leis.

Assim afirma Marat:

Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. (MARAT, 2008, p. 29).

Aprofundando o discurso do Marat e aplicando-o no direito penal vemos, então, a necessidade da individualização das penas, elencando, para tanto, a responsabilidade do Estado no delito cometido, conforme a teoria da coculpabilidade. Seguindo essa lógica, ao cidadão que furtou um pão e não tem acesso aos direitos básicos de subsistência, como o alimento por exemplo, não se pode atribuir o mesmo grau de responsabilidade por àquele que sempre possuiu todas as oportunidades de vida. Entende-se que o sujeito que é privado dos direitos básicos não possui o mesmo grau de autodeterminação que os demais, devido a condicionantes sociais.

Em conformidade com pessoalidade na estipulação da pena, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, nos incisos XLV e XLVI, trata da individualização da pena estipulando que a pena não ultrapassará a pessoa do condenado, destacando também que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos”. (BRASIL, 1988).

Desse modo, como defendem Zaffaroni e Pierangeli (2015), seria injusto atribuir estas causas sociais aos sujeitos e sobrecarregá-las no momento de reprovação de culpabilidade, quando na verdade se contrapõe a todos, e, principalmente, ao Estado por seu papel falho. Em suas palavras:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. [...] Em consequência há sujeitos que têm menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "co-culpabilidade", com a qual a sociedade deve arcar.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 547.)

Em correspondência, Moura (2006) entende o princípio da coculpabilidade como uma culpa compartilhada, reconhecendo a culpa do Estado nas condutas delituosas, devido aos meios socioeconômicos do agente que veio a cometer o delito, isso tudo sob a luz da interpretação de princípios já positivados na Constituição Federativa do Brasil de 1988.

O autor ainda ressalta que a o princípio da coculpabilidade não se traduz na impunidade do agente ou na culpa estatal no cometimento do delito, deve-se frisar no compartilhamento de responsabilidade entre Estado e autor do delito, de forma a

reduzir a pena, trazendo à tona a desídia do Estado em garantir os direitos fundamentais às pessoas (MOURA, 2006).

Dessa forma, a coculpabilidade se concretiza como um dispositivo de justiça social para aqueles indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade social. No entanto, como já relatado acima o princípio da coculpabilidade não se encontra positivado no direito penal brasileiro, devendo ele ser aplicado por meio de interpretações de normas e princípios já estabelecidos. A seguir será exposto sobre a possibilidade de sua aplicação e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE

Após a exposição do tema notamos a relevância do princípio da coculpabilidade para o Direito Penal brasileiro, podemos inferir que seu objetivo é proporcionar o estabelecimento de penas mais justas para a conduta delituosa do indivíduo. Para isso, é indispensável levar em conta a inocuidade do Estado em exercer seu papel como garantidor de direitos fundamentais e defensor da Constituição.

Dessa forma, a tentativa de positivizar o princípio no ordenamento jurídico vigente, é indiscutível para a obtenção de julgamentos e sanções equânimes, levando em conta o contexto social do agente.

Apesar de não ter previsão explícita no Código Penal brasileiro, nem mesmo em outros códigos do nosso ordenamento jurídico, o princípio da coculpabilidade pode ser interpretado e aplicado à luz de outras fontes do direito brasileiro. Ao analisar sua fundamentação, a coculpabilidade se sustenta em princípios basilares da Constituição de 1988, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e o princípio da igualdade, torna-se preciso adequar a existência humana às premissas da alimentação, da saúde, do trabalho, do lazer, da segurança e da assistência aos desamparados, todos os direitos permeados pela máxima efetividade da liberdade humana (ZANOTELLO, 2013).

Por fim, o princípio alvo deste artigo pode ser respaldado, ainda que de forma implícita, no Código de Processo Penal, no processo de dosimetria da pena, com ênfase aos artigos 59 e 66, que tratam respectivamente das circunstâncias judiciais e atenuantes da pena, além do parágrafo 1º, do artigo 187, do mesmo diploma, o qual

trata do interrogatório do acusado (MOURA, 2006). Logo em seguida será exposto a possibilidade da aplicação da coculpabilidade na dosimetria da pena, sobretudo na segunda fase, além da apresentação de algumas jurisprudências a respeito de sua admissibilidade.

3.1 A aplicação da teoria da coculpabilidade na dosimetria da pena

De forma estratégica, será elucidado sobre o que se trata a dosimetria e o móvito pelo qual o princípio da coculpabilidade se encaixa nessa fase da aplicação da lei penal. A fim de estipular de forma correta a pena a ser fixada em cada caso, é preciso que o julgador leve em consideração uma afluência de critérios, cuja normatividade encontra limitação e sua devida aplicação definida por lei, de forma a orientar e fundamentar o quantum da pena.

De acordo com o artigo 68, do Código Penal, a dosimetria da pena se configura em 3 (três) fases, sendo elas: a primeira fase em que são avaliadas as circunstâncias judiciais; a segunda fase, na qual são apreciadas as circunstâncias legais; e, por fim, a terceira fase quando são analisadas as causas de aumento e/ou diminuição especiais.

Apesar de alguns autores defenderem a ideia da aplicação do princípio da coculpabilidade no primeiro momento da dosimetria da pena, ou seja, durante a fixação da pena base, art. 59, do Código Penal, tal proposição não é pacífica. Para Guilherme Nucci (2010, p. 395.)

embora o magistrado inicie a fixação da pena pela análise judiciais do art. 59, não é demais ressaltar que elas são residuais, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravantes/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do quantum da pena-base. Ou seja, as circunstâncias analisadas desde que não sejam as circunstâncias por ele elencadas, devem ser levadas em conta no momento da estipulação da pena base, de tal forma que permite a inserção do princípio da coculpabilidade nesse momento da dosimetria.

Em sua obra, Grégore Moura (2006) adverte que algumas situações a funcionalidade da coculpabilidade seriam irrelevante caso a pena base fosse fixada no mínimo legal. Dessa forma, o princípio estudado nesse artigo não seria aplicado, pois não há possibilidade de diminuição da pena abaixo de seu mínimo estipulado em

lei. Isto posto, torna-se oportuno encontrar outras vias para a aplicabilidade do princípio. Nesse aspecto, as atenuantes e agravantes inseridas na segunda fase da individualização da pena, em conformidade com o artigo 68 do mesmo diploma supracitado, seria uma via possível. As atenuantes e agravantes são situações secundárias, que de alguma forma influenciam no cometimento da conduta tipificada. Por isso, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 439) define:

circunstâncias atenuantes são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade, devendo o juiz diminuir a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstrato, previstos pela lei.

As atenuantes e agravantes genéricas da pena, contidas nos artigos 61 e 62 do mesmo diploma legal, são responsáveis por ponderar a pena-base em seu mínimo ou máximo definido em lei. Ainda em sequência, os artigos 65 e 66 do mesmo Código estipulam condições, não inseridas no tipo penal, em que o instituto da culpabilidade deve ser mitigado pelo magistrado, diminuindo a pena dentro do mínimo legal estipulado.

Portanto, tem-se o seguinte:

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 conseqüências, 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.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (LEI N° 7.209, 1984).

Apesar de enumeradas no art. 65, supracitado do diploma legal, as circunstâncias estipuladas por ele não se trata de *numerus clausus*, em razão da redação abrangente do artigo seguinte que possibilita a atenuação da pena por circunstâncias não expressas em lei. Nesse sentido, é que entra a possibilidade da aplicação do princípio da *coculpabilidade* como atenuante *inominada*, em razão de sua não previsibilidade em lei, submetendo-se ao crivo do magistrado a partir do caso concreto.

Em se tratando de circunstâncias *inominadas*, Guilherme Nucci explica que:

[...]especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levará em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinqüente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. Há quem defenda a aplicação dessa atenuante quando se observar que o agente do crime foi levado à sua prática por falta de oportunidade na vida, situação criada pelo Estado, que deveria zelar pelo bem-estar de todos, invocando a denominada *co-culpabilidade*. (2017, p. 540)

Assim sendo, por meio da aplicação fundamentada no artigo 66 do Código Penal, o princípio da *coculpabilidade* possibilita que indivíduos que não tiveram a mesmo grau de de autodeterminação que os demais, em razão de seu contexto social marginalizado e invisibilizado, sofram menor incidência de culpabilidade. Dando sequência ao pensamento, os propulsores do princípio, Zaffaroni e Pierangeli afirmam:

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 a estes negados, a reprovação de 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. Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais. (2015, p. 715).

De forma a acrescentar no conhecimento acerca do tema abordado nesse artigo serão apresentadas algumas jurisprudências que abordam sobre o princípio no ordenamento jurídico.

3.2. Admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Com base no exposto acima, existem alguns entendimentos doutrinários, que aliados a normas e princípios implícitos em nossa constituição, tornam viável a aplicabilidade do princípio na prática. Em sede de recurso especial, destacado a seguir, a coculpabilidade é reconhecida como uma das possíveis circunstâncias inominadas, entendidas sob a redação do artigo 66 do Código Penal, que deixa sob discricionariedade do Magistrado levar em consideração qualquer circunstância que julgue relevante.

(...) Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que o recorrente não teve o seu sigilo bancário quebrado e que as irregularidades constatadas advieram da análise de relatórios pertencentes à Caixa Econômica Federal, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

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.

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.

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.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.394.233/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe de 16/5/2016).

O mesmo entendimento se figura no julgamento do *Habeas Corpus* a seguir exposto, no entanto, quando se analisa ao fato em questão a coculpabilidade não se justifica, já que não há elementos que comprovem circunstâncias anteriores ao fato que denotam a culpa do Estado no cometimento do delito. Dessa forma, seguindo o que foi discutido no julgado acima, o instituto da coculpabilidade deve ser aplicado de maneira a analisar minuciosamente se são encontrados elementos que realmente sustentam a necessidade de sua observância.

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.

(HC 383.506/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIR SEXTA
TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017)

Já no caso do *Habeas Corpus* citado abaixo ocorre o reconhecimento da “coculpabilidade às avessas”, que se constitui quase que na mesma lógica do princípio da coculpabilidade estudado por este trabalho. A diferença que se faz é que a culpa do agente é exacerbada e individual, já que ao analisar as circunstâncias socioeconômicas do autor, nota-se o seu privilégio constituído.

(...)

[...]11. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, sob a influência da teoria da coculpabilidade às avessas, as instâncias ordinárias constataram reduzido senso ético-social do paciente, em razão de ter triado o caminho da criminalidade, a despeito das favoráveis condições sócio-econômicas. Tal circunstância, cujos pressupostos fáticos não podem ser alterados nesta sumária via do habeas corpus, sob pena de

indevido revolvimento fático probatório, permite concluir pela personalidade criminosa do agente. [...]

(HC n. 443.678/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 26/3/2019).

Apesar de haver julgados que reconhecem a possibilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, estes não são a maioria. Muitos doutrinadores e juristas defendem a positivação do princípio, já que é significativa a resistência em aplicá-lo.

Nesse sentido, posicionaram-se os tribunais:

Para o reconhecimento da atenuante da coculpabilidade, com base no art. 66 do Código Penal, imperiosa a comprovação concreta e efetiva da culpa ou omissão estatal relevante para prática do ato criminoso.

2. Recurso conhecido e não provido.

(TJ-DF 07040624520208070010 DF 0704062-45.2020.8.07.0010, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 28/01/2021, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 19/02/2021).

E ainda:

I – Inviável o reconhecimento da participação de menor importância se ficou evidenciado nos autos que o réu conduziu o veículo para o local do crime, aguardou a subtração pelo comparsa e garantiu a fuga na posse do bem, com evidente liame subjetivo e divisão de tarefas, o que configura a coautoria.

II - Inviável a aplicação da atenuante genérica descrita no art. 66 do CP, com base na teoria da coculpabilidade, quando não demonstrada nos autos relevante omissão estatal determinante da dedicação à atividade criminosa.

III - Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF 07014451220208070011 DF 0701445-12.2020.8.07.0011, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Data de Julgamento: 10/12/2020, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 19/12/2020).

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais o entendimento sobre a matéria segue a mesma posição das decisões apresentadas acima, nos julgados a necessidade de evidências da ineficácia estatal é reiteradamente exigida. Na Apelação Criminal a seguir, o relator afirma ser inviável o reconhecimento da atenuante da coculpabilidade

estatal, uma vez que era possível exigir do agente conduta diversa da que tomou, somando-se a isso a não comprovação de que sua carência socioeconômica tenha influência em sua conduta.

(...)

1. Demonstrado que o réu não era, ao tempo dos fatos, incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar de acordo com este entendimento, também que ele não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não há que se falar em isenção ou mesmo em redução das penas, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei 11.343/06. 2.

Inviável o reconhecimento da atenuante descrita no art.66 do Código Penal, com base em tese de coculpabilidade estatal, uma vez que era exigível e plenamente possível que o agente assumisse conduta diversa, não havendo demonstração de ter sido ele especialmente prejudicado por suas condições pessoais e sociais.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0016.21.001913-5/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/03/2023, publicação da súmula em 24/03/2023).

Em outro julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais faz-se a relação da aplicação do princípio da coculpabilidade mediante a comprovação de que o delito cometido teve a finalidade de sustentar seu agente. Nesse sentido, podemos entender que a compreensão de vulnerabilidade social para alguns se resume no âmbito econômico, quando ela se faz presente em outros campos da vida do indivíduo. O julgado ressalta ainda que o Princípio da Coculpabilidade não é aceita pela jurisprudência brasileira, utilizando de tal justificativa para negar a aplicabilidade desse princípio como atenuante da pena.

1. Demonstrada a existência do crime e a sua autoria pelo robusto acervo probatório colhido desde a fase investigativa, a incluir a confissão dos réus, amparados por outros elementos probatórios conforme determina o art. 197 do CPP,, deve ser mantida a condenação.

2. O reconhecimento fotográfico, quando confirmado por outros elementos de prova, é prova válida, conforme entendimento consolidado no e. Superior Tribunal de Justiça.

3. Impossível a desclassificação do crime de roubo para furto quando evidenciado pelas provas dos autos que o agente utilizou violência moral como meio de reduzir a defesa da vítima, visando à subtração da coisa.

4. Inviável a aplicação do acordo de não persecução penal ou da suspensão condicional do processo quando se trata de crime cometido mediante violência ou grave ameaça no primeiro caso, ou quando a pena mínima for superior a 01 ano no segundo caso. 5. Quando os agentes praticam a conduta

criminosa conjuntamente, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, com uma prévia divisão de tarefas, configurado o concurso de pessoas e, portanto, a majorante do art. 157, § 2º, II do CP.

6. Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem subtraído, sendo irrelevante que tenha havido a apreensão e restituição à vítima. Inteligência da Súmula nº. 582 STJ.

7. A fixação da pena-base tem como parâmetro as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, sendo que a pena variará conforme a quantidade de circunstâncias desfavoráveis ao réu, avaliadas segundo critérios concretos.

8. A atenuante disposta no art. 65, I do CP somente é aplicada aos réus menores de 21 anos de idade ao tempo dos fatos.

9. O princípio da coculpabilidade, além de não ser admitido pela jurisprudência, exige prova no sentido de que a atuação ilícita teve o fim específico de sustentar o agente, porque em situação de miserabilidade.

10. É vedada a redução da pena para aquém do mínimo legal em razão da incidência de circunstâncias atenuantes. Inteligência da Súmula nº. 231 do STJ.

11. A reincidência, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento com repercussão geral, enquanto circunstância agravante da pena, não conflita com qualquer diploma de Direito Internacional subscrito pelo Brasil, descabendo arguir-se também a sua inconveniência.

12. Os regimes iniciais de cumprimento de pena deverão obedecer os ditames legais contidos no art. 33 e seus parágrafos do CP.

13. Ao juízo da fase de conhecimento cabe, após a dosimetria completa da pena, reavaliar o regime prisional, computando-se o tempo de prisão cautelar suportado.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0079.16.029978-4/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/03/2023, publicação da súmula em 31/03/2023).

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais apesar de reconhecer a ineficácia estatal em prestar assistência devida aos seus cidadãos, não admite que a vulnerabilidade decorrente dessa ineficiência interfere diretamente na determinação social desses indivíduos e, conseqüentemente, na sua tomada de decisão e ação. Desse modo, ao negar a influência das ações e omissões estatais na vida da população, o dever de promover o bem-estar social mais uma vez é negligenciado, reforçando a culpa exclusiva dos agentes sob suas ações. Veja o julgado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - ABSOLVIÇÃO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO CABIMENTO - INOVAÇÃO NÃO RECEPCIONADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE ISENÇÃO DA PENA DO ART. 45 DA LEI 11.343/06 - INVIABILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA COCULPABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME

PRISIONAL - INVIABILIDADE - ACUSADO REINCIDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 01. Impossível acolher a pretensão defensiva de aplicação do princípio da insignificância, pois esse preceito não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro. 02. Inviável a incidência da causa de isenção da pena, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.343/06, se não restou comprovado que o agente, ao tempo da ação, estava com a sua higidez mental ausente ou debilitada a ponto de afetar a sua capacidade de discernimento. 03. Mesmo que em algum momento não se tenha prestado a mais adequada assistência econômica e social ao indivíduo, tal fato, analisado isoladamente, não justifica a prática de delitos e nem, tampouco, a repartição da culpa, impossibilitando o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal. 04. Embora a pena seja inferior a quatro (04) anos, o apelante é reincidente, o que inviabiliza a fixação do regime prisional aberto, nos termos do disposto no art. 33, §2º, do Código Penal.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0000.22.278844-0/001, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/02/2023, publicação da súmula em 15/02/2023).

As justificativas para o indeferimento da aplicação do princípio da Culpabilidade como atuante genérica da pena são inúmeras, grande parte delas se baseia na não comprovação de que o Estado tenha culpa na prática do crime, o que reforça ainda mais a exclusão social desses grupos. A inadimplência estatal em garantir a igualdade material é mascarada sob a justificativa de uma escolha moral, entre o certo e o errado, tornando invisível a vulnerabilidade socioeconômica de alguns indivíduos e sua capacidade de autodeterminação.

Ora, desconsiderar a teoria da culpabilidade enquanto princípio desvirtua a própria construção contemporânea sobre a pena e sua serventia. Em que pesem importantes construções sobre a função da pena no ordenamento jurídico (ZAFFARONI, 2001), é preciso considerar a amplitude argumentativa para trazer elementos da justiça penal na prolação a decisão que afetará as partes, motivo pelo qual a aplicação do princípio da culpabilidade decorre da própria legitimidade da sanção penal.

Por tudo isso, a discussão sobre o princípio da culpabilidade é pertinente, seja do ponto de vista social ou individual, e possui relevância sistêmica sobre as diversas formas de intervenção da tutela penal na (re)construção da legitimidade da decisão. Diante da análise do caso concreto, sob o prisma do devido processo e da produção da prova, a intervenção penal se legitima, inclusive nas perspectivas de suas exceções, a fim de demonstrar os limites da sanção penal e a criação dialogada da decisão que atingirá as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo teórico sobre o princípio da culpabilidade, conclui-se que as ações e omissões estatais e da sociedade interferem na liberdade e autodeterminação do agente, ou seja, as falhas no desenvolvimento econômico e social do país se maximizam devidos aos erros de gestão governamental. É expressivo a falta de investimentos e desenvolvimentos de projetos assistencialistas que proporcionam aos indivíduos marginalizados segurança e melhores condições para ter acesso aos serviços básicos, ao capital cultural e social necessários a sua vida em comunidade e a sua inserção no mercado de trabalho. Entende-se, portanto, que todos partindo das mesmas condições socioeconômicas, a interferência estatal na liberdade e na determinação do agente não será determinante.

É imperioso ressaltar que a exclusão social é um fator determinante, um indivíduo que não se sente pertencente ao meio em que vive, menos se identifica com os valores morais e determinações sociais impostos e, conseqüentemente, não segue as normas que regem o convívio social. Portanto, a marginalização social potencializa a desordem, uma vez que o sentimento de não pertencimento, de exclusão distancia o indivíduo das conseqüências de seus atos para a sociedade.

No desenvolvimento deste trabalho buscou-se abordar a tratativa penal às condutas, destacando seus limites jurídicos e a importância de respeitar os princípios que norteiam o direito penal. Nesse contexto, torna mister salientar que a necessidade principiológica é um dos fatores que dão fundamento e ordem ao sistema de normas como um todo. Portanto, a interpretação e aplicação do Princípio da Culpabilidade é possibilitada, mesmo que não haja sua positivação no ordenamento.

Ainda nesse contexto, frisa-se que a culpabilidade encontra fundamentos legais na Constituição Federativa do Brasil de 1988, tendo os princípios da dignidade humana, a individualização da pena e o da igualdade, como basilares para seu entendimento e aplicação.

Por fim, como o Princípio da culpabilidade não está previsto expressamente no Código Penal brasileiro sua aplicação encontra barreiras e, apesar de haver entendimentos que possibilitam sua aplicação de forma indireta, a sua positivação ainda é indispensável, em razão da resistência em interpretá-la. Como foi analisada, a aplicação mais viável e aceita do princípio é durante a segunda fase da dosimetria

da pena. O artigo 68 do Código Penal, o qual discorre sobre o sistema trifásico da dosimetria, aponta como a segunda fase a análise de atenuantes e agravantes, responsáveis por ponderar sobre a pena sancionada, distanciando-a ou aproximando-a do mínimo e máximo legal.

Assim sendo, partindo da análise trifásica da dosimetria, é torna-se possível sua aplicação como atenuante inominada, ou seja, sem especificação instituída, haja vista a redação abrangente do artigo 66 do Código Penal brasileiro. Tal mote é importante, pois, a partir do devido processo, descortinam-se os limites da intervenção penal ao caso concreto.

Contudo, infere-se que é de suma importância analisar todas as circunstâncias que rodeiam a prática da conduta delituosa, trazendo para essa análise, não só aspectos pessoais do indivíduo, mas também todo o contexto socioeconômico que ele está inserido, revelando a responsabilização do Estado e da sociedade no cometimento do delito. E dessa forma instituindo a corresponsabilidade do autor e do Estado, traduzido no Princípio da Culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Constituição Federal. DF: Planalto Central, Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 de março de 2023.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos).

BAUMAN, Zygmunt, **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1999.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre nulidade de prova apresentada e a aplicação da atenuante prevista no art 66 do Código Penal. Recurso Especial de nº 1.394.233. Sexta turma. Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, Brasília, publicado em 16 de maio de 2016.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre a dosimetria da pena em sua primeira fase e a relevância da conduta social do agente. *Habeas Corpus* nº383.506. Sexta Turma. Relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheir. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, Brasília, publicado em 6 de abril de 2017.

DISTRITO FEDERAL Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre a aplicação da coculpabilidade às avessas. *Habeas Corpus* nº443.678. Quinta Turma. Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, Brasília, publicado em 26 de março de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 0704062-45.2020.8.07.0010. 1ª Turma Criminal. Relator Cruz Macedo. *Diário Oficial*, Brasília, publicado em 19 de fevereiro de 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Dispõe sobre o princípio da insignificância. Apelação Criminal 0701445-12.2020.8.07.001. 3ª Turma Criminal Relator: Nilsoni de Freitas Custodio. *Diário Oficial*, Brasília, publicado em 19 de dezembro de 2020.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Trad. João Ibaixe Jr. e Carmensita Ibaixe. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0079.16.029978-4/001. 7ª Câmara Criminal. Relator Des. Marcílio Eustáquio Santos. *Diário Oficial*, Belo Horizonte, publicado em 31 de março de 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0016.21.001913-5/001. 7ª Câmara Criminal. Relator Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama. *Diário Oficial*, Belo Horizonte, publicado em 24 de março de 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0000.22.278844-0/001. 6ª Câmara Criminal. Relator Des. Rubens Gabriel Soares. *Diário Oficial*, Belo Horizonte, publicado em 15 de fevereiro de 2023.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: volume único**. 19. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; SODA, Robson Leandro. Do princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/34811>. Acesso: 10 mai. 2023.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico / Valdemar P. da Luz**. - 5. ed. - Barueri [SP]:Manole, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555767308/epubcfi/6/10/%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%3D4/2/20/1:91\[202%2C2.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555767308/epubcfi/6/10/%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%3D4/2/20/1:91[202%2C2.]) Acesso em: 14 maio. 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 5ª ed. Tirant Lo Blanch, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOARES, Igor Alves Noberto. A SUBSERVIÊNCIA DO ESTADO AO CAPITAL: notas introdutórias para entender o controle e a dominação no Brasil. In: **Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 23, n. 1, abr./jul.2021, p. 6-27. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/42820>. Acesso: 10 ago. 2023

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

ZANOTELLO, Marina. O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito. **Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade da Universidade de São Paulo**, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-23032017-)

114622/publico/Dissertacao_Marina_Zanotello_O_principio_da_coculpabilidade_IN
TEGRAL.pdf. Acesso: 10 ago. 2023.