



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**RONAN BONIFÁCIO ALBERGARIA**

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE:  
APLICABILIDADE, PRESSUPOSTOS E SUA NECESSIDADE NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

**RIO DE JANEIRO**

**2024**

RONAN BONIFÁCIO ALBERGARIA

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE:  
APLICABILIDADE, PRESSUPOSTOS E SUA NECESSIDADE NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Thiago Bottino do Amaral.

RIO DE JANEIRO

2024

RONAN BONIFÁCIO ALBERGARIA

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE:  
APLICABILIDADE, PRESSUPOSTOS E SUA NECESSIDADE NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Aprovação em:

Banca examinadora

---

Professor. Dr. Thiago Bottino do Amaral (orientador)  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

---

Professora. Dra. Ana Paula de Oliveira Sciammarella  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

---

Professora. Dra. Simone Schreiber  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Este trabalho dedico à minha família e a todos os ancestrais que, na esperança por um futuro mais justo, dispuseram força, intelecto, tempo e sangue, para que corpos como o meu pudessem experienciar celebrações e conquistas.

“O dia da felicidade será o memorável dia da emancipação do povo, e o dia da emancipação será aquele em que os grandes forem abatidos e os pequenos levantados; em que não houver senhores nem escravos; chefes nem subalternos; poderosos nem fracos; opressores nem oprimidos.”

- Luiz Gama, 1867

## AGRADECIMENTOS

A Dona Ângela, minha mãe, por me entregar amor incondicional. Por, apesar de enfrentar todos os desafios de ser uma mãe negra, solo, de 3 filhos, estabelecer princípios que carrego todos os dias da minha vida. Agradeço por ser fortaleza nos momentos difíceis e por celebrar, como ninguém, os momentos bons da minha vida. Ter você é uma das mais belas comprovações da existência do divino.

À minha irmã Rafaela, por ser a melhor de minhas inspirações, a mais leal amiga e companheira, que sempre esteve do meu lado, me fortalecendo, educando e ensinando a ser um homem e ser humano melhor.

À minha avó Marlene, a pessoa que mais me bajula nesse mundo e, em conjunto com as duas anteriores, uma das três mulheres por quem fui criado; me ensinou carinho, amor e humildade.

Ao meu avô Alcides e meu tio Henrique, que, apesar de terem partido quando eu ainda era só uma criança, permanecem em meu coração como referências masculinas de afeto, hombridade e generosidade.

Ao meu irmão Ramon que, mesmo distante, muitas das vezes foi a força que encontrei dentro de mim para prosseguir.

Às minhas tias, meus tios, primas e primos, por serem uma família incrível, a melhor que eu podia pensar em ter, especialmente à Joana, minha eterna princesa, que se foi deste plano, mas plantou por onde passou a esperança por um mundo melhor.

À Edma, minha namorada, que nos momentos mais desafiadores ao longo deste trabalho foi luz, foi meu colo, minha conselheira, os ouvidos mais generosos, a motivadora que, nem por 1 (um) minuto, me deixou desacreditar.

À Selma, amiga que surge no momento mais desafiador dessa escrita, me acolhe com toda sua bondade e humanidade e provoca caminhos mais assertivos nesse desafio.

Aos meus amigos da graduação, que o acaso se encarregou de inserir em minha vida para tornar esse processo mais afetivo e leve; principalmente ao Kaio Maciel, irmão que a UNIRIO me deu e o destino levou, mas que, desde o primeiro dia, me acolheu e se propôs a caminhar comigo em todos os dias nessa graduação.

A todo corpo de profissionais da UNIRIO, em especial aos docentes Thiago do Amaral, meu orientador, e Simone Schreiber, por terem sido os profissionais que me fizeram ter um apreço especial por este ramo do direito.

Gratidão a Deus, aos meus ancestrais e a todas as boas energias do universo.

## RESUMO

Esta pesquisa propõe-se a analisar, do prisma teórico e empírico, os efeitos da exclusão social na vida dos sujeitos marginalizados e capturados pelo sistema prisional. O Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem por dever garantir a efetivação dos princípios e valores emanados pela Constituição, entretanto vem falhando na concretização dos direitos e garantias fundamentais celebrados na Carta Magna. Foi observado que o Direito Penal pátrio lança mão da seletividade penal para concretização dos objetivos políticos do Estado, gerando o aprisionamento massivo de pessoas vulneráveis. Nesse sentido, a doutrina contemporânea muito tem discutido sobre a ingerência das condições sociais adversas no livre-arbítrio das pessoas em situação de vulnerabilidade social, quando encontram na criminalidade a única maneira de subsistirem. Nesse passo, chega-se à conclusão de que, na sociedade onde prevalece a desigualdade social, o juízo de reprovação, logo a culpabilidade penal, deve ser mitigada para os indivíduos que vivenciam essa realidade. Logo, fundamentado no fracasso estatal em cumprir com seus deveres constitucionais de garantir a dignidade da pessoa humana, surge o princípio constitucional implícito da coculpabilidade, esse estabelece que o Estado concorre indiretamente nos crimes cometidos pelas pessoas socialmente excluídas, logo deve arcar com sua parcela de responsabilidade. O trabalho vai demonstrar que, apesar dos principais países da América Latina, que vivenciam realidade de desigualdade social semelhante ao Brasil já preverem a coculpabilidade em sua legislação penal, o Código Penal brasileiro não segue a mesma jornada e, que, em consequência desse fato, o princípio não é observado nos tribunais superiores pátrios. Portanto, a pesquisa conclui que a coculpabilidade deve ser inserida no ordenamento jurídico nacional, como forma de minimizar as desigualdades sociais e as demais mazelas provenientes delas, enquanto a isonomia não for a realidade.

**Palavras-chave:** Exclusão social. Estado Democrático de Direito. Seletividade Penal. Livre-arbítrio. Vulnerabilidade. Desigualdade Social. Dignidade da Pessoa Humana. Culpabilidade. Coculpabilidade. Isonomia.

## ABSTRACT

This research proposes to analyze, from a theoretical and empirical point of view, the social exclusion effects on marginalized subject's lives that are captured by the prison system. Brazil, as a democratic rule of law state, must guarantee the constitutional principles and values. However, it is failing to realize the rights and fundamental guarantees foreseen at the Magna Carta. It was seen that the homeland criminal law uses criminal selectivity to achieve the State's political objectives, generating vulnerable person's massive imprisonment. In this way, contemporary doctrine has been debating on the effects of adverse social conditions on the free will of people on social vulnerability situation when criminality is the only way out to subsist. In this way, it is possible to get to the conclusion that, at the society where social inequality prevails, the reprobation judgment, so the criminal culpability, must be mitigated to individuals that live this reality. In this way, reasoned at the State's failure to accomplish its constitutional duties of guaranteeing human dignity, comes the implicit constitutional principle of coculpability, that states that the State competes indirectly on crimes committed by socially excluded persons, so it must be accountable for its share of responsibility. This research will show that the main Latin America's countries, that have social inequality patterns similar to Brazil, include the coculpability at their criminal legislation. However, the Brazilian criminal code doesn't include such legal device, thereby, the principle isn't observed by homeland superior courts. Therefore, the research concludes that coculpability should be included at the national legal system as a way to minimize social inequalities and other ills preventient from it, while isonomy isn't a reality.

**Keywords:** Social Exclusion. Democratic Rule of Law. Criminal Selectivity. Free Will. Vulnerability. Social Inequality. Human Dignity. Culpability. Coculpability. Isonomy.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg - Agravo Regimental

Ar. - Artigo

CP – Código Penal

G.N - Grifo Nosso

CRFB/88 – Constituição da República Federal do Brasil de 1988

HC - Habeas Corpus

MP - Ministério Público

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

REsp - Recurso Especial

SENAPPEN - Secretaria Nacional de Políticas Penais

SISDEPEN - Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>13</b>
<b>3. A EXCLUSÃO SOCIAL COMO FATOR CONDICIONANTE DA PRÁTICA DE ATOS CRIMINOSOS .....</b>	<b>20</b>
3.1 QUEM SÃO OS EXCLUÍDOS NO BRASIL .....	20
3.2 CONSEQUÊNCIA DA EXCLUSÃO SOCIAL .....	23
<b>4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS E O GARANTISMO ESTATAL ..</b>	<b>26</b>
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS .....	27
4.1.1 Princípio da legalidade .....	28
4.1.2 Princípio da irretroatividade .....	28
4.1.3 Princípio da intervenção mínima .....	29
4.1.4 Princípio da igualdade .....	30
4.1.5 Princípio da Individualização da pena .....	31
4.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GARANTIDOR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	32
<b>5. A CULPABILIDADE PENAL .....</b>	<b>34</b>
5.1 TEORIAS DA CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO DOGMÁTICA .....	34
5.2 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE .....	39
5.2.1 Imputabilidade .....	39
5.2.2 Potencial consciência da ilicitude .....	40
5.2.3 Exigibilidade de conduta diversa .....	41
5.3 AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE .....	42
5.3.1 Causas de exclusão da culpabilidade relacionadas a imputabilidade .....	42
5.3.1.1 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado .....	43
5.3.1.2 Inimputabilidade por imaturidade .....	44
5.3.1.3 Imputabilidade por embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior .....	44
5.3.2 Causa de exclusão da culpabilidade relacionadas à potencial consciência da ilicitude ..	46
5.3.3 Causas de exclusão da culpabilidade relacionadas à exigibilidade de conduta diversa ..	47
5.3.3.1 Coação moral irresistível .....	48
5.3.3.2 Obediência hierárquica .....	49
5.3.3.3 Causas supralegais de exclusão da culpabilidade .....	50
<b>6. A COCULPABILIDADE PENAL .....</b>	<b>52</b>

6.1 CONCEITO DE COCULPABILIDADE .....	52
6.2 ORIGEM HISTÓRICA.....	53
6.3 A COCULPABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	54
6.3.1 Na doutrina .....	55
6.3.2 Na jurisprudência dos tribunais superiores.....	57
6.3.3 Possibilidade de previsão da coculpabilidade no Código Penal Brasileiro .....	60
6.4 A COCULPABILIDADE NO DIREITO COMPARADO .....	62
6.4.1 Argentino .....	62
6.4.2 Colombiano .....	63
6.4.3 Mexicano .....	64
6.4.4 Peruano .....	65
6.5 PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS .....	66
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
REFERÊNCIAS .....	71

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma visão pragmática acerca da coculpabilidade penal, colocando em foco as consequências da exclusão social, onde indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais são segregados das oportunidades econômicas, educacionais, políticas e sociais no território pátrio.

Nesse passo, será examinada a maneira como a exclusão social e a, direcionada, repressão estatal, guarda estreita relação com o perfil das pessoas inseridas no sistema penitenciário (Wacquant, 1999). Essa realidade, resta inequívoco, a partir da análise da última pesquisa da Secretaria Nacional de Políticas Penais, que aponta que a grande maioria das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil são negras e possuem baixíssimo grau de escolaridade, dentre outras interseccionalidades (SENAPPEN, 2024).

Ainda, será analisada a obrigação inafastável do Estado de garantir aos seus cidadãos o direito à vida digna através da concretização dos direitos sociais, de modo que sejam apartadas as condições de vulnerabilidade, em consonância com os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, previsto no art. Art. 3 CRFB/88 (Brasil, 1988), pois, como bem pontua Alexandre de Moraes, “os direitos sociais constituem normas de ordem pública, com a característica de serem imperativas” (Moraes, 2003, p. 155), de modo que se concebe como dever do Estado garantir a sua concretização, de forma a erradicar a desigualdade e a exclusão social, bem como viabilizar a realização da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, no decorrer do presente trabalho, será realizada a exploração dogmática aprofundada da culpabilidade, essa que se estabelece no ordenamento jurídico pátrio como juízo de reprovação sobre o fato típico praticado por determinado agente e configura elemento essencial da estrutura do ilícito penal, que busque a aplicabilidade de um Direito Penal mais justo e democrática.

Desse modo, o trabalho desvendará que, como crítica aos fins democráticos e isonômicos da culpabilidade normativamente pura, na realidade onde a desigualdade social está estabelecida, alguns autores, como Eugenio Raúl Zaffaroni, reforçam a aplicação de mecanismos de mitigação da culpabilidade, entre eles, a coculpabilidade, que se fundamenta na falha do Estado em cumprir com seu dever constitucional de garantir uma vida digna e em igualdade de condições sociais a todos, bem como no pressuposto de que o Estado, por sua omissão em não garantir a prestação dos direitos constitucionais de segunda geração, concorre indiretamente para o cometimento do ato delituoso cometido pelos indivíduos marginalizados.

Desta forma, muitos países da América Latina trazem em seu ordenamento jurídico a previsibilidade da redução (ou exclusão) da pena em decorrência do contexto social adverso vivenciado pelo réu. Porém, o Brasil, apesar da notória e alarmante desigualdade social existente, deslegitima a aplicabilidade do princípio, não o reconhecendo em seu ordenamento jurídico (apesar de encontrar respaldo constitucional, como princípio implícito, no parágrafo 2º do art. 5º da Carta Magna) e sempre o afastando quando encarado nos Tribunais Superiores.

Nesse aspecto, partindo da premissa da forte relação entre a responsabilidade do Estado e a conformação do quadro da desigualdade, da seletividade penal e da exclusão social, bem como de que a exclusão social configura fator determinante para o cometimento de atos típicos (Zaffaroni; Pierangeli, 1997), este trabalho busca desvendar como deve ser aplicada e positivada a teoria da coculpabilidade penal do Estado no sistema jurídico brasileiro e como essa aplicabilidade encontra relação com outros ordenamentos jurídicos.

Desde já, alguns pressupostos podem ser lançados de modo a se confirmar a responsabilidade do Estado no quadro de exclusão social vivenciado no Brasil; a estreita relação entre a exclusão social e o cometimento de fatos típicos e, conseqüentemente, a corresponsabilidade fática do Estado na prática de crimes que tenham como fator condicionante a exclusão social.

Logo, esse trabalho guarda como objetivo geral discutir a relação entre exclusão social e prática de determinados crimes, assim como, a aplicabilidade da coculpabilidade penal do Estado como instituto de causa de diminuição da pena ou de exclusão da culpabilidade.

Para tanto, persegue-se os seguintes objetivos específicos: a) discorrer sobre a seletividade penal. b) examinar a responsabilidade do Estado na situação exclusão social, bem como discutir a relação entre essa exclusão e prática de determinados fatos típicos; c) explorar a necessidade de inserção da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, essa pesquisa se coloca no âmbito da discussão sobre a interpretação da culpa no conceito analítico de crime, visando aqui trazer novas perspectivas sobre a aplicação e interpretação da coculpabilidade penal no ordenamento jurídico nacional.

Desse modo, permeando a teoria do delito, sob a perspectiva tripartida de crime, pretende-se proporcionar maior entendimento sobre a necessidade de se atribuir à conduta praticada, bem como seu resultado, não só ao seu autor, sob o ponto de vista da reprovação, mas também ao Estado, frente às mazelas sustentadas e as graves conseqüências da desigualdade consentida e garantida pelo status cor.

Nesse caminho, o trabalho almeja a efetivação da teoria da coculpabilidade penal, de modo a se colocar como mais uma referência na implementação de ações que amenizem as desigualdades, enquanto a isonomia não é concretizada na sociedade brasileira.

Assim, se partirá com um estudo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, em que se buscará alcançar os objetivos por meio de: revisão teórica do tema da pesquisa; análise dos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional pátria; análise de legislações alienígenas; bem como exame doutrinária e jurisprudencial sobre a culpabilidade.

Para tanto, será realizado um apanhado histórico-social para o surgimento da teoria, levando em consideração a evolução histórica da sociedade brasileira em si, passando pelas principais definições da doutrina sobre a possibilidade de aplicação do conceito no sistema jurídico pátrio.

Ainda, serão apresentados conceitos convergentes e divergentes da teoria da coculpabilidade, fazendo uma breve análise sobre a teoria da coculpabilidade às avessas, de forma a trazer um debate sobre a reprovação à conduta do agente que se encontra em situação de hipersuficiência.

Além do mais, o trabalho trará à baila ainda o conceito de igualdade material em paralelo com o pensamento de renomados autores sobre as consequências dos cerceamentos de direitos sofridos por pessoas que se encontram à margem da sociedade.

## 2. A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico responsável por definir os crimes, por meio da descrição das condutas típicas; estabelecer as respectivas sanções penais, delimitando as escalas punitivas e assecuratórias aplicáveis em cada delito; bem como estabelecer as diretrizes de interpretação do Direito Penal.

Doutrinadores vão dizer que o Direito Penal possui dois objetivos: o declarado (ou manifesto) e o objetivo real (ou latente).

Desse modo, Juarez Cirino dos Santos (2014) define o objetivo declarado como aquele evidenciado pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, o qual visa a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, sob ameaça das ditas sanções penais. O autor destaca que a definição dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal é realizada a partir de critérios político-criminais fundados na Carta Magna pátria e possui como escopo a proteção à existência e ao progresso individual e social do ser humano.

Dentro do objetivo manifesto do Direito Penal é importante lembrar que, como se extrai do princípio da intervenção mínima (posteriormente apresentado neste trabalho), o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou seja, é dotado de características que apenas possibilitam a criminalização de uma conduta se a criminalização for o único meio possível para garantir a proteção de determinado bem jurídico, bem como se nenhum outro ramo do direito for capaz de proteger aquele bem.

Noutra perspectiva, quando se fala no objetivo latente do Direito Penal, passa-se a visualizar tal ramo a partir de seus objetivos políticos, como mecanismo de gestão social. Assim, o Direito Penal e o aparato estatal se colocam, no seu aspecto político-social, à disposição dos interesses dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, ratificando a histórica ordem social desigual, onde a classe dominante e detentora do poder desfruta de seus privilégios e à classe socialmente excluída restam as mazelas sociais, que vão desde o não acesso à direitos até o enclausuramento massivo (Santos, 2014).

Nesse contexto, Santos vai alertar sobre a necessidade de analisar o Direito Penal, não apenas do ponto de vista formal (manifesto), mas também da sua perspectiva latente, sob pena de se perder de vista a real papel desempenhado pelo ordenamento na sociedade, *in verbis*

(...) O Direito e o Estado não se limitam às funções reais de instituição e reprodução das relações sociais, exercendo também funções ilusórias de encobrimento da natureza dessas relações sociais, em geral apresentadas sob forma diversa ou oposta pelo discurso jurídico oficial. Por isso, também o Direito Penal deve ser estudado do ponto de vista de seus objetivos declarados (ou manifestos) e de seus objetivos reais

(ou latentes), nos quais se manifestam as dimensões de ilusão e de realidade dos fenômenos da vida social nas sociedades contemporâneas (Santos, 2014, p. 7).

Observando sob esse prisma, torna-se inevitável uma análise sobre os ocupantes dos espaços de poder e política no Brasil. De prima face, deparamo-nos com a composição da instância jurídica máxima do país (STF), onde atualmente não há, sequer, um representante negro e que, nos seus 133 anos de existência, apenas 1 (um) ministro negro ocupou esse espaço. Esse fato se perpetua por todo poder judiciário, onde apenas 3,8% dos ministros dos tribunais superiores são pretos ou pardos (Migalhas, 2023). O cenário não é muito distinto quando olhamos para o poder legislativo, onde apenas 26% dos senadores são negros (Cursino, Sara; Globo, 2024). Esse padrão se replica semelhante na câmara federal e nas assembleias legislativas estaduais, bem como nos cargos de chefia nas empresas privadas.

Nesse sentido, Jessé de Souza (2017) demonstra que o controle do poder é questão central de toda sociedade, pois tal domínio é que determina quem dita as regras na sociedade e quem está sujeito a elas; quem cria e goza dos privilégios e os que vivem às margens da sociedade, posto que os que controlam a narrativa das ideias, possuem em suas mãos o controle da sociedade, elaborando e interpretando as regras conforme seus próprios interesses.

Por outro lado, estudos realizados pelo SENAPPEN (2024), no segundo semestre de 2023, demonstram que a população carcerária brasileira é massivamente composta por pessoas em evidente vulnerabilidade social. O relatório final consolidado pela instituição e disposto no SISDEPEN aponta que 66% da população carcerária é composta de pessoas pretas ou pardas, que 81% dos aprisionados não concluiu o ensino médio e 67% foram colocados nessa situação por cometerem os chamados “crimes grosseiros”, aqueles tipificados na Lei de Drogas, furto ou roubo. O relatório aponta ainda a realidade da superlotação do sistema penitenciário nacional, que possui capacidade para 488.035 (quatrocentos e oitenta e oito mil, e trinta e cinco) pessoas e se encontra atualmente em situação de superlotação, com uma população de 644.316 (seiscentos e quarenta e quatro mil, trezentos e dezesseis) pessoas.

Esse aprisionamento em massa, visivelmente direcionados para determinados grupos, nada mais é do que a concretização dos objetivos reais do Direito Penal.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli ministram que:

O Direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas. No século XIX, Marx viria sustentar que o Direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas (Zaffaroni; Pierangeli, 1997, p. 248).

Nesse mesmo sentido, leciona Grégore Moura sobre o sistema criminal:

O sistema penal deve ser analisado como um instrumento de controle social que condiciona e é condicionado pela vida em sociedade, isto é, o sistema penal não só reflete os valores vigentes em determinada sociedade, como também modifica esses valores ao longo do tempo.

Esses valores, porém, são escolhidos e determinados pela “classe dominante” fazendo do sistema penal um produto ideológico, ou seja, reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe “privilegiada” em determinado momento histórico (Moura, 2006, p. 106).

A doutrina ainda aponta que o Direito Penal atua como instrumento de marginalização da classe dominada à mercê da classe dominante, através da seletividade penal, que se manifesta tanto na fase legislativa (criminalização primária), com a previsão de crimes e penas em abstrato, quanto da fase judicial (criminalização secundária), com a ação punitiva sobre a pessoa concreta (Guilherme, 2018).

Para melhor entender sobre as etapas da criminalização, Zaffaroni e Nilo Batista explicam que:

Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere à condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitimam tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo discute publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude e, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executado por uma agência penitenciária (prisonização) (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 43).

Inclusive, a doutrina sustenta que há um desequilíbrio entre a criminalização primária e a criminalização secundária, isso porque, as agências punitivas sofrem com limitações operacionais que as impossibilitam de cumprir, isonomicamente, todos os mandamentos legislativos. Desse modo, é realizada uma seleção de criminalização secundária, de modo a executar apenas uma estreita parcela dos mandamentos primários.

Essa necessidade de seleção, que se dá pela ausência de capacidade operativa das agências de criminalização secundária, concentra nas mãos dos detentores do poder deliberar sobre quem serão as pessoas criminalizadas e as vítimas protegidas (Zaffaroni; Batista, 2003).

Zaffaroni leciona que a escolha dos criminalizados é definida não apenas pelos critérios próprios das agências punitivas, mas é também influenciada ao poder de outras agências, como as de comunicação social e as políticas, esses que se configuram os empresários morais, que

participam de todas as etapas da criminalização e se encontram nos espaços de poder político e social (Zaffaroni; Batista, 2003).

Zaffaroni e Nilo Batista (2003) explicam ainda que os criminalizados são selecionados por 2 (dois) critérios, sendo o primeiro pelo cometimento de crimes ditos “mais grosseiros”, ou seja, aqueles cometidos por pessoas em posição social miserável, que possuem recursos reduzidos para o cometimento de “delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 46). O segundo critério de criminalização está diretamente relacionado à pessoa do crime, sendo os sujeitos selecionados aqueles que não possuem acesso positivo ao poder público e econômico ou à comunicação em massa.

Desse modo, a partir da concretização dos critérios de seleção, a comunicação social passa a cumprir o papel de introduzir no imaginário social as características dos ditos “criminalizáveis”, que serão aqueles sujeitos em posição de inferioridade social, com escasso acesso à educação e trabalho, cujo delitos se resumem apenas as obras toscas. Assim, sendo ocultados os demais delitos cometidos pela parcela mais abastada da sociedade, reforçando o preconceito racista e classista que coloca os sujeitos vulneráveis como as únicas ameaças ao corpo social (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 48).

Outro papel substancial da comunicação social, nesse enfermo processo de seletividade penal, é o de consolidar no imaginário da população a crença de que as prisões sejam majoritariamente povoadas de pessoas que cometeram atos asquerosos, como homicídios, estupros etc. Assim, motivando avantajado repúdio social à figura dos criminalizados. Portanto, como já apresentado anteriormente, a grande maioria da população carcerária está reclusa por pequenos delitos contra a propriedade ou pelo pequeno tráfico de drogas ilícitas.

Nessa lógica, Zaffaroni e Batista exprimem que:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para a criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por se tratar de pessoas desvalorizadas, é possível associar-lhe todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar um imaginário público do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certa uniformidade da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias) (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 46).

Nesse mesmo sentido, Grégore Moura, *in verbis*

Assim, com auxílio dos meios de comunicação de massa, cria-se o criminoso padrão - pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades - perfazendo, *mutatis mutandis*, o que alguns autores chamam de teoria do etiquetamento (Moura, 2006, p. 107).

Sobre a pena no direito latente ou real, Moura (2006) leciona que, como prevenção geral, essa resguarda dois aspectos, que seriam: a) tranquilizar e proteger a classe privilegiada, e b) intimidar a classe marginalizada com a aplicação da pena como forma de exemplo, reforço negativo, para que a classe subjugada não cometa o erro de contradizer os parâmetros estabelecidos pela classe dominante. Já como prevenção especial, a pena funcionaria como aparato de dominação ideológica, onde, através da “ressocialização”, a classe dominante demonstra aos criminalizados o modelo de comportamento ideal.

Logo, observa-se que “a seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 46,).

Dessa forma, Zaffaroni e Batista (2003) explicam que as agências criminalizadoras secundárias se mostram ineficazes quanto aos crimes que não se enquadram naqueles tipicamente praticados por pessoas em situação de vulnerabilidade, assim ficando impune os ditos crimes “do colarinho branco”, que são aqueles, em regra, praticados por pessoas de maior grau de instrução e poder econômico, como, por exemplo, fraude corporativa, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, corrupção, manipulação de mercado, *insider trading* etc.

Ademais, nos casos excepcionais em que essa bolha seletiva é furada e a criminalização alcança sujeitos que não se enquadram no estereótipo criminalizado, há um grande turbulência no sistema criminal onde passa-se a verifica uma grande pressão das agências políticas e de comunicação; operadores do direito se debruçam à formularem questionamentos aos quais as respostas são desconhecidas e alojamentos diferenciados são criados para esses indivíduos, como é o caso das celas especiais para advogados, membros do MP, delegados, políticos, magistrados etc (Zaffaroni; Batista, 2003).

Sobre as celas especiais, ainda permanece um impetuoso questionamento. Apesar de historicamente o “benefício” se colocar como privilégios da classe dominante e privilegiada, é impossível não fazer uma análise crítica sobre a decisão unânime do STF na ADPF 334 (2023), que tornou inconstitucional o art. 295 do Código Penal no que prevê um regime especial de prisão para quem cursou ensino superior.

A questão se evidencia aqui é que, no contexto educacional atual, onde o notório avanço das políticas afirmativas alavancou consideravelmente o percentual de pessoas negras e pobres nas universidades, as regras sobre a regalia foram modificadas, impedindo que essa nova classe

vulnerável, que agora começa a acessar o ensino superior, mas ainda se encontra no cerne das políticas de aprisionamento, alcance os privilégios que, historicamente, servem apenas a classe hegemônica. Em uma vaga analogia, esse fato se assemelha ao ocorrido na clássica obra “A Revolução dos Bichos” (Orwell, 2007) onde, sempre que os animais mais vulneráveis cumpriam os requisitos para desfrutarem de algum privilégio, os animais dominantes alteravam as regras para que só a sua classe possa ter acesso ao direito garantido. As regras mudam, mas os privilégios continuam a existir de forma que apenas os abastados possam alcançá-los.

Dito isso, fica evidente que o sistema criminal, em todas as suas fases, opera como filtro que seleciona determinadas pessoas como alvo da criminalização. Zaffaroni e Batista (2003) vão dizer que o estado de vulnerabilidade do indivíduo está diretamente relacionado à correspondência com o estereótipo penal, o que chamam de “risco criminalizante”, de modo que o sujeito que se enquadra no estereótipo precisa esforçar-se demasiadamente para não se colocar na posição de criminalizado, enquanto o quem não se enquadra no estereótipo deve fazer um considerável esforço para que se coloque em situação de risco criminalizante.

Nesse mesmo sentido, Lázaro Guilherme ensina:

Assim, a probabilidade maior ou menor de ser criminalizado depende das variáveis acerca dos fatores de riscos do grau de vulnerabilidade. Ao passo que nos crimes denominados de colarinho-branco a “impunidade” é alta devido ao baixo grau de vulnerabilidade de seus agentes; lado outro, nos crimes grosseiros, existe uma atuação repressiva da agências, já que os atores se enquadram no estereótipo da clientela preferencial do Direito Penal (Guilherme, 2018, p. 143).

Desse modo, é nítido que essa seleção criminalizante, além de ratificar e ampliar as mazelas da desigualdade e do preconceito, fere gravemente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade quando estabelece aplicação distinta e discricionária da lei para manutenção política e social da hegemonia da classe abastada em detrimento da vulnerabilizada.

Nessa perspectiva, como bem leciona Lázaro Guilherme (2018, p. 144)), é dever inadiável do Estado Democrático de Direito eliminar todas as formas de violência e discriminação institucional, de modo que a culpabilidade deve ser analisada como “método de imputação a partir de fundamentos diretamente ligados à pessoa, atrelado à realidade social e seus conflitos concretos” e não apenas como instrumento jurídico normativo.

Assim, apresenta-se como dever das ciências criminais e do poder punitivo estatal, por hora, constituir e incorporar mecanismos concretos, como a coculpabilidade, capazes de mitigar a injusta e direcionada seletividade no Direito Penal.

Portanto, como afirma Carnelutti (2002, p. 58), “o direito é como a chuva que molha a todos, exceto aqueles que possuem guarda-chuva”. É evidente a seletividade do sistema penal brasileiro, que se apoia essencialmente na histórica e desigual construção da sociedade. Nesse sentido, para que se possa compreender a necessidade do princípio da coculpabilidade, como instrumentos de mitigação dessas mazelas sociais, é necessário ainda analisar a violenta exclusão social que direciona aos “sujeitos desumanizados” à prática de criminosa.

### 3. A EXCLUSÃO SOCIAL COMO FATOR CONDICIONANTE DA PRÁTICA DE ATOS CRIMINOSOS

A exclusão social é o fenômeno responsável por ocasionar a dessocialização, o medo e a incerteza nos grupos socialmente excluídos. Por meio de mecanismos de coerção, que alocam a parcela excluída da sociedade em situação de desocupação, degradação moral e material, precariedade de emprego, ausência de qualificação profissional e força política, a mazela retira desses grupos minoritários o sentimento de pertencimento e os insere a sensação de abandono, incapacidade e desalento, enfraquecendo qualquer possibilidade de ameaça ao status quo.

Assim sendo, a exclusão social caracteriza-se pela ruptura entre a coletividade e os excluídos, tanto na dimensão material, quanto na dimensão social, como bem leciona Giuliana Leal:

A exclusão tem dupla dimensão: por um lado, o desprovido material ligado ao desemprego; por outro, o isolamento social, pela radicalização do enfraquecimento do capital social. Esses dois fenômenos concretizam-se pela privação do estoque mínimo de direitos reais, em especial dos direitos econômicos (compostos pelos direitos de propriedade, de produzir, de intercambiar etc.) e dos direitos sociais (direitos à saúde, à moradia etc., ou seja, aqueles que dizem respeito aos fenômenos redistributivos numa dada sociedade) (Leal, 2011, p. 29).

Nessa perspectiva, Pedro Demo (2002, p. 21) manifesta que a exclusão social é necessariamente fundada na falta de acesso a bens materiais e trabalho; ausências essas que submete essa minoria a uma vida de “expedientes eventuais e da mendicância” marcando-a no imaginário social pela concepção de “vagabundagem, mendicância, criminalidade e atividades infames”.

Logo, o fenômeno se concretiza pela ruptura dos laços que conectam o indivíduo à vida em coletividade, fazendo com que os indivíduos segregados se vejam em situação de inutilidade social. Frente às mazelas que a exclusão impõe, essas pessoas são levadas ao fracasso nas esferas da vida coletiva, e se veem longe do mercado de trabalho e da vida digna em comunidade (Leal, 2011).

#### 3.1 Quem são os excluídos no Brasil

Uma vez apresentadas as faces da exclusão social, é preciso agora analisar quem são as pessoas historicamente excluídas em nossa sociedade.

Para esse exercício, se faz necessário partir da compreensão de que, desde a chegada dos portugueses no em território nacional (no ano de 1500), a forma de instituição que fundamenta todas as outras é o escravismo. Jessé de Souza vai dizer que “nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão” (Souza, 2017, p. 40).

Lançando mão de um remonte histórico, é preciso relembrar que desde os primeiros passos dados no Brasil em direção a abolição do regime escravista, mecanismos que garantiam a manutenção da exclusão de pessoas escravizadas foram criados. Nessa jornada, há a Lei de Terras de 1850, que impediu que essas pessoas tivessem acesso à terra; a Lei do Ventre Livre em 1871, que, apesar de garantir a liberdade dos filhos de escravizadas, não salvaguardou, a esses, nenhum direito a sua cidadania; e a Lei Áurea de 1888, que não previu nenhuma política pública que assegure o acesso a serviços de bens e consumo para os negros agora libertos do regime escravista (Albergaria et al, 2019).

Logo, sem acesso à terra e sem nenhum direito ou garantia assegurado, os escravizados visualizam, como única alternativa de moradia sobrevivência, a migração para as margens da sociedade, para as áreas sem valor comercial para a hegemonia branca e remanescentes de quilombos organizados, que sempre serviram como espaço de sobrevivência e resistência contra a mazela da escravidão, daí surgem os espaços que hoje se denominam “periferias” ou “favelas”.

Esses espaços periféricos e historicamente negros, resistem e continuam sendo habitados, em quase sua totalidade, por pessoas que se encontram na linha da pobreza e em sua esmagadora maioria por pessoas negras. Ainda, nos dias atuais, perdura a escassez de direitos básicos para sobrevivência e as políticas públicas pouco são direcionadas para os ocupantes dessas áreas, que sobrevivem em meio ao descaso, o medo e a opressão.

Nesse sentido, Rafaela Albergaria bem explica:

As periferias são negras, remanescem dos quilombos constituídos como espaços de resistência contra a brutalidade da escravidão, e dos deslocamentos, dos confinamentos e expulsão para os espaços geográficos que não tinham valor comercial nos mercados centrais brancos. Como as gerações escravizadas não tiveram direito à terra na Lei de Terras (1850) nem sua cidadania garantida após a promulgação da Lei do Ventre Livre (1871) tão pouco, tiveram acesso a serviços e bens de consumo após a assinatura da Lei Áurea (1888), as políticas públicas nunca estiveram voltadas ao "público" negro.

A construção racializada que forja o Estado, no qual o direito é paradoxalmente atravessado: direito para os brancos, não direitos aos negros, não fazem parte do passado, mas estão cristalizadas nos diferentes estratos e setores sociais. Quando comparamos os mapas de renda per capita entre população branca e negra, se explicitam essas permanências racializadas no acesso aos bens sociais em diversos

indicadores. Perceber a manutenção das desigualdades raciais revelam que o racismo não é coincidência (Albergaria et al, 2019, p. 51).

Desse modo, é preciso fixar os olhos nas origens do Brasil para compreender sua construção pautada em exclusão e privilégios. Pouquíssimo esforço é necessário para visualizar que do escravismo importa-se o desprezo e o massacre das classes periféricas, que subsistem no país de forma precária e muitas das vezes desumanas, apartadas de uma sociedade igualitária, não vendo se cumprirem, nem de longe, os direitos e garantias constitucionais.

Como bem explica Jessé de Souza (2017, p. 153), não reconhecer os 350 anos de escravização no Brasil, o que moldou todas as demais relações sociais, faz com que se divida a sociedade entre ‘gente’ e ‘não gente’, seguindo por uma construção social que esvaziando de humanidade os excluídos.

É nas comunidades e nas áreas mais afastadas dos centros urbanos que se encontram os indivíduos vistos como “não gente” pela sociedade hegemônica, são nesses lugares, majoritariamente negros que estão os “sub-humanos” sujeitos a todos tipo de “não-acesso”, é no espaço geográfico periférico onde as recorrentes chacinas policiais acontecem, onde as escolas, o saneamento, o trabalho e as políticas de lazer não alcançam.

Não por acaso o perfil dos excluídos é o mesmo dos selecionáveis pelo direito penal, o retrato do sub-humano, das pessoas que podem sofrer qualquer tipo de violação, sem a menor comoção pública, está forjado desde o ano de 1500, e em tudo se parece com os escravizados trazidos para o Brasil.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no Relatório de Desenvolvimento humano do Brasil de 2005, concluiu que:

(...) Nem todos são atingidos da mesma maneira pela violência. As taxas de homicídio, por exemplo, são mais altas nos bairros em que a renda média é menor e os serviços urbanos são mais deficientes. Além disso, os dados indicam que outro tipo de desigualdade caminha lado a lado com a distribuição desigual de riqueza, educação, saúde e saneamento entre brancos e negros no Brasil: os negros são os principais alvos da violência letal (PNUD, 2005, p. 86).

Nesse mesmo sentido, Jessé de Souza explica que:

Pode-se chacinar e massacrar pessoas dessa classe sem que parcelas da opinião pública sequer se comova. Ao contrário, celebra-se o ocorrido como higiene da sociedade. São pessoas que levam uma subvida em todas as esferas, fato que é aceito como natural pela população. A subvida só é aceita porque essas pessoas são percebidas como subgente, e subgente merece ter subvida. Simples assim, ainda que a naturalização dessa desigualdade monstruosa no dia a dia nos cegue quanto a isso (Souza, 2017, p. 153).

Portanto, é nítido que as pessoas mais expostas à exclusão têm endereço, raça e classe social no Brasil. Da mesma maneira, é inevitável que tamanha mazela cause consequências sociais diretamente relacionadas às dores experimentadas por esses excluídos.

### 3.2 Consequência da exclusão social

A escassez de acesso a direitos básicos, como educação, saúde, saneamento, alimentação, moradia e emprego, faz com que os cidadãos postos às margens da sociedade se vejam em uma situação de desesperança, incertezas e medo.

Jessé de Souza (2017, p. 147) vai denominar essas pessoas de “ralé de novos escravos”, pois, além de guardarem características raciais, sociais, econômica e políticas semelhantes aos libertos no pós-abolicionismo (1888), encontram-se condenados ao fracasso, humilhação, desprezo e subsistência, frente à ausência de políticas públicas favoráveis.

Nessa perspectiva, é importante pontuar que a segregação experimentada por esses cidadãos os coloca num cenário de direitos e oportunidades defasados. Os moradores das comunidades, quando conseguem acesso à educação e trabalho, são inseridas em um cenário de educação deficiente, de trabalhos precarizados, quase nunca conseguem acesso à lazer e cultura, sobrevivendo em estado de alerta e fome, tendo que, muitas das vezes, optarem entre o socialmente “ético” e a subsistência de sua própria família.

Assim também leciona Miriam Abramovay, *in verbis*

(...) Tem-se conseguido esclarecer cenários das complexas nuances da relação juventude e violência. Essa relação é percebida como o produto de dinâmicas sociais, pautadas por desigualdades de oportunidades, segregações, uma inserção deficitária na educação e no mercado de trabalho, de ausência de oportunidades de lazer, formação ética e cultural em valores de solidariedade e de cultura de paz e de distanciamento dos modelos que vinculam esforços a êxitos (Abramovay et al, 2002, p. 55 - 56).

Além disso, as violações por quais passam essa classe desfavorecida, que vão desde a precarização da instituição família ao preconceito racial, social e institucional, que aloca esses sujeitos como marginalizados, os levam a degustar a experiência de uma vida intragável. Essas pessoas, principalmente os jovens, vão buscar nas drogas e na criminalidade (que estão diariamente expostas a eles na comunidade) a possibilidade de fuga da realidade deprimente que vivem, um escape da insuportável sensação de desesperança, fome e indiferença social (Souza, 2017).

Do relato do escritor Reginaldo Ferreira da Silva (Ferrez), à época morador da favela Santiago, no Capão Redondo, zona sul de São Paulo, retirado do Relatório do Desenvolvimento Humano - Brasil 2005, pode-se mergulhar nessa realidade vivenciada nas comunidades brasileiras:

A sensação é de desespero quando chega o fim do mês e você não tem dinheiro para manter a dignidade. Só queria ter isso, só queria ter aquilo, ter de tudo pra não dar mais tanto valor apenas pro pão com manteiga. No corpo cansado é visível o desgosto, o olhar perdido ao longe, o desemprego é o assunto da maioria, a falta de dinheiro já é rotina. Policiais petulantes passeiam gastando a gasolina do Estado, com arma na mão apavoram o mais humilde, dão estilexada na cara, rasgam a barriga do menor, que não soube dizer por que estava naquele horário na rua, talvez tenha vergonha de dizer que está ali porque seu pai chega bêbado e o espanca toda noite. O tráfico continua, o homicida continua, pois a justiça aqui tem um preço. Pode vir a civil, pode vir a rota, rajada, rajada mesmo só se não tiver ideia, porque o resto o dinheiro compra. Qual o lado real dessa guerra? O das reportagens policiais numa TV que aliena mais o povo ou o desfile do ladrão de carro importado e ouro no pulso, que com sua aparência convence o menino de que a escola não é o caminho? A cultura criminal já se apossou das nossas vidas, difícil é falar de amigos sem dizer a palavra finado na frente, difícil não falar de cadeia, de briga, de pistola. O que plantaram pra gente? Desesperança. O que vão colher? Uma geração inteira de psicopatas que no começo da vida não tiveram outro caminho a seguir. Sendo empurrado como um boi para o matadouro. A escola é quatro horas, a vida é 24, o pai não cria o filho, a rua sim, a elite financia a miséria, e no final todos se trombam na guerra aí fora. É muita treta morar num lugar em que ninguém se respeita, onde os ratos desfilam pelas ruas, onde seu filho brinca com a água do córrego, e no final querer competir no mercado de trabalho com o filho da elite que fez inglês desde os 5 anos de idade. O que estamos plantando para nossos filhos aqui? Não temos nem a consciência de uma cultura, não temos nem como contar nosso passado, então como olhar o futuro? A vida é um retorno ao grande nada aqui na zona sul de São Paulo. A vida é uma grande piada, embora a gente quase nunca dê risada dela. Assim como em todas as periferias de São Paulo e do Brasil em geral, as leis são outras. Homens nervosos, com armas na mão, que nunca olham no olho da população, despreparados e desorientados, quantos eu já vi com o sintoma da droga, cheirados até ficar mordendo, aquela arma engatilhada, apontada para um suspeito que no máximo deve ter 12 anos de idade... Uma coisa gera a outra, e o campo de concentração moderno não tem diversão, é paranóia o tempo todo, ficar sentado na frente do bar, fumar um cigarro e, quando tiver mais idade, ir para o baseado e dali para a farinha. O traficante distribui a droga que a televisão já vendeu há muito tempo, convencendo durante anos que por mais que a gente se esforce nunca vai ser como eles. Eu no meu pequeno mundo não julgo ninguém, porque sei como é duro viver como um zé-ninguém, e tantos optaram por viver como rei pelo menos até os 20 anos. Vida de ladrão não dá aposentadoria, mas a rapper já fala: quando o filho chora de fome, moral não vai ajudar. A periferia não é um bloco. Somos vivos, somos diferentes, e no fundo temos o mesmo sonho, um futuro melhor, sem covardia, sem drogas, sem sofrimento e sem mortes. Mas o homem substituiu tudo e hoje a felicidade não é gratuita (PNUD, 2005, p. 89).

Do relato do Ferrez, supracitado, é possível sentir, mesmo que superficialmente, a realidade vivenciada pelos moradores das favelas no Brasil. É nítida no relato a desesperança; é cristalino que a ausência de políticas públicas inviabilizam direitos básicos para a dignidade da pessoa humana e dão lugar a presença do tráfico, que deslumbra os jovens com a promessa

de uma vida menos miserável; e da corrupção estatal, que alcança essa parcela da população para oprimir e ratificar seu lugar de sub-humano.

Nesse mesmo sentido, Pedro Demo (2002, p. 26) vai dizer que a segregação coloca os excluídos em situação de “desorganização conjugal e anomia sexual, fracasso escolar e encarceramento, tráfico de drogas, delinquência de rua e criminalidade violenta”.

Logo, são notórias as consequências sociais da exclusão, que empurram os cidadãos socialmente segregados para o cometimento dos ilícitos ditos “grosseiros”, os mesmos que a seletividade penal persiste em punir. É nítido que a seletividade penal e a exclusão social operam como ferramentas que se unem para aprisionar pretos e pobres, os quais correspondem a grande maioria da população carcerária nacional. Daí a importância da implementação de mecanismos como o princípio da coculpabilidade que, pelo menos enquanto persistir essa mazela social, sejam minimamente capazes de mitigar a política de encarceramento direcionada a essas minorias.

#### 4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS E O GARANTISMO ESTATAL

A palavra “princípio” tem sua origem no latim “*principium*” ou “*principii*” e traz consigo a ideia de origem, começo, ponto de partida, base. Nesse sentido, De Plácido e Silva (2016, p. 2884) ensinam que, juridicamente, “princípios” se apresentam como “normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce (...)”.

Assim, De Plácido e SILVA leciona que os princípios jurídicos

Exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos (De Plácido e Silva, 2016, p. 2.884).

Canotilho (2003) ensina que os princípios possuem uma função normogenética, ou seja, se apresentam como fundamentos das normas do ordenamento jurídico; bem como uma função sistêmica, se colocando como instrumento de validade que irradia por todo ordenamento jurídico, integrando objetivamente o sistema jurídico.

Conforme levanta Grégore Moura (2006), a compreensão dos princípios jurídicos é de suma importância para aplicação do Direito, principalmente quando se trata de direito penal, pois permite que os operadores do direito lancem mão das diversas funções incumbidas aos princípios, quais sejam: diretiva, interpretativa, informativa, normativa unificadora, coercitiva etc.

Nesse sentido, Paulo Bonavides vai afirmar que “é graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (Bonavides, 2004, p. 288).

Quanto à alocação dos princípios no Direito, Grégore Moura, os inserem - de acordo com a concepção tridimensional de Miguel Reale - entre o valor e a norma. O autor assume o princípio como a concretização do valor e a norma como a concretização do princípio. Assim, na concepção do Moura, “a norma deve seguir os ditames dos princípios, já que ela (norma) tem a função de exteriorizar os princípios. Daqui retira-se a força normativa dos princípios, que abarca a elaboração e a aplicação da norma jurídica.” (Moura, 2006, p. 10).

Assim, os princípios jurídicos funcionam como diretrizes, mas também “normas-chaves” que irradiam por todo ordenamento jurídico, devendo, obrigatoriamente, serem observados para um processo penal mais justo e humanizado, desde a elaboração até a aplicação da norma.

Dentre a imensa variedade de princípios, serão analisados no presente trabalho os mais relevantes para o objetivo final perseguido, quais sejam, os princípios penais e constitucionais relacionados ao Direito Penal; desde já abdicando de exaurir o estudo sobre esses princípios.

#### 4.1 Princípios constitucionais penais

Como bem explica Grégoire Moura (2006, p. 11 - 12), “a eficácia dos princípios constitucionais está diretamente ligada ao tipo de Constituição que o Estado adota”. O Brasil assume um modelo de Constituição rígida (ou super-rígida, na concepção de Alexandre de Moraes), onde o processo de alteração da Constituição é mais dificultoso do que as alterações na legislação ordinária, bem como garante à Constituição Federal um lugar de supremacia, colocando-a no topo da pirâmide jurídica de Kelsen de modo a atestar um status de força normativa e fundamento de todo ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, uma vez que um princípio é inserido na Constituição Federal, passa a emanar sua função normativa e a obrigatoriedade de sua observância, vez que funcionam como fundamento de validade de todo ordenamento infraconstitucional, devendo sempre serem observados pelos operadores do direito (Moura, 2006)

Nesse sentido, Paulo Bonavides vai dizer que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo” (Bonavides, 2004, p. 258).

Grégoire Moura demonstra ainda a necessidade de se examinar o Direito Penal sob a ótica do Direito Constitucional. Tal pois, há uma “intrínseca ligação do Direito Penal como apêndice (...) do Direito Constitucional, o que leva a uma leitura do Direito Penal sempre em consonância com nossa Constituição” (Moura, 2006, p. 15 - 16). Isso também porque é possível observar a inserção de vários princípios e garantias jurídico-penais na CRFB/88, essa que traz em si diversas disposições, que limitam o poder punitivo estatal e estabelecem regras para que o legislador exerça, dentro dos limites da segurança jurídica, a tarefa de criminalizar condutas e prever penas.

Desse modo, passa-se a tratar especificamente dos princípios constitucionais essenciais para a análise e aplicação do Direito penal.

#### 4.1.1 Princípio da legalidade

Como bem defende Nilo Batista (2007), o princípio da legalidade apresenta-se como base estruturante do Estado de Direito, bem como sustentáculo de todo direito penal que preze pela segurança jurídica, tanto em sua acepção de previsibilidade de intervenção do poder punitivo do Estado tanto na concretização de segurança jurídica. Nesse sentido, o autor aponta que o princípio da legalidade “além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei” (Batista, 2007, p. 67).

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988), bem como o art. 1º do CP que possui redação semelhante. Logo, como leciona Rogério Greco (2015), a lei aqui deve ser entendida em seu sentido estrito, ou seja, a lei formal emanada pelo congresso nacional, obedecido o devido processo legislativo na forma do art. 22, I da CRFB/88 (Greco, 2015, p.144).

Do dispositivo constitucional supramencionado, conhecido em latim como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, é possível extrair, não só o princípio da reserva legal, como também o princípio da anterioridade da lei penal. Desse modo, como leciona Nilo Batista (2007), é possível extrair do princípio da legalidade 4 diferentes funções: a) a função histórica (*leis ex post facto*), que impede que a lei possa retroagir em desfavor do acusado, admitindo sempre que aplicável a retroação favorável ao réu; b) a função de proibir a criação de crimes pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), que estabelece que somente lei formal, lei escrita, pode criar crimes e estabelecer sanções; c) a função de proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); e d) a função de proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Nesse compasso, observa-se aqui que o princípio da legalidade é fundamental para a sobrevivência do Estado Constitucional de Direito, onde deve-se adotar um Estado Penal que preze pelas garantias e os direitos fundamentais previstos em sua Constituição.

#### 4.1.2 Princípio da irretroatividade

O art. 5º XL da CRFB/88 estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Nesse passo, o princípio da irretroatividade da lei mais

gravosa se apresenta como princípio basilar do Estado de Direito em matéria Penal e que, nas palavras de Zaffaroni e Nilo Batista tem, a função de:

a) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível; b) proibir que seja aplicada a quem cometer um delito uma pena mais pesada que a legalmente prevista na época seu cometimento (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 215).

Assim, deve-se observar o princípio do *tempus regit actum*, não cabendo que *novatio legis in pejus*, em regra, retroaja sobre fatos pretéritos e pendentes para agravar, de qualquer modo, a situação do réu, sob pena de inconstitucionalidade. Entretanto, como bem expressado na Carta Magna, a lei posterior mais branda (*novatio legis in melius*) deverá retroagir para garantir uma situação mais branda ao sujeito, não importando em que fase esteja o processo.

#### 4.1.3 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima é um princípio implícito na Constituição Federal e corolário do Estado Democrático de Direito. O princípio historicamente se consolida com o surgimento da Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1879), que determina que “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias...”.

Nessa perspectiva, o princípio da intervenção mínima age como limite ao poder punitivo do Estado, onde o legislador só pode lançar mão do Direito Penal para tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, apenas quando entender que os demais ramos do Direito não são capazes de cumprir tal função. Além disso, uma vez que entenda o legislador que, devido às mutações sociais, determinado bem jurídico deixou de gozar de tamanha importância social, deve-se dar andamento a descriminalização, deixando que outro ramo do Direito tutele determinada situação (Greco, 2015).

Dessa maneira, o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, de maneira subsidiária e fragmentada, assim leciona Fernando Capez, *in verbis*

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*) (Capez, 2011, p. 39).

Assim, o autor defende ainda que, se viável a solução de determinado conflito por meios mais “suaves”, a, desnecessária, aplicação do Direito Penal seria abusiva, pois a intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal são fundamental para a distribuição mais justa e equilibrada da justiça e estão diretamente relacionados a dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito (Capez, 2011).

#### 4.1.4 Princípio da igualdade

A Constituição Federal (1988), no seu art. 5º, caput, exige que todos são iguais perante a Lei, não sendo admitida nenhuma forma de distinção ou discriminação.

Rogério Sanches Cunha (2015) aponta que é preciso entender a igualdade não apenas no seu sentido formal, em que os iguais devem ser tratados igualmente, mas também no sentido substancial, onde, para afastar as desigualdades sociais, os desiguais devem ser tratados de forma desigual, de modo a serem legítimas as políticas públicas afirmativas de proteção a grupos historicamente desprotegidos pelo Estado.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes leciona que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (Moraes, 2003 ps. 49 e 50).

O professor Humberto Ávila (2007) afirma que a igualdade se coloca em dois aspectos de modo a coibir tratamentos discriminatórios, são eles: a) como princípio: onde institui um estado igualitário a ser promovido; e b) como postulado: que estrutura a aplicação do Direito por meio de critérios de diferenciação e finalidade da distinção em busca da igualdade real.

Nesse passo, Alexandre de Moraes (2003) vai lecionar ainda sobre a vedação imposta ao intérprete/autoridade pública que o impossibilita de aplicar as leis de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias.

Norberto Bobbio (1996) explica que o princípio da igualdade exclui qualquer espécie de discriminação arbitrária, seja ela legislativa ou judiciária, de modo a afastar qualquer forma de diferenciação introduzida (ou não eliminada), sem uma justificativa legal.

Contudo, Damásio de Jesus (2011, p. 54) relembra que, em respeito ao princípio da igualdade, não cabe qualquer tipo de discriminado contra réu em processo criminal, ou pessoa condenada, “em razão de cor, sexo, religião, raça, procedência, etnia etc.”

#### 4.1.5 Princípio da Individualização da pena

A Constituição Federal de 1988 expressa no seu art. 5º, XLVI que “a lei regulará a individualização da pena”. Assim, extrai-se do mandamento constitucional que a pena não poderá ser padronizada, mas deve ser individualizada, de forma a garantir a observância das individualidades de cada agente e de cada crime. Assim, a observância ao princípio da individualização da pena, em cada caso concreto, é fundamental para garantir a fixação de sanção que não perca de vista os princípios da igualdade e da proporcionalidade, como bem explica Nucci, a seguir:

A individualização da pena, é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências. Logicamente, todos são iguais perante a lei, mas não perante uns e outros. Cada qual mantém a sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento de aplicação da pena (Nucci, 2015, p. 257).

Nucci (2015) ainda defende, como obrigação de todos os operadores do Direito, estarem-se às particularidades de cada um dos membros da sociedade, de modo a observá-los como indivíduos com características, histórias e necessidades singulares, para que só assim possa se discutir punições estatais.

Dessa maneira, a doutrina majoritária elenca três fases em que a ocorre a individualização da pena, são elas: a) fase legislativa (cominação da pena): onde o legislador, no plano abstrato, deve decretar, aos injustos penais, penas proporcionais e coerentes com a sua gravidade; b) fase judicial (aplicação da pena): aqui, uma vez prevista a conduta e a sanção penal, cabe ao magistrado realizar uma ponderada e proporcional dosimetria da pena, tendo como base os critérios dispostos nos artigos 59 e 68 ou 49 do CP; e c) Fase de execução (execução da pena): onde juiz da execução penal, em conjunto com a administração penitenciária, se incumbe de zelar pelo indivíduo em cárcere, garantindo-lhe todas os direitos

da Lei de Execução Penal, tomando todas as medidas necessárias para mitigar a vulnerabilidade do interno (Silva, 2020).

Por outro lado, Grégore Moura vai ressaltar que a individualização da pena, como todos os demais princípios, não é absoluta, dado que “pelo menos por via reflexa, as penas atingem as pessoas que cercam os condenados, principalmente naquelas situações em que o encarcerado é o chefe da família” (Moura, 2006, p. 32).

Nessa perspectiva, Zaffaroni e Nilo Batista externam que:

Entretanto, essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiro é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio-reclusão, de natureza previdenciária (art. 80, lei nº 8.213, de 24. jul. 91). Um efeito transcendente da prisionização - sem embargo da tímida previsão legal da visita íntima (art. 40, inc. X LEP), na prática subordinada à maior ou menor liberdade da administração - é a privação de relações sexuais, que deixa ao cônjuge ou companheiro - não-institucionalizado a opção entre abstinência ou dissolução do vínculo afetivo. Outra transcendência está no vexame da revista imposta às visitas dos presos, a pretexto de segurança (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 232).

Portanto, percebe-se que a individualização da pena, assim como todos os outros princípios tratados aqui, é primordial para a concretização de um Direito Penal mais justo e igualitário. Entretanto, como diversas outras questões que impedem a operabilidade de um direito penal humanizado, é notório que as penas sempre atingem de forma mais grave e desigual determinada minoria e, inevitavelmente, lesionam demais membros da família do apenado. Assim, é imprescindível que o Estado garanta a consumação democrática dos princípios e dos direitos e das garantias fundamentais.

#### 4.2 O Estado Democrático de Direito como garantidor dos princípios constitucionais

O Estado Democrático de Direito, como o Brasil, tem como dever garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; que vise a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; o combate a todos as formas de preconceito e discriminação; bem como ao respeito a dignidade da pessoa humana e todos os demais princípios constitucionais (Brasil, 1988).

Nesse sentido, a norma penal em um Estado Democrático de Direito deve se apresentar de maneira legítima e democrática, obedecendo aos princípios e direcionamentos constitucionais, como bem explica Fernando Capez, *in verbis*

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito) (Capez, 2011, p. 25).

Logo, os princípios constitucionais penais atuam no Estado Democrático de Direito como fundamentos de validade da norma, bem como instrumento de ponderação para a correta interpretação e aplicação da lei. Capez (2011) ensina que, tanto no momento da elaboração da norma, quanto no momento da aplicação dela, é imperioso verificar se o conteúdo material da conduta tipificada atenta contra os princípios constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade substancial da norma ou do enquadramento daquela conduta.

Celso de Mello afirma que

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Mello, 1994, p. 451).

Entretanto, como pode ser verificado nos capítulos anteriores, o Direito Penal pátrio; frente as suas limitações, principalmente no que se diz respeito a criminalização secundária, e a construção desigual da sociedade; é ineficiente e consequentemente e seletivo na sua aplicação, colocando em risco a liberdade dos grupos mais vulneráveis.

Nessa perspectiva, cabe ao Brasil; como Estado Democrático de Direito, que adota o modelo garantista (como pode-se extrair dos princípios e garantias incluídos no art. 5º da Constituição) e sustenta como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana; testificar o cumprimento dos mandamentos Magnos de forma a garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana e, a partir desse fundamento, ratificar o cumprimento dos princípios que surgem de maneira a mitigar as desigualdades e vulnerabilidades que impossibilitam a algumas pessoas uma vida digna. Esse é o papel do princípio da culpabilidade, que será estudado neste trabalho, após a análise aprofundada da culpabilidade penal.

## 5. A CULPABILIDADE PENAL

A culpabilidade é entendida no ordenamento jurídico pátrio como juízo de reprovação ou censura, sobre determinado fato cometido por um ou mais agentes. Nesse sentido, a culpabilidade pode ser visualizada, no seu conceito formal, como o juízo de reprovação do legislativo, para fixação das sanções criminais; ou no seu aspecto material, como o julgamento de reprovação do fato, realizado pelo judiciário com base na sua previsão expressa no artigo 59 do Código Penal.

Algumas teorias surgem a respeito do tema. O professor Cláudio Brandão (2020) leciona que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, ou seja, que recai sobre a pessoa. Podendo entender aqui a culpabilidade como uma questão subjetiva do autor que se relaciona com sua decisão de vida, sua conduta social e personalidade.

Luiz Flávio Gomes (2001) vai defender que o Direito Penal se atenta ao juízo de censura sobre os fatos, devendo o juízo de reprovação recair sobre a conduta praticada pelo agente, sendo as características do autor reservadas para fixação da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

Rogério Greco (2015), por sua vez, leciona que há a união de ambas as concepções supramencionadas, entendendo que deve observar tanto a culpabilidade recaindo sobre o autor quanto sobre o fato. Segundo o jurista, a culpabilidade deve ter centralidade no fato, mas é possível que se leve em conta, também, a culpabilidade do autor.

Por fim, a doutrina majoritária entende que a culpabilidade está localizada no fato, de modo que o autor só deve ser censurado enquanto agente da conduta, por aquilo que ele fez ou deixou de fazer. Entretanto, deve-se observar que a culpabilidade se constitui da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, elementos que estão relacionados à pessoa do agente da conduta e as condições pessoais do mesmo.

### 5.1 Teorias da culpabilidade: evolução dogmática

O terceiro elemento do ilícito se coloca como o instituto jurídico que está em constante evolução em busca da concretização de processos criminais mais democráticos e humanitários. Entretanto, nem sempre foi assim, no Direito Penal primitivo bastava-se observar a objetivo nexu causal entre a conduta e o resultado danoso para que a culpabilidade fosse caracterizada.

Desde então, o Direito Penal se manteve em constante evolução, de forma a abandonar a simples responsabilidade objetiva, para atualmente passar a adotar um direito penal centrado na culpa, onde a sanção demanda a existência da culpabilidade e seus elementos.

Desse modo, pode-se apresentar a evolução dogmática da culpabilidade em quatro teorias: a teoria psicológica, a teoria psicológico-normativa, a teoria puramente normativa e a teoria limitada da culpabilidade.

A culpabilidade evolui conforme a doutrina passou a localizar e conceber à conduta formas diversas. Logo, as teorias da culpabilidade estão diretamente relacionadas às teorias da conduta, que foram evoluindo ao longo do tempo, de modo que já foram adotadas a teoria clássica ou causalista da conduta; a teoria Neokantista; e teoria finalista da conduta.

A teoria clássica ou causalista da conduta, surge na segunda metade do século XIX, tal teoria entende que ação deve ser compreendida de forma objetiva, posto que a vontade do agente não seria relevante, mas sim a ação cometida por ele.

Nessa perspectiva, surge a teoria psicológica da culpabilidade, essa que coloca a culpabilidade como relação psicológica entre o agente e o resultado da ação. Franz Von Liszt (1899) leciona que a culpa seria a responsabilidade pelo resultado produzido. Desse modo, não basta que o resultado se vincule ao ato de vontade do agente, mas seria necessário encontrar, na culpa, a ligação subjetiva.

Alguns dos doutrinadores causalistas entendem a atual consciência da ilicitude como elemento do dolo, de modo que, no momento da conduta dolosa, o agente conseqüentemente atuaria com vontade e consciência da ilicitude do ato, admitindo assim o dolo como normativo. Por outro lado, outros causalistas compartilham da visão de Franz von Liszt (1899), que entende ser irrelevante a caracterização da consciência da ilicitude na conduta dolosa.

Entretanto, doutrinadores causalistas teciam críticas sobre a conexão psicológica nas condutas culposas, questionando sobre a possibilidade de se estabelecer uma ligação psíquica concreta entre a vontade e a conduta nesses casos.

Na tentativa de superar a ausência de elementos normativos na culpabilidade, Reinhard Frank (2011), após o reconhecimento da existência de elementos normativos e subjetivos no tipo penal, concebe a teoria psicológico-normativa, essa que vai realizar a análise das circunstâncias concomitantes, identificando na culpabilidade os elementos dolo ou culpa, bem como a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa.

A presente teoria, que guarda estrita correlação com a teoria Neokantista da conduta, passa a vislumbrar a existência de elementos subjetivos e normativos no tipo penal, bem como passa a entender o dolo e a culpa como parte integrante da culpabilidade.

Nesse sentido, Frank analisa que “a culpabilidade é reprovabilidade” (Frank, 2011, p. 39). Visualiza-se aqui a culpabilidade como um juízo de valor sobre a norma e a situação psicológica (a vontade) do agente. Segundo a teoria normativa da coculpabilidade, a conduta passa a ser considerada culpável somente se, no caso concreto, for possível exigir uma conduta diferente do agente.

Desta maneira, na teoria normativa, a exigibilidade de conduta diversa é, de fato, elemento normativo e precisa ser observado, assim como os demais elementos psicológicos que consistem no dolo e na culpa.

Para elucidar a teoria, Frank (2011) apresenta a distinção que deve ser observada na culpabilidade no caso de dois agentes que se propõem a praticar o mesmo ato. Em um dos casos há um agente que, para garantir alimentação para sua família pratica furtos e, em contraponto, um segundo sujeito que se apropria de bem alheio para desfrutar dos seus prazeres em vinhos.

Para Frank, nas situações supramencionadas, apesar de se tratar do mesmo tipo penal, a culpabilidade deve ser verificada de maneiras diferentes, pois não seria razoável exigir conduta diversa do primeiro agente.

Na mesma perspectiva, Frank (2011) aponta a distinção na culpabilidade nos atos cometidos por dois agentes ferroviários que cometem equívocos ao realizarem um desvio de nível nas linhas de trens, o primeiro estando descansado, e um segundo, que cometa o mesmo erro após horas de trabalho sem descanso.

Das situações apresentadas, é possível verificar que a culpabilidade poderia variar de acordo com a situação concreta, levando em conta se está presente a exigibilidade de conduta diversa ou não. Desse modo, a teoria psicológico-normativa, trouxe como consequência alguns casos em que, apesar do sujeito agir com dolo ou culpa e ser imputável, mesmo assim não deve ser considerado culpado criminalmente, por exemplo, nos casos em que agir sobre coação moral irresistível.

Logo, a teoria da Psicológico-normativa passa a observar a culpabilidade de acordo com as circunstâncias da ação, de maneira apartada do dolo, de modo que, ainda que caracterizado o dolo em um ato típico, se não é possível, naquele fato em concreto, a exigibilidade de conduta diversa o ator não deve ser pelo ato responsabilizado criminalmente. Por isso, a evolução dogmática acerca da culpabilidade caracteriza um dos importantes fundamentos a para a coculpabilidade.

Entretanto, ainda que figure como um importante marco da evolução dogmática da culpabilidade, a teoria psicológico-normativa localizava o dolo como elemento normativo integrante da culpabilidade, estritamente relacionado a atual consciência da ilicitude, de modo

que a consciência da ilicitude do agente, à época do ato, se colocava como requisito indispensável para imputá-lo uma conduta a título de dolo.

Desse modo, críticas doutrinárias surgem a respeito da teoria psicológico-normativa, pensadores passam a defender o dolo como um fator de vontade da conduta típica, apartado do juízo de censura ou de um elemento normativo da culpabilidade.

Nesse contexto, com o surgimento da teoria finalista da conduta, idealizada por Hans Welzel, passa-se a entender a conduta humana como a realização de uma atividade que surge de uma vontade dirigida a um fim, de modo que o fator psicológico se coloca como um elemento determinante para a constituição da ação típica.

Então, a teoria finalista determina que a consciência da ilicitude não carece ser atual, basta apenas que o agente tenha potencial consciência, ou seja, basta que o indivíduo tenha condições de entender que sua conduta vai de encontro ao ordenamento jurídico, não estando mais vinculado a observar tal entendimento no momento específico do ato; de modo tal que a consciência da ilicitude passa a figurar como elemento autônomo da culpabilidade, desvinculado do dolo, que passa a integrar o fato típico (Gomes, 2001).

Nesse contexto, surge então a teoria normativa pura da culpabilidade, que, em total consonância com a teoria finalista da conduta, retira da culpabilidade o seu elemento psicológico, ou seja, o dolo ou a culpa, e os transfere para o fato típico.

Assim, na teoria normativa pura, como o próprio nome da teoria sugere, a culpabilidade passa a assumir caráter puramente normativo, exclusivamente de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada pelo autor, mantendo como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, como impecavelmente define Cláudio Brandão, abaixo:

(...) o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertencente à ação, separado, portanto, da culpabilidade. A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica. Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato (Brandão, 2010, p. 421).

Importante ainda mencionar a maneira como a teoria normativa pura aborda as discriminantes putativas, ou seja, como a teoria entende a ação de um agente imbuído de percepção equivocada - a respeito da realidade ou de interpretação da norma - sobre a existência de um fator que exclua a ilicitude de seu ato.

Nesse contexto, a teoria normativa pura não distingue a maneira como são tratados os erros sobre o fato ou sobre a interpretação da norma. Uma vez que, como já mencionado

anteriormente, para a teoria a consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade, assim ambos os erros são considerados de proibição e são aptos a gerarem a exclusão (em caso de erro inevitável ou escusável) ou diminuição (se evitável ou inescusável) da pena, por atingirem a culpabilidade.

Posteriormente, surge a teoria limitada da culpabilidade. Essa é a teoria da culpabilidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente e que para Luiz Flávio Gomes (2001), se caracteriza como uma das teorias que surgem da concepção normativa pura do finalismo, possuindo os mesmos fundamentos teóricos da teoria normativa pura ao estabelecer como elementos da culpabilidade a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Entretanto, enquanto a teoria normativa pura não tece distinções acerca das discriminantes putativas, na teoria limitada da culpabilidade o erro sobre o pressuposto fático, que é aquele que faz o agente crer estar agindo sobre uma excludente de ilicitude (como por exemplo a legítima defesa) quando na verdade não está, é tratado como erro de tipo.

Essa é a interpretação que a doutrina majoritária adota do art. 20 do CP e seu parágrafo 1º, *in verbis*

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo (Brasil, 1940).

Logo, a teoria adotada pelo Brasil, apesar de tratar o erro sobre a interpretação da norma da mesma forma como abordado pela vencida teoria normativa pura (ou seja, de modo a possibilitar a exclusão ou a diminuição da pena por “vícios” que recaem sobre culpabilidade), quando se dialoga a respeito de erro sobre a realidade dos fatos, aqui adota-se a tese da discriminante putativa por erro de tipo, que vai incidir diretamente sobre tipicidade, podendo excluí-la em caso de erro inevitável ou implicar a conduta a título de culpa, se o ordenamento prever a modalidade culposa do tipo penal.

Por fim, importante se faz ressaltar que o presente trabalho não tem por finalidade exaurir o estudo sobre as teorias da culpabilidade, mas apenas apresentar as teorias mais relevantes que servirão de sustentáculo para a aplicação da teoria da culpabilidade no sistema jurídico nacional.

## 5.2 Elementos da culpabilidade

A análise dos elementos da culpabilidade se estabelece como fundamental para que, posteriormente, seja possível discutir de forma clara o objetivo desse trabalho, qual seja, a coculpabilidade.

Nesse sentido, como já analisado anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria limitada da culpabilidade, essa que guarda estrita relação com a teoria normativa pura de Hans Welzel, acerca dos elementos da culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa; divergindo apenas no que diz respeito às discriminantes putativas.

Importante guardar em mente que, uma vez verificados, ao tempo do delito, a ausência de algum dos três elementos da culpabilidade, já supramencionados, pode-se ensejar uma causa excludente da culpabilidade e, conseqüentemente, ausência de censura estatal sobre o agente, o que será tratado posteriormente neste trabalho.

Passamos a analisar especificamente cada um dos elementos integrantes do último substrato do crime, temos:

### 5.2.1 Imputabilidade

Quanto a imputabilidade, também denominada de capacidade de culpabilidade, a doutrina entende como a possibilidade de se atribuir a determinado agente a responsabilidade por uma conduta típica e ilícita.

Hans Welzel (2014) defende que a imputabilidade é verificada em dois momentos: o momento cognoscitivo, que diz respeito sobre a capacidade do agente de entender sobre a ilicitude de sua conduta e o momento volitivo, que se relaciona com a determinação da vontade do agente.

Conforme leciona o autor, uma vez verificado que o sujeito, no tempo no ato, não possuía capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta (momento cognoscitivo) ou que, mesmo que consiga entender que sua conduta contraria ao ordenamento jurídico, mas não possa evitar a prática, por não ser capaz de agir conforme sua compreensão (momento volitivo), esse sujeito não deve ser considerado imputável (Welzel, 2014).

Importante ainda ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio adota o critério biopsicológico para verificação da culpabilidade, esse que engloba o critério biológico e psicológico, de modo a constatar a culpabilidade tanto de acordo com o desenvolvimento

psíquico do agente, considerando doenças cognitivas ou a idade, quanto a partir da capacidade de entendimento e autodeterminação do agente, da sua potencial capacidade de compreender a ilicitude do ato e de se comportar de acordo com esse entendimento.

Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) esclarece ainda que, apesar de, em regra, o Código Penal brasileiro adotar o critério biopsicossocial de aferição da imputabilidade, os artigos 26 a 28 do CP deixam evidente adoção do critério biológico, quando no art. 27 o dispositivo prevê que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis(...)” (Brasil, 1940).

Assim, conforme bem leciona Fernando Capez a imputabilidade é

“(...) a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento (Capez, 2011, p. 331 - 332).

Logo, a imputabilidade se coloca como elemento que visualiza a capacidade do agente de entender a ilicitude de sua conduta (aspecto intelectual) e de se determinar conforme esse entendimento (aspecto volitivo) e, na ausência de um desses componente, o agente não pode ser considerado responsável pelos seus atos (CAPEZ, 2011).

### 5.2.2 Potencial consciência da ilicitude

Uma vez que o autor é considerado imputável, para que seja caracterizada a culpabilidade é preciso ainda averiguar a potencial conhecimento da ilicitude, elemento esse que vai verificar a capacidade do agente de compreender se sua conduta é juridicamente reprovada.

A prima face, é importante esclarecer que, enquanto a imputabilidade diz respeito à capacidade do agente como destinatário das normas penais, a consciência da ilicitude fala da compreensão de uma conduta específica ser ou não defesa pelo ordenamento jurídico, ou seja, aqui analisa-se a consciência potencial da ilicitude, bastando que o agente seja plenamente capaz de compreender o caráter ilícito da conduta, conforme preconizado pela teoria normativa pura da culpabilidade.

Nesse sentido, Raúl Zaffaroni e Pierangeli (1999) explanam que:

(...) Quem assalta um banco à mão armada parece demonstrar, com isso, que não compreendeu bem a proibição de roubar, ou quem mata outro tampouco parece ter compreendido suficientemente a de matar, porque se houvesse internalizada essa proibição se teria absterido de roubar ou de matar. A lei não pode exigir uma compreensão efetiva da antijuricidade, porque ela quase nunca ocorre (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 620 - 621).

Assim, explicam os autores que o ordenamento exige apenas a mera possibilidade de entender o caráter ilícito da conduta. Para Pierangeli e Zaffaroni (1999) que não se pode esperar que todos possuam o mesmo grau de consciência da ilicitude, porém deve ser levado em consideração o grau de esforço que o sujeito precisa fazer para compreender a norma, de modo que as circunstâncias sociais ou pessoais, vivenciadas pelo agente definem esse grau de esforço, de sorte que quanto maior o esforço para internalização da norma, menor deve ser o grau de reprovabilidade sobre aquele agente.

### 5.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Por derradeiro, no que diz respeito à exigibilidade de conduta diversa, conforme defende Damásio de Jesus (2011), para que seja caracterizada a culpabilidade, não basta que o sujeito seja imputável e tenha atuado sob a possibilidade de se conhecer o caráter ilícito de sua conduta, mas exige-se ainda que, na circunstância do fato, o agente tenha possibilidade de agir com conduta distinta.

Nesse mesmo sentido, Capez (2011, p. 352) leciona que a exigibilidade de conduta diversa “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”, bem como aponta que a somente haverá tal exigibilidade se verificado que a sociedade, no caso concreto, poderia almejar conduta distinta desse agente.

Desse modo, entende-se que uma conduta praticada por determinado autor só deve ser reprovada se o agente, ao tempo do ato, possuir condições de agir de modo distinto, caso contrário, se não for possível exigir que esse atue em conformidade com o ordenamento jurídico, sua conduta não se caracteriza reprovável e a culpabilidade deve ser afastada.

Reinhart Frank (2011) aponta que circunstâncias vivenciadas pelo agente no momento do seu ato acarretam a valoração da sua culpabilidade, com a possibilidade de sua atenuação ou exclusão em determinados casos.

Nessa perspectiva, Rogério Grego traz à baila que:

As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão

ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente (Greco, 2015, p. 467).

Logo, é preciso atentar-se também a importância de ser observada a isonomia no momento da verificação da exigibilidade de conduta distinta, uma vez que as pessoas são diferentes e vivenciam distintas realidades de vida, como Greco bem esclarece no trecho supracitado.

### 5.3 As Causas de exclusão da culpabilidade

Como já demonstrado anteriormente, o Código Penal brasileiro, ao adotar a teoria limitada da culpabilidade, determina como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Uma vez verificado que, ao tempo do crime, não estava presente algum dos elementos, não subsiste a culpabilidade.

O Código Penal prevê as causas legais de exclusão da culpabilidade (também chamadas de exculpantes ou dirimentes). Damásio de Jesus (2011) explica que essas causas, uma vez que excluam algum dos componentes da culpabilidade, elimina a própria culpabilidade, subsistindo o crime, porém não sendo culpado o sujeito, assim devendo ser absolvido.

#### 5.3.1 Causas de exclusão da culpabilidade relacionadas a imputabilidade

Como bem define Fernando Capez, no ordenamento jurídico pátrio, todos são considerados imputáveis, até que se demonstre uma causa dirimente. Desse modo, como bem explica o autor, “A capacidade penal é, portanto, obtida por exclusão, ou seja, sempre que não se verificar a existência de alguma causa que a afaste.” (Capez, 2011, p.333).

Nesse sentido, leciona Nelson Hungria que:

O indivíduo que, em razão de sua imaturidade ou profunda anormalidade psíquica, não possua o entendimento ético-jurídico ou o poder de auto-inibição, não pode ser culpado, por isso mesmo que não pode incidir o juízo de reprovação penal, que pressupõem a vontade consciente e livre (Hungria; Fragoso, 1978, p. 479).

Damásio de Jesus (2011) afirma que a imputabilidade pode ser afastada em virtude de doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou forma maior.

Rogério Greco (2015) leciona que o Código Penal adotou o critério biopsicológico de inimputabilidade, recepcionando dois critérios para verificação da inimputabilidade do agente, conforme preconiza o art. 26, caput do CP. Serão analisados a seguir.

#### 5.3.1.1 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

O art. 26, caput, do CP isenta de pena o agente que, ao tempo da ação, agir incumbido de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, *in verbis*

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, 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 sendo, Zaffaroni e Pierangeli definem doença mental, para o Direito, como um estado de desequilíbrio biopsíquico, contrário ao conceito de saúde, entendido pela Organização Mundial da Saúde “como estado de equilíbrio biopsíquico”. Nesse sentido esclarece os autores que:

(...) A enfermidade será um estado de desequilíbrio biopsíquico, que pode ser mais ou menos duradouro, ou inclusive transitório. O indivíduo, em que se aplica uma droga, que lhe causa uma grave perturbação de sua atividade consciente, obviamente está enfermo. A pessoa que padece de uma enfermidade orgânica, que lhe causa uma febre muito alta e que o leva a uma total alteração do senso-percepção, não paira qualquer dúvida de que se encontra enfermo, não se discutindo a origem orgânica do padecimento. Não se deve entender por enfermidade “mental” algo como uma regressão platônica, a total separação de corpo e alma, quando, na atualidade, a medicina não maneja com semelhante artifício, e sim, como uma enfermidade com claros efeitos na mente, qualquer que seja a sua origem: infecção, trauma, vivência etc (Zaffaroni; Pierangeli, 1997, p. 630).

Quanto da aferição dos requisitos da inimputabilidade, conforme adota o sistema biopsicológico, Capez (2011) elenca os seguintes pressupostos: a) causal, que diz respeito a existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) Cronológico, que é a verificação ao tempo da ação ou omissão; e c) consequencial, que fala sobre a perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer.

Nesse mesmo sentido, Greco afirma a necessidade de verificar se “o agente 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 (critério psicológico).” (Greco, 2015, p. 450).

Zaffaroni e Pierangeli (1999) defendem ainda que devem ser consideradas, para análise da inimputabilidade, inclusive, as enfermidades que são causadas pelas experiências de vida do

sujeito. Assim, alguns autores apontam ainda que existem enfermidades causadas por experiências degradantes que são inapagáveis e capazes de gerarem desequilíbrio total no sentido biopsicológico do sujeito.

Zaffaroni e Pierangeli (1999) explicam ainda que a incapacidade psíquica do agente deve ser valorada pelo magistrado, que deve levar em consideração o esforço que aquele sujeito precisaria realizar para compreender o caráter ilícito de sua conduta.

#### 5.3.1.2 Inimputabilidade por imaturidade

De acordo com o art. 228 da CRFB/88 e o art 27 do CP, “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, 1940).

Paulo César Busato afirma que inimputabilidade por menoridade é a única exceção ao sistema biopsicológico no ordenamento jurídico pátrio. Segundo leciona o autor, aos menores de 18 anos é concedido um tratamento especial “sob a forma de uma presunção *juris at de juris* de inimputabilidade” (Busato, 2017, p. 527). Assim, a comprovação da inimputabilidade por menoridade do agente fica condicionada à mera demonstração de prova documental.

Busato (2017, p. 527) tece duras críticas à recorrente discussão sobre a diminuição da menoridade penal, sempre colocada em pauta com advento de atos típicos praticados por adolescentes. O autor afirma que tal medida (a qual chama de “aberrante proposta punitiva”) apenas agravaria as mazelas sociais, ampliando o número de pessoas suscetíveis aos degradantes efeitos do sistema penal, agravando ainda mais a problemática punitivista estatal.

Importante considerar ainda que uma possível diminuição da menoridade penal deve passar por exame constitucional, vez que o conteúdo do art. 228 da Carta Magna é considerado, por muitos constitucionalistas, um direito ou garantia fundamental, logo insuscetível de alteração por emenda constitucional, por se configurar cláusula pétrea.

#### 5.3.1.3 Imputabilidade por embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior

A inimputabilidade decorrente de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior retira sua validade do art. 28, §1º do CP, *in verbis*

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:  
(...)

§ 1º - 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 entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Brasil, 1940).

Nesse passo, o estado de embriaguez completo é entendido como uma alteração psicológica, que leve a exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, provocada pela ingestão de álcool, ou demais substâncias de efeitos psicotrópicos (entorpecentes, estimulantes ou alucinógenos) (Capez, 2011, p. 337).

Como pode-se extrair do dispositivo penal supracitado, só será considerado isento o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (involuntária), 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.

Nesse sentido, Rogério Greco vai definir a embriaguez involuntária como sendo o “caso fortuito o evento atribuído à natureza e força maior aquele produzido pelo homem.” exemplificando com os seguintes argumentos:

Assim, no clássico evento daquele que, em visita a um alambique, escorrega e cai dentro de um barril repleto de cachaça, se, ao fazer a ingestão da bebida ali existente, vier a se embriagar, sua embriaguez será proveniente de caso fortuito. Suponhamos, agora, que durante um assalto a vítima do crime de roubo, após ser amarrada, é forçada a ingerir bebida alcoólica e vem a se embriagar. Essa embriaguez será considerada proveniente de força maior (Greco, 2015, p. 457).

Ademais, Pacelli e Callegari (2016, p. 252) ensinam que a embriaguez completa é aquela onde o agente se torna incapaz de estabelecer juízo de “censura ou freio moral”, segundo os autores, nesse estágio de embriaguez o agente é tomado por confusão mental ou escassez de coordenação motora, não possuindo assim qualquer possibilidade de consciência e livre arbítrio.

Pode-se verificar ainda a embriaguez patológica, que é aquela decorrente de uma doença. Nesses casos Zaffaroni e Pierangeli defendem que:

(...) a conduta realizada por um indivíduo que pode ser qualificado de toxicofrênico, ou seja, que tem o tóxico incorporado a seu metabolismo de forma que não pode dele prescindir sem sofrimento físico (a chamada “dependência rígida”) é um claro caso de inimputabilidade. Aqui nem se pode pensar na responsabilidade por tipicidade culposa da conduta de intoxicar-se, já que o sujeito é inimputável também por essa conduta, porque se tiver a capacidade de compreender a antijuridicidade não terá a de dirigir suas ações conforme a esta compreensão (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 632).

Logo, para que seja caracterizada essa a última causa de exclusão da imputabilidade deve-se observar 4 (quatro) pressupostos, a) causal: a embriaguez deve se originar em um caso

fortuito ou de força maior, ou ainda patológico; b) consequencial: deve a embriaguez retirar do sujeito a capacidade de entender o caráter ilícito da ação e de agir conforme esse entendimento; c) quantitativo: A embriaguez precisa ser completa; d) cronológico: deve ser possível verificar a embriaguez ao tempo do crime (CAPEZ, 2011).

### 5.3.2 Causa de exclusão da culpabilidade relacionadas à potencial consciência da ilicitude

Como já demonstrado nesse trabalho, a teoria limitada da culpabilidade, adotada no ordenamento pátrio, determina que a consciência da ilicitude carece de ser apenas potencial, ou seja, basta que o agente seja considerado capaz de compreender que sua conduta é juridicamente reprovada, não sendo necessária tal verificação ao tempo do fato.

Além do mais, é manifesto que, uma vez que a lei é publicada no Diário Oficial da União, presume-se de conhecimento geral. Desse modo, não se pode alegar o desconhecimento da norma. Nesse sentido Damásio de Jesus leciona:

De acordo com o art. 3.º da LICC, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

O princípio é perfeitamente justificável, proibindo que o sujeito apresente a própria ignorância como razão de não haver cumprido o mandamento legal. Caso contrário, a força de eficácia da lei estaria irremediavelmente enfraquecida, comprometendo o ordenamento jurídico e causando danos aos cidadãos (Jesus, 2011, p. 531).

Entretanto, mesmo que haja o potencial conhecimento da lei, existe a possibilidade de que o agente incida em erro quanto à ilicitude de seu comportamento (erro de proibição), podendo ocasionar até a exclusão de sua culpabilidade (Cunha, 2015).

Assim também ensina Jesus, *in verbis*

(...) Enquanto a simples alegação de ignorância da lei não escusa, a ausência de possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato, i. e., a impossibilidade de o sujeito conhecer a regra de proibição, exclui a culpabilidade (Jesus, 2011, p. 531).

O Código Penal, em seu art. 21, expressa:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço (Brasil, 1940).

Do dispositivo supramencionado é possível observar que há dois tipos de erro de proibição, o erro inevitável (invencível ou escusável), capaz dar causa a exclusão da culpabilidade e o erro evitável (vencível ou inescusável), que poderá minorar a pena.

O parágrafo único do art. 21 do CP indica como erro evitável quando “(...) 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).

Já o erro inevitável ocorre quando o agente não teria condições de compreender a ilicitude do seu ato. Zaffaroni e Pierangeli tecem os seguintes comentários sobre os efeitos de cada um desses erros:

Quando invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está firmada ao nível correspondente (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 637).

Por derradeiro, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 650) lecionam que “como em qualquer limite da culpabilidade, não é possível fixar regras que passam pelo alto nas particularidades individuais”. Desse modo, os autores defendem que a exigibilidade do entendimento da ilicitude do agente só poderá ser verificada no caso concreto e de modo que observe as características pessoais do agente e todo contexto social, cultural, educacional e profissional em que o mesmo esteja inserido.

### 5.3.3 Causas de exclusão da culpabilidade relacionadas à exigibilidade de conduta diversa

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 651) apontam que “todas as causas de ausência de culpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta conforme o direito”. Isso ocorre ou por não poder esperar do agente a compreensão da ilicitude, ou por não ser possível exigir do agente que ele haja de forma distinta diante dos fatos enfrentados, mesmo que possua ciência da antijuridicidade.

Nesse mesmo sentido, Cunha explique que:

Para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se, ainda, que nas circunstâncias tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico (Cunha, 2015, p. 290).

Assim, o art. 22 do CP traz as hipóteses legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, quais sejam a coação irresistível e a obediência hierárquica, *in verbis*

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem (Brasil, 1940).

Existem ainda as chamadas causas supralegais que dão jus à inexigibilidade de conduta diversa, conforme serão analisadas adiante.

### 5.3.3.1 Coação moral irresistível

Inicialmente, é importante lembrar que o dispositivo penal, no qual se fundamentou a exclusão da culpabilidade, expõem sobre a coação moral (*vis compulsiva*) e não coação física (*vis absoluto*). Isso porque, na coação física, o agente tem seu movimento corporal determinado por terceiro, não agindo assim de forma livre e consciente, de modo a excluir aqui a própria conduta. De outro modo, na coação moral o agente tem a ação livre de imposição física, mas sofre alguma ameaça que o impossibilita de agir de outra maneira (Greco, 2015).

Nessa esteira, conforme expressa o art. 22 do CP, para que seja excluída a culpabilidade, a coação moral deve ser irresistível, ou seja, deve ser tal qual o agente não possa ceder ou resistir, restando-lhe apenas sucumbir. Entretanto, caso a coação seja superável, não haverá a exclusão da culpabilidade, mas uma atenuante na dosimetria da pena, conforme prevê o art. 65, III, alínea c do CP. Nesse sentido, Pacelli e Callegari defendem.

A coação moral deve ser irresistível, ou seja, é indispensável que a coação seja irresistível, insuperável, uma força que o coato não se pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir ante o decreto inexorável.

Tratando-se de coação moral resistível, não há exclusão da culpabilidade, incidindo uma circunstância atenuante (art. 65, III, c, 1a figura, CP). (Pacelli; Callegari, 2016, p. 257).

Quanto aos efeitos, quando o indivíduo comete fato típico e antijurídico sobre coação moral irresistível a culpabilidade desloca da figura do coagido para o coator, de modo que o coator responde pelo crime praticado, inclusive com a agravante de pena prevista no art. 62, II do CP, bem como pelo crime de constrangimento ilegal em concurso formal (Jesus, 2011).

Importante ressaltar ainda que a ameaça na qual se fundamenta a coação não necessariamente precisa ocorrer diretamente ao coagido, mas pode suceder também sobre terceiro. Por exemplo, no caso em que um coator determine que um pai roube uma joalheria, sob ameaça de executar seu filho sequestrado, ainda sim se fará presente a inexigibilidade de conduta diversa caso o agente coagido realize a conduta exigida (Pacelli; Callegari, 2016).

### 5.3.3.2 Obediência hierárquica

A obediência hierárquica é a segunda causa legal de excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (também disciplinada no art. 22 do CP) e será observada quando o autor agir sob ordem, que não seja manifestamente ilegal, proferida por superior hierárquico.

Importante ressaltar aqui que a relação de hierarquia deve ser observada dentro do direito público, na mesma cadeia hierárquica e provir de superior hierárquico competente, como bem doutrina Eugenio Zaffari e José Pierangeli, a seguir.

Em princípio, deve tratar-se de uma ordem que emane de um superior hierárquico, isto é, de quem se encontra em condições legais de comunicá-las, e estar num plano superior de relação hierárquica pública, não sendo admissível a hierarquia decorrente da relação hierárquica privada, como a comercial, a trabalhista privada, ordens religiosas, familiares etc. É lógico que o superior hierárquico deve ser competente para expedir a ordem (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 657).

Ainda, para que seja afastada a responsabilidade criminal do agente, esse deve atuar acreditando na legalidade da ordem emanada pelo superior hierárquico, essa que deve possuir aparência de legalidade, ou seja, não pode ser manifestamente ilegal. Nesse sentido, Rogério Cunha, Eugênio Pacelli e André Callegari descrevem.

A ordem é manifestamente ilegal quando: (a) é dada por autoridade incompetente; (b) quando sua execução não se enquadre nas atribuições legais de quem a recebe; (c) quando não se reveste de forma legal (Pacelli; Callegari, 2016, p. 258).

Portanto, embora ilegal, a ilicitude da ordem recebida não pode ser flagrante, clara e ululante, caso em que o executor não se exime de responsabilidade (sendo punido juntamente com o mandante, seu superior hierárquico). (Cunha, 2015, p. 294).

Por derradeiro, conforme leciona Damásio de Jesus (2011), para que seja caracterizada a obediência hierárquica, o subordinado deve agir com estrito cumprimento da ordem emanada, nos limites da vontade do superior hierárquico. Caso contrário será responsabilizado pelo que exceder.

Logo, percebe-se que ao agir nos limites de ordem sobre a qual não seja exigível o conhecimento de sua ilicitude, que se enquadre dentro do escopo de suas competências funcionais e seja emanada por superior hierárquico competente, o agente atua subordinado no cumprimento de seu dever legal de executar as ordens determinadas em tais condições. Assim, não se poderia verificar aqui sua culpabilidade, que deve ser absorvida pelo superior que determinou a prática da ilicitude (Zaffaroni; Pierangeli, 1999).

### 5.3.3.3 Causas supralegais de exclusão da culpabilidade

As causas supralegais de exclusão da culpabilidade são aquelas que não se fazem expressamente positivadas nos textos legais, mas são empregadas em razão dos princípios anunciadores do ordenamento jurídico pátrio (Greco, 2015).

Importante mencionar, que existem controvérsias quanto à aplicação das causas supralegais, Néelson Hungria (1978) defende que o rol de causas de exclusão da culpabilidade é taxativo, ou seja, está necessariamente prevista no ordenamento pátrio (Hungria; Fragoso, 1978).

Entretanto, a doutrina majoritária e o STJ entendem que o rol das causas de exclusão previstas no ordenamento jurídico brasileiro é exemplificativo, de modo que as causas supralegais são extraídas do conceito de inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, Damásio de Jesus explica que:

A aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra apoio na integração da lei penal. Vimos que o Direito Penal positivo possui lacunas. Havendo omissão legislativa no conjunto das normas penais não incriminadoras, e não havendo o obstáculo do princípio de reserva legal, a falha pode ser suprida pelos processos determinados pelo art. 4.º da LICC: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (...) Mas, não havendo norma descritiva de fato semelhante, o juiz pode absolver o sujeito com base nos costumes e nos princípios gerais de direito em que se fundamenta a inexigibilidade. Então, o juiz não estaria aplicando uma norma contida na legislação penal, mas sim uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade (Jesus, 2011, p. 528).

Desse modo, é notório que não é apropriado esperar que o legislador possa prever todas os casos em que a inexigibilidade de outra conduta se coloque como causa da exclusão da culpabilidade, pois é totalmente compreensivo que, no caso concreto, possa se verificar todos os requisitos do princípio da inexigibilidade de conduta conforme o direito e esse fato não estar pelo legislador.

Assim, punir o agente pelo simples fato da ausência de previsão da não exigibilidade daria jus a punição injusta, por um fato típico que realizou sem culpa (Jesus, 2011).

Rogério Greco (2015) ilustra esse posicionamento com o exemplo de determinado detento ameaçado de morte por um chefe de uma rebelião penitenciária, que condicionou a sua morte ao não atendimento das reivindicações dos rebelados. O sujeito ameaçado, tendo ciência de que o líder que ameaça sua vida já havia executado três outros detentos, encontra o sujeito que prometeu sua morte dormindo e, apavorado com a possibilidade de morrer, aproveita-se da oportunidade e o enforca, levando-o ao óbito. Nesse contexto, Greco defende que se deve

“afastar a reprovabilidade sobre o injusto praticado pelo agente sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa”. (Greco, 2015, p. 473).

Logo, é manifesto que a possibilidade de verificação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade possui como alvo evitar a ocorrência de enormes injustiças.

Analisada, portanto, a culpabilidade sob seu aspecto dogmático, passa-se agora à análise do objeto fim desse trabalho, qual seja, da coculpabilidade.

## 6. A COCULPABILIDADE PENAL

### 6.1 Conceito de coculpabilidade

Como já demonstrado no presente trabalho, é notória a falha do Estado em garantir a inserção social dos indivíduos alocados às margens da sociedade. O Estado não consegue garantir direitos e garantias essenciais para a concretização de dignidade humana de grande parcela da sociedade, que, em decorrência da ausência de condições básicas para uma vida justa, têm seus comportamentos moldados em direção à criminalidade como forma de subsistência e logo seu livre arbítrio e autodeterminação são viciados pelas ausências sociais impostas.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli defendem que:

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. 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 da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 611).

Assim, Eugenio Raúl Zaffaroni, inspirado pelas ideologias revolucionárias de Jean-Paul Marat, desenvolve a teoria da coculpabilidade, essa que institui que o Estado, incapaz de garantir a igualdade entre seus cidadãos, deve também suportar “o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural.” (Masson, 2019, p. 651 - 652).

Desse modo, a coculpabilidade se constrói sobre a ponderação da culpabilidade do indivíduo inserido na sociedade, que tem seu livre arbítrio condicionado às experiências sociais, as oportunidades, as políticas públicas e ao seu poder de autodeterminação, “correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado” (Batista, 2007, p. 105).

Nesse sentido, Rogério Greco aponta que:

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, 2015, p. 476).

Logo, na prática, frente a vulnerabilidade imposta ao agente, causada pela ineficácia do Estado de se fazer cumprir suas políticas sociais e os direitos constitucionais, a coculpabilidade coloca também “no banco dos réus” a sociedade que o condena, fazendo com que seja compartilhado entre o infrator e o Estado a responsabilidade pela prática penal, frente às oportunidades que foram negadas na construção social desse sujeito (Batista, 2007, p. 105).

## 6.2 Origem histórica

Como não é incomum no estudo da origem dos institutos do direito penal, não há unanimidade sobre o surgimento do princípio da coculpabilidade, mas existem algumas linhas que fixam esse marco em distintos momentos históricos. No presente trabalho analisaremos as duas principais correntes.

Há doutrinadores que entendem que o princípio tem como base a concepção do Jean-Paul Marat, médico, filósofo, teórico político e cientista, que viveu no período da Revolução Francesa e em 1780 escreveu o “Plano de Legislação Criminal” como proposta em um concurso de nova legislação criminal francês.

Apesar de sua proposta não se sagrar vencedora, Marat defendia e fundamentava seu projeto no ideal de que os indivíduos socialmente excluídos, por terem seus direitos fundamentais negados, não poderiam estar sujeitos às mesmas sanções dos privilegiados, de modo que caberia ao Estado primeiro satisfazer as necessidades e garantir os direitos básicos desses sujeitos para, só assim, exigir o cumprimento das normas, nos mesmos termos impostas aos demais (Guilherme, 2018).

Nesse sentido, corrobora Lázaro Guilherme sobre a concepção da Marat, nestes termos:

Fundado na ideia de contrato social, a legitimidade do Estado em apropriar-se e limitar a liberdade do ser humano só existe porque o Estado se compromete a garantir a vida em sociedade harmoniosamente. Essa contrapartida do Estado só pode ser considerada cumprida se o mínimo existencial para uma vida digna é garantido (Guilherme, 2018, p. 114).

Não se apresenta distinta a concepção de Eugenio Zaffaroni, *in verbis*

Creemos 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, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66 (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 611).

Entretanto, o “Plano de Legislação Criminal” de Marat não se sagrou vencedor e as ideias de Marat não foram aplicadas e aceitas pela corte julgadora da época.

De modo que outros estudiosos do tema entendem que o princípio da coculpabilidade nasce das decisões proferidas por Paul Magnaud, magistrado francês, que presidiu o Tribunal de Château-Thierry, de 1889 a 1904.

Magnaud, proferiu decisões humanitárias inéditas, que tinham como fundamento a real justiça aos marginalizados. Em uma das suas decisões de maior repercussão, no caso da ré Luiza Ménard (1898), que confessou ter furtado pães, o juiz absolveu a ré, fundamentando sua decisão na situação de vulnerabilidade de Luiza, que sobrevivia em condição social precária corroborada pelo próprio Estado. A decisão do magistrado, pautada no art. 64 do Código Penal Francês, que previa a insanidade mental e a coação irresistível, justificou que a precária situação social em que se encontrava a ré viciou seu livre-arbítrio (Guilherme, 2018).

Desse modo, a decisão de Magnaud, posteriormente mantida no tribunal superior, em apelação grau, teve grande repercussão à época e, para muitos autores se configura o marco inicial do princípio da coculpabilidade.

Contudo, há ainda uma corrente minoritária que defende que o princípio da coculpabilidade encontra sua origem em outros marcos, como: no socialismo; no artigo 5º, inciso I do Código Penal da República Democrática da Alemanha, de 1968; e ainda há quem defenda que sua base dogmática vem da teoria normativa da culpabilidade de Reinhard Frank.

### 6.3 A coculpabilidade no sistema jurídico brasileiro

Inicialmente, é importante frisar que a CRFB/88 prevê em seu art. 5º, §2º que o rol de Direitos e Garantias enunciados em nossa Magna Carta é apenas exemplificativo, expressamente declarando que outros direitos e garantias, que decorram do regime e dos princípios ali expostos devem ser observados. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Brasil, 1988).

Nesse passo, imprescindível é apontar que, como princípio concretizador da igualdade formal, em um país socialmente, economicamente e culturalmente desigual, que tem como

política de segurança o aprisionamento em massa de sua população carente, a coculpabilidade é e deve, desde já, ser reconhecida como um princípio constitucional implícito, logo de observância obrigatório no Direito e Processo Penal, com fundamento no art. 5º, § 2º da Constituição.

Importante ainda ressaltar que a coculpabilidade está expressamente prevista na legislação penal dos principais países da América Latina, como na legislação da Argentina, Colômbia, México, Peru, entre outros.

Porém, no Brasil o princípio não se encontra exposto, o que tem gerado grande divergência nos tribunais.

Essa ausência de previsão expressa na legislação brasileira causa grande desarmonia nos julgados em que a coculpabilidade é encarada. Na grande maioria dos casos, nos tribunais superiores, o princípio é rechaçado sob diversos argumentos, entre eles: a) ausência de previsão legal, apesar de nitidamente se encaixar nas atenuantes genéricas previstas no art. 66 do CP; b) carência de arguição no juízo *a quo* (tribunal de origem), com a justificativa da impossibilidade de supressão de instâncias; c) premiação ao agente do fato criminoso por não assumir sua responsabilidade social, o que ignora a realidade do sujeito que foi prejudicado em sua vida pelas condições sociais adversas; d) que a defesa não teria sido capaz de demonstrar a situação de vulnerabilidade do acusado, o que, além de inverter o ônus da prova (que no processo penal incumbe ao órgão acusador), vai de encontro ao disposto no art. 187, I do CPP, que prevê como competência do magistrado realizar questionamentos na primeira parte do interrogatório, que prestam a analisar o grau de vulnerabilidade do réu pelo próprio magistrado (Guilherme, 2018).

Por outro lado, parte considerável da doutrina e algumas decisões de primeira instância começam a assimilar a necessidade e legitimidade da aplicação da coculpabilidade frente às mazelas sociais experimentadas em maior grau por alguns indivíduos, encarando o instituto como mecanismo de humanização e dignidade com fim a um Direito Penal menos seletivo.

### 6.3.1 Na doutrina

A doutrina majoritária entende a possibilidade da aplicação da coculpabilidade na segunda fase da dosimetria da pena, como uma das atenuantes genéricas previstas no art. 66 do Código Penal brasileiro, que possibilita ao magistrado minorar a sanção penal, caso constatada a marginalização do réu, a partir de uma análise de vida desse agente. Como pode-se extrair do dispositivo, *in verbis*

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (Brasil, 1940).

Nesse sentido, doutrinadores vão defender que o art. 66 do Código Penal possibilita que o magistrado, frente às desigualdades sociais de oportunidades vivenciadas por determinados agentes, lance mão de atenuantes inominadas em favor do réu, como resposta a posta desigualdade (Masson, 2019).

Há ainda autores, como Paulo César Busato (2017) e Rogério Greco (2015) que entendem que, além de a coculpabilidade encontrar notório respaldo como atenuante genérica no art. 66 do CP, também pode ser observada na análise da culpabilidade do art. 59 da mesma Lei.

Ademais, estudiosos como Busato (2017) e Grégore Moura (2006) afirmam que a coculpabilidade tem total influência sobre a potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa, elementos da culpabilidade que, como já estudados neste trabalho, uma vez viciados, podem ensejar uma causa excludente da culpabilidade e, conseqüentemente, a ausência de censura estatal.

Nesse passo, o ex-ministro da justiça José Gregori apresentou o Projeto de Lei nº 3.473/2000, elaborado por comissão de juristas presidida por Miguel Reale Júnior, que visava a reforma da parte geral do CP. Tal projeto previa a inserção da coculpabilidade como circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, com a seguinte redação:

art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, **bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:  
 I- a espécie e a quantidade de pena aplicável;  
 II- o regime fechado ou semiaberto como etapa inicial de cumprimento da pena;  
 III- a restrição de direito cabível.  
 Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34 (Brasil, 2000).  
 (G.N)

Rogério Greco (2015) expõe ainda que, face a impossibilidade de se fazer com que o Estado cumpra efetivamente com o percentual de responsabilidade pelo fato criminoso cometido pelo sujeito posto a marginalização, deve-se, a depender da situação de exclusão social experimentada pelo réu e a relação dessa condição com a conduta típica praticada, observar duas das alternativas possíveis no ordenamento pátrio: a) a absolvição por

inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial consciência da ilicitude; ou b) a aplicação de atenuante conforme o art. 66 do CP.

Para ilustrar aplicação de cada uma das alternativas supramencionadas, Rogério Greco levanta as seguintes situações hipotéticas:

1. Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja "morada" é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um mundo próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso.
2. 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. A divisão de responsabilidades entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida (Greco, 2015, p. 477 - 478).

Assim sendo, pode-se concluir que a doutrina se debruça sobre a aplicação do princípio da coculpabilidade de duas maneiras, a primeira, quando em decorrência da vulnerabilidade vivenciada pelo autor não se pode esperar que esse atue de maneira distinta no caso concreto ou que tivesse a potencial consciência da ilicitude e a segunda, quando mesmo que estejam presentes os elementos da culpabilidade, for observado no caso uma atenuante genérica pela exclusão social experimentada pelo réu.

### 6.3.2 Na jurisprudência dos tribunais superiores

O princípio da coculpabilidade foi encarado diversas vezes pelo STJ, que historicamente mantém-se firme na postura de não admitir a aplicação do instituto, como pode-se verificar nos julgados expostos a seguir:

EMENTA:  
 PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE MATERIALIDADE E AUTORIA. INCURSÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. NULIDADE. BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. VISLUMBRE EXTERNO DA PRÁTICA DE CRIME.

FUNDADAS RAZÕES. INGRESSO JUSTIFICADO. **TEORIA DA COCULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. Em que pesem os argumentos apresentados pelo agravante, a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

(...)

**5. A jurisprudência deste STJ não corrobora a conclusão de reprovabilidade mínima da conduta dos imputados a partir da afirmação de coculpabilidade do Estado e da sociedade. Na esteira do decidido pelo Tribunal de origem, "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" (AgRg no REsp n. 1.770.619/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 18/6/2019).**

(...)

8. Agravo regimental desprovido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas-corpus nº 792324/RS, 5ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Min. Relator Joel Ilan Paciornik, data do julgamento 15 de abril de 2024, data da publicação DJe 18 de abril de 2024. (G.N)

Na decisão supracitada, é possível extrair que a 5º Turma do STJ decidiu no sentido de que assumir a tese coculpabilidade é premiar os agentes infratores por não cumprirem com sua responsabilidade social. Ao julgar nesse sentido, a turma claramente ignora toda a responsabilidade estatal por não assegurar uma vida minimamente digna aos acusados socialmente excluídos. Argumentos semelhantes se repetiram nas seguintes recentes decisões do STJ: a) AgRg no HC 752961/RJ, 28/09/2023, 6º Turma, Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro; b) AgRg no REsp 1770619 / PE, 18/06/2019, 6º Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz; e c) HC 443678 / PE, 26/03/2019, 5º turma, Ministro Relator Ribeiro Dantas.

Todavia, há ainda outras decisões do STJ que, apesar de não julgarem favorável à aplicação da coculpabilidade no caso concreto, seja por alegada supressão de instâncias ou ausência de comprovação da situação de vulnerabilidade do acusado, reconheceram a legalidade da aplicação da teoria, como pode-se verificar nas decisões abaixo:

EMENTA

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.

**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 delitativa - 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. Superior Tribunal de Justiça. HC 411243/PE, 5ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Min. Relator Jorge Mussi, data do julgamento 07 de Dezembro de 2017, data da publicação DJe 19 de Dezembro de 2017. (G.N)

#### EMENTA

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 COCULPABILIDADE. 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.

(...)

**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. Superior Tribunal de Justiça. HC 213481 / SP, 6ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Min. Relator Nefi Cordeiro, data do julgamento 04 de Novembro de 2014, data da publicação DJe 14 de Novembro de 2014. (G.N)

Assim, como é possível observar, o Supremo Tribunal de Justiça, ainda que tenha reconhecido em alguns julgamentos a possibilidade da aplicação da coculpabilidade, não tem admitido a tese quando levantada, o que também não se mostra distinto no STF, que ao encarar a questão negou a sua aplicação como atenuante genérica do art. 66 do CP, sob o argumento de que não teria sido possível comprovar a coculpabilidade do Estado no fato típico praticado pelo acusado, *in verbis*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENA. DOSIMETRIA. ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE. COCULPABILIDADE: NÃO COMPROVAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO: IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO FECHADO: CABIMENTO. ILEGALIDADE: AUSÊNCIA. 1. A Jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a dosimetria da pena é matéria sujeita à discricionariedade judicial, sendo cabível somente o controle da legalidade dos critérios utilizados. Precedentes. 2. **Afastada, pelas instâncias**

**antecedentes, a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, ante a ausência de comprovação da coculpabilidade do Estado quanto à conduta praticada pelo agente**, tem-se inviável o revolvimento fático-probatório a fim de alcançar conclusão diversa. 3. A definição do regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, é realizada considerando o patamar da condenação, a reincidência e as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Diploma. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 216402, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Min. Relator André Mendonça, data do julgamento 22 de Fevereiro de 2023, data da publicação DJe 15 de Março de 2023. (G.N)

Portanto, a jurisprudência dos tribunais superiores nacionais persiste em rejeitar a aplicação do princípio da coculpabilidade em suas decisões, insistem em ignorar responsabilidade social, política e moral do Estado pela exclusão social e seletividade do sistema penal, que levam esses indivíduos carentes a comporem a grande maioria das vagas ocupadas no sistema carcerário.

Por isso, encarar a legalidade, a necessidade da aplicação da tese e entender a desigualdade que massacra a população desprovida do Brasil é fundamental para que o poder judiciário cumpra com sua incumbência de reduzir a seletividade penal no país.

### 6.3.3 Possibilidade de previsão da coculpabilidade no Código Penal Brasileiro

Salo de Carvalho sabiamente defende que:

Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, a uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas (...)  
Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assumam a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros (Carvalho, 2001, p. 65).

Assim, frente aos recorrentes indeferimentos do judiciário nas arguições da coculpabilidade nos processos criminais que envolvem pessoas sabidamente marginalizadas, imperioso se faz que o princípio seja inserido no ordenamento jurídico pelo poder legislativo, como forma de, minimamente, atenuar a desigualdade.

Nesse passo, Grégore Moura aponta algumas possibilidades de inclusão da coculpabilidade no Código Penal pátrio. Segundo o autor, essa poderia ser inserida de quatro maneiras distintas.

A primeira opção da positivação da coculpabilidade é a sua inserção no art. 59 do código penal, como uma circunstância judicial (...)

A segunda hipótese seria sua positivação no art. 65 do Código Penal, que trata das atenuantes genéricas,  
(...)

A terceira hipótese seria mais ousada e consistiria em acrescentar um parágrafo no art. 29 do Código Penal  
(...)

A quarta e última hipótese, que, diga-se de passagem, não exclui a proposta feita no item anterior, (...). A coculpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade (Moura, 2006, p. 93 - 94).

A primeira possibilidade levantada pelo autor, a inclusão no art. 59, é a mesma pretendida pelo ex-ministro da Justiça José Gregori em seu projeto para reforma da parte geral do CP. Moura (2006) afirma que essa seria a possibilidade mais discreta, pois, não possibilitaria que a vulnerabilidade sofrida pelo agente o permitisse uma pena menor do que a fixada como mínimo legal.

A segunda hipótese de inclusão possível, seria a inserção do instituto no art. 65 do CP, como uma das atenuantes genéricas. Optar por essa possibilidade vincularia o magistrado à sua aplicação, porém, ainda sim, impediria que o sujeito marginalizado tivesse sua pena fixada abaixo do mínimo legal, como defende a doutrina majoritária (Moura, 2006).

Uma alternativa de previsão legal, que se mostra mais eficaz, é a de incorporar a coculpabilidade como uma causa geral de diminuição da pena, de modo a prever a redução da pena do agente de forma proporcional à vulnerabilidade por ele experimentada, inserindo-a da forma como bem sugere Grégore Moura, em sua proposta de redação, replicada a seguir.

“se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido” (Moura, 2006, p. 94).

Nessa terceira possibilidade, a redução proporcional da pena estaria diretamente relacionada ao grau de segregação vivenciado pelo sujeito. Ademais, seria possível a fixação da pena em valor inferior ao mínimo legal, por se tratar aqui da terceira fase da dosimetria da pena (Moura, 2006).

Por derradeiro, a quarta possibilidade, que também se mostra uma das mais eficientes e não exclui a anterior, seria a de positivar a coculpabilidade como uma causa de exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, de afastamento da pena. Nessa hipótese, a coculpabilidade agiria como inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que, frente às reais mazelas sociais vivenciadas pelo autor, não seja lógico esperar que esse haja de forma distinta (Moura, 2006).

Essa última possibilidade diz muito sobre o exemplo dado anteriormente, onde duas pessoas que vivem em situação de rua praticam ato sexual em vias públicas, pois é ali o lugar

que habitam e o único possível para elas. Seria plausível exigir comportamento distinto dessas pessoas? Seria justo que o aparato punitivo estatal ponha sua força sobre elas por esse fato?

Tais questionamento já parecem respondidos por diversos países da América Latina, como: Argentina, Colômbia, México, Peru entre outros, que entenderam a exclusão social e seletividade penal como fatores determinantes para o aprisionamento em massa da população miserável e viram na previsão legal da coculpabilidade uma alternativa para um Direito Penal mais humanizado, que cobice mitigar a mazela da máxima punição aos menos favorecidos.

#### 6.4 A coculpabilidade no direito comparado

Como já mencionado anteriormente, muitos são os países da América Latina que entenderam pela necessidade da positivação da coculpabilidade como forma de abrandar as consequências de um direito penal seletivo e uma sociedade desigual.

Assim, sem o intuito de exaurir o estudo do instituto no direito comparado, passa-se a analisar alguns países com legislações consolidadas a respeito do tema, que podem servir de inspiração para a previsão no ordenamento jurídico nacional.

##### 6.4.1 Argentino

O Direito Penal Argentino sofre grande influência de Eugenio Raúl Zaffaroni, professor emérito e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, que ocupou, por 11 anos, a função de Ministro da Suprema Corte Argentina e foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2016 a 2021. Zaffaroni é referência indiscutível quando se trata do princípio da coculpabilidade penal e é tido como o principal responsável por desenvolver o tema da forma como foi possível abordar até aqui.

Com a influência de Zaffaroni, não só no Direito Penal Argentino, mas em toda Criminologia latino-americana, o Código Penal da República Argentina, não poderia deixar de expressar em seu texto a coculpabilidade e o faz da seguinte maneira, em seus artigos 40 e 41:

**ARTIGO 40.** Nas penas divisíveis por razão de tempo ou de quantidade, **os tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares de cada caso e em conformidade com as regras do artigo seguinte.**

**ARTIGO 41. Para os efeitos do artigo anterior, será levado em conta:**

1º. A natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados;

2º. A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o determinaram a delinquir, especialmente a miséria

**ou a dificuldade de ganhar o sustento próprio necessário e o de seus familiares**, a participação que teve no ato, as reincidências em que tenha incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, bem como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstrem sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto e pessoal do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida necessária para cada caso (Argentina, 1984)<sup>1</sup>. (Grifado e traduzido por nós)

Pode-se extrair do trecho supramencionado que o ordenamento jurídico argentino encara a coculpabilidade como uma circunstância legal capaz de atenuar ou agravar a pena. Traçando um paralelo com o Direito Penal brasileiro, seria como se a coculpabilidade estivesse prevista na segunda fase da dosimetria da pena (conforme inteligência do art. 68 do CP) (Moura, 2006).

Desse modo, seria inserida em uma nova alínea do art. 65, III, como uma atenuante genérica. Isso porque, como veremos a seguir, a doutrina refuta a teoria da coculpabilidade às avessas, onde, como será estudado no próximo capítulo deste trabalho, as circunstâncias abastadas do réu dariam causa a um agravamento da sua pena.

#### 6.4.2 Colombiano

O Código Penal colombiano prevê a coculpabilidade em seu art. 56, nos respectivos termos:

**Artigo 56. Aquele que realizar a conduta punível sob a influência de profundas situações de marginalidade, ignorância ou pobreza extrema, na medida em que tenham influenciado diretamente na execução da conduta punível e não tenham força suficiente para excluir a responsabilidade**, incorrerá em pena não superior à metade do máximo, nem inferior a um sexto do mínimo da pena prevista na respectiva disposição (Colômbia, 2000)<sup>2</sup>. (Grifado e traduzido por nós)

<sup>1</sup>ARTICULO 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. (Argentina, 1984)

<sup>2</sup> Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición. (Colômbia, 2000)

O ordenamento jurídico colombiano, expressa a coculpabilidade como instituto de redução da culpabilidade e, conseqüentemente, de menor punibilidade do agente. Extrai-se do artigo que, quanto maior o grau da vulnerabilidade e a maior relação com a conduta praticada, menor deve ser a pena do acusado, a ponto de que, se for verificado que a situação em que o sujeito se encontra tenha “força suficiente” pode isentá-lo da responsabilidade penal.

#### 6.4.3 Mexicano

O Código Penal Mexicano prevê, em seu art. 52 que:

O juiz fixará as penas e medidas de segurança que considerar justas e procedentes dentro dos limites estabelecidos para cada delito, com base na gravidade do ilícito, na qualidade e condição específica da vítima ou ofendido e no grau de culpabilidade do agente, levando em consideração:

(...)

**V.- A idade, a educação, a ilustração, os costumes, as condições sociais e econômicas do sujeito, bem como os motivos que o impulsionaram ou determinaram a delinquir.** Quando o acusado pertencer a algum povo ou comunidade indígena, serão levados em conta, além disso, seus usos e costumes (México, 1931)<sup>3</sup>. (Grifado e traduzido por nós)

Como é possível verificar no trecho expresso no art. 52 do Código Penal mexicano, a coculpabilidade é expressa como circunstâncias judiciais, o que incidiria na primeira fase da dosimetria da pena.

Esse modelo de previsão da coculpabilidade, apesar de estar muito mais avançado do que o Brasil, que sequer reconhece o instituto em sua jurisdição ou em suas decisões judiciais, é, ainda sim, muito criticado pelos autores que debatem sobre o tema, pois impossibilitaria que a pena fosse fixada abaixo do mínimo legal e não seria, de fato, eficiente em seu objetivo de garantir aos sujeitos marginalizados uma pena justa, condizente com as circunstâncias que os levaram a delinquir.

Um ponto importante trazido pela legislação Mexicana é que essa prevê também a aplicação da coculpabilidade sobre as medidas de segurança, o que configura uma inovação no estudo do tema (Moura, 2006).

---

<sup>3</sup> El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

(...)

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; (México, 1931)

#### 6.4.4 Peruano

A legislação penal peruana, estabelece a coculpabilidade como requisito a ser enfrentado pelo magistrado na fundamentação e aplicação da pena, nos seguintes termos:

Artigo 45. Presupuestos para fundamentar e determinar a pena  
 O juiz, no momento de fundamentar e determinar a pena, leva em conta:  
 a. **As carências sociais que o agente tenha sofrido ou o abuso de seu cargo, posição econômica, formação, poder, ofício, profissão ou a função que ocupa na sociedade.**  
 b. Sua cultura e seus costumes.  
 (...) (Peru, 1991)<sup>4</sup>. (Grifado e traduzido por nós)

Nota-se que no Direito Peruano o magistrado está vinculado a apresentar em sua fundamentação as condições de vulnerabilidade do sujeito, além de usá-la para determinar a pena aplicada.

Entende-se aqui a coculpabilidade como princípio que dará jus à penas mais brandas sempre que for visualizada uma grave condição social do réu, seja como motivação para conversão de pena, seja para determinar um regime de cumprimento da pena mais ameno ou mesmo como circunstâncias judiciais.

Portanto, muitos são os ordenamentos jurídicos latino-americanos que preveem a coculpabilidade, seja como circunstâncias judiciais, atenuante genérica, causa de diminuição da pena ou de exclusão da culpabilidade. Além dos apresentados aqui, ainda há: a) a Bolívia, que incorpora o princípio ao seu CP como atenuante genérica; b) o Equador, que também insere o princípio como circunstância atenuante, apesar de só admiti-lo em crimes contra a propriedade; c) o Paraguai, que visualiza como circunstância judicial; entre outros (Moura, 2006).

Assim, os países da América Latina, subdesenvolvidos que são, caminham numa corrente de entenderem suas limitações sociais, políticas e econômicas, que os furtam de garantir direitos iguais e dignidade humana a todos os cidadãos. Nessa perspectiva, entendendo a responsabilidade do Estado, esses países encontram na positivação da coculpabilidade, não a

---

<sup>4</sup>Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena  
 El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:  
 a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.  
 b. Su cultura y sus costumbres  
 (...) (Peru, 1991)

solução, mas um passo em direção a uma sociedade e um Direito Penal mais justo e humanizado.

### 6.5 Princípio da coculpabilidade às avessas

A coculpabilidade às avessas configura na possibilidade de aplicação de penas mais severas aos integrantes das camadas mais favorecidas da sociedade, sob a justificativa de que esses indivíduos, por possuírem maior condição financeira, melhor condição social e, conseqüentemente, maior liberdade de escolha (livre arbítrio), deveriam receber penas mais gravosas, que fossem proporcionais à sua autonomia social.

Esse conceito surge em meio ao debate sobre a seletividade penal e possui em seu cerne duas ideias principais, desenvolvidas nos parágrafos a seguir.

O primeiro fundamento da tese expõe que o aparato penal estatal, transparentemente seletivo, pune mais gravemente pessoas em situação de vulnerabilidade social, decidindo por executar, prioritariamente, a persecução contra os ditos crimes grosseiros e, inclusive, prevendo sanções contra condutas praticadas tipicamente por essas pessoas (como a contravenção penal de vadiagem, prevista no art. 59 da Lei 3.688/1941 e reforçado pelo inciso I, do art. 15 da mesma Lei, bem como a revogada contravenção de mendicância, antigamente prevista no art. 60 da Lei de Contravenções Penais).

A segunda razão sustentada pelos doutrinadores que defendem a tese é que: agentes que possuem maior condição financeira e avantajado status sociais, contam com maior liberdade quanto a sua decisão de não deflorar o ordenamento penal, contam ainda com leis mais comedidas nos crimes tipicamente praticados por essa classe, como os chamados crimes de colarinho branco, que, como já demonstrado anteriormente, correspondem a um percentual mínimo dos crimes praticados pelas pessoas capturadas pelo sistema penitenciário nacional.

Assim defende Rogério Sanches Cunha, *in verbis*

No mesmo contexto, há também a coculpabilidade às avessas, elaborada com propósito crítico à seletividade do sistema penal, merecendo dois ângulos de análise: (A) o primeiro se traduz no abrandamento à sanção de delitos praticados por pessoa com alto poder econômico e social, como no caso dos crimes de colarinho branco (crimes contra a ordem econômica e tributária) . Exemplo prático disto no Brasil é a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos crimes contra a ordem tributária; (B) o segundo se revela na tipificação de condutas que só podem ser praticadas por pessoas marginalizadas. Exemplos disto são os artigos 59 (vadiagem) e 60 (mendicância - revogado pela lei 11.983/2009), da Lei de Contravenções Penais (Cunha, 2015, p. 275).

Entretanto, distinto da cculpabilidade, que beneficia o réu socialmente excluído e tem aplicabilidade legal fundamentada na Constituição e no art. 66 do CP, a cculpabilidade às avessas não dispõe da mesma causalidade. Isso porque, não há previsão legal nesse sentido e, por se tratar de matéria prejudicial ao acusado, não pode ser operada de maneira análoga. Porém, a doutrina entende que as condições econômicas e sociais favoráveis do réu podem contar como circunstâncias judiciais desfavoráveis e dar causa a pena mais severa, nos termos do art. 59, caput, do CP (Masson, 2019).

## 7. CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que o Brasil, como nação que ainda carrega as mazelas de sua construção historicamente escravista, seleciona sua população “criminalizável” pela raça, pela condição econômica, política e social e aprisiona a descendência dos antes escravizados que, na falta de terra, foram se alojar nos morros, cortiços (ou qualquer outro espaço sem prestígio econômico e social, que hoje são denominados “favelas”) e lá permanecem até os dias atuais, as margens da sociedade, sem educação, saúde, trabalho ou dignidade e atualmente, como consequência da política penal seletiva do país, compõem 81% da população carcerária.

Desse modo, restou evidente que os ditos “criminalizáveis” ou sub-humanos - como são vistos pela parcela mais abastada da sociedade - encontram residência, não coincidentemente, nas áreas mais afastadas dos centros urbanos, onde as políticas sociais não chegam (ou os alcança através das truculentas abordagens policiais) e o não-acesso é a regra. Na falta de oportunidades dignas, esses indivíduos são levados a subsistirem pelo único meio que encontram, a criminalidade. Na ânsia por comida, moradia e condições mínimas de saúde, cometem os chamados “crimes grosseiros”, já premeditados pelo Estado, e são capturados pelo Direito Penal.

Nesse passo, ficou manifesto que, como Estado Democrático de Direito, o país tem como dever constitucional garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; que vise a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; o combate a todas as formas de preconceito e discriminação; bem como a efetivação ao respeito à dignidade da pessoa humana e todos os demais princípios constitucionais (Brasil, 1988).

Entretanto, o Brasil é notoriamente falho na materialização desses princípios fundamentais, enfrenta limitações sociais, econômicas e culturais que impossibilitam a concretização de políticas que garantam, de forma isonômica, a liberdade, a justiça, o acesso à direitos e garantias, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e o combate ao preconceito. Como se não fosse o bastante, a política penal do país reforça a criminalização da grande parcela miserável da sociedade, que, como bem explicou Zaffaroni (1999), precisa realizar um esforço descomedido para não se colocar na posição de réu.

Assim, foi demonstrado que, frente às mazelas sociais experimentadas pelo sujeito marginalizado, a culpabilidade desse agente precisa ser encarada sob a perspectiva do Direito Penal em um Estado democrático de Direito, onde a exigibilidade de outra conduta precisa, de

fato, ser viável no caso concreto, para a aplicação da integralidade da pena, bem como que a ação do agente criminalizado ocorra sem máculas em seu livre arbítrio, para que esse possa sustentar singularmente a sanção penal.

Desta maneira, o presente trabalho revelou que as condições sociais lastimosas, sob as quais sobrevivem esses sujeitos marginalizados, causadas pela ruptura do Estado com seus deveres constitucionais, induzem esses indivíduos à prática criminosa, corrompendo sua livre vontade em delinquir e, até mesmo, os apresentando o fato típico como a única forma de prover a si mesmo e sua família. Logo, não deve assim a responsabilidade pelo fato ser atribuída apenas a esse réu.

Daí, mostra-se a necessidade da aplicação da coculpabilidade como mecanismo que enfraqueça os efeitos da exclusão social, política e econômica e da seletividade penal, fazendo com que o Estado assuma a sua parcela de responsabilidade pelo fato criminoso cometido pelo réu regido pelos direitos que lhe foi negado. Assim, reduzindo (ou até extinguindo sua pena), na medida do grau de vulnerabilidade e correlação com o fato praticado, garantindo assim um Direito penal mais isonômico e humanizado, através da concretização dos princípios esculpido na Constituição.

Verificou-se no presente trabalho, na análise da legislação alienígena, que grande parte dos principais países da América Latina já positivaram o princípio em seu Código Penal ou caminham para tal.

Por outro lado, restou demonstrado que, além de não positivado no Brasil, a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores pátrio, sempre que encaram o princípio penal discutido, refutam sua aplicação, sob a fundamentação de ausência de previsão legal; de que a aplicação funcionaria como um “prêmio ao acusado”; ou, até mesmo, que a defesa não teria conseguido provar a vulnerabilidade do réu.

À vista disso, apesar de concluir-se aqui que a coculpabilidade, como real persecuidor da igualdade, da justiça e da dignidade humana, constitui-se princípio constitucional implícito fundamentado pelo art. 5, §2º, da CRFB/88, mostra-se imprescindível a inserção do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Isto posto, assenta o presente trabalho, frente a todo estudo realizado até aqui, desde o direito comparado, a doutrina, as decisões do judiciário nacional e a literatura que diz respeito aos impactos da exclusão social e da seletividade penal na vida do indivíduo, que a coculpabilidade deve ser inserida no Código Penal Brasileiro de duas maneiras concomitantes, a primeira como causa de diminuição da pena, prevendo a redução de 1/3 a 2/3, a depender do grau de vulnerabilidade experimentado pelo agente e a relação de sua condição com o crime

cometido e a segunda, como causa de exclusão da culpabilidade, se verificado, no caso concreto, que não se poderia esperar conduta diversa do sujeito, frente ao caótico grau de vulnerabilidade ao qual esse esteve exposto.

Logo, para a concretização do princípio da coculpabilidade no Brasil, é preciso ainda revogar o inciso I, do art. 15 e o art. 59, que tratam da “vadiagem”, ambos da lei de Contravenções Penais. Ademais, esse trabalho trouxe à baila a necessidade de se rever a legislação sobre os chamados “crimes grosseiros”, selecionados pela criminalização secundária para serem perseguidos e que configuram os grandes responsáveis por encarcerar a dilatada maioria das pessoas em situação de privação de liberdade no Brasil. Pesquisa essa que será desenvolvida em um próximo trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam et al. **Juventude, Violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas**. Brasília: Unesco Brasil, 2002
- ALBERGARIA, Rafaela et al. **Não foi em vão**. Rio de Janeiro: Casa Fluminense, 2019.
- ARGENTINA. **Lei 11.179**, de 1984. Código Penal de la Nación Argentina. Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>. Acesso em: 10 de maio de 2024.
- ÁVILA, Humberto. **Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de maio de 2024.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 de abril de 2024.
- BRASIL. **Projeto de lei n. 3.473/2000**. Dispõe sobre a alteração da Parte Geral do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2000/msg1107-00.htm). Acesso em: 01 de junho de 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 334/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, constitucional e processual penal. Art. 295, inciso VII do CPP. Prisão especial, de natureza cautelar, a portadores de diploma de ensino superior. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 06 de junho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358309465&ext=.pdf>. Acesso em: 03/junho de 2024.
- BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Misérias do processo penal**. Tradução: José Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002.

CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

COLÔMBIA. **Lei 599 de 24 de julho de 2000**. De las normas rectoras de la ley penal colombiana. disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf). Acesso em: 01 de maio de 2024.

CUNHA, Rogério. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º ao 120. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

CURCINO, Sara; TV GLOBO. **200 anos de senado**: 22% das cadeiras foram ocupadas por negros na última década. G1.globo, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/03/26/200-anos-do-senado-22percent-das-cadeiras-foram-ocupadas-por-negros-na-ultima-decada.ghtml>. Acesso em: 10 de abril de 2024.

De Plácido e SILVA. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1879.

DEMO, Pedro. **Charme da exclusão social**: polêmicas do nosso tempo. 2. ed. Campinas: Editora Autores associados, 2002.

FRANK, Reinhard. **Derecho penal**. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Buenos Aires: BdeF, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

GUILHERME, Lázaro. **Coculpabilidade penal**: uma questão social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentário ao código penal**. 5. ed. vol. 1. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

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

LEAL, Giuliana. **Exclusão social e ruptura dos laços sociais**: análise crítica do debate contemporâneo. Florianópolis: Editora UFSC, 2011.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. vol. 2. Tradução: José Hygino Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 10 maio de 2024.

- MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, São Paulo: Editora Método, 2019.
- MELLO, Celso. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- MÉXICO. **Código penal federal**, de 14 de agosto de 1931. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>. Acesso em: 01 de maio de 2024.
- MIGALHAS. **Tribunais superiores têm apenas 3,8% de ministros negros ou pardos**. [s.n.], 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/397105/tribunais-superiores-tem-apanas-3-8-de-ministros-negros-ou-pardos>. Acesso em: 05 de abril de 2024.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOURA, Grégoire. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Editora Impetus, 2006.
- NUCCI, Guilherme. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- ORWELL, George. **A revolução dos bichos**: um conto de fadas. 1. ed. Tradução: Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PERU. **Decreto legislativo n. 957**. Código Procesal Penal, de 1991. disponível em: <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=2>. Acesso em: 01 de maio de 2024.
- PNUD Brasil. **Relatório de desenvolvimento humano**: racismos, pobreza e violência. Brasília, 2005.
- SENAPPEN. **Relatório de informações penais** (15º ciclo SISDEPEN, 2º semestre de 2023). Brasília, 2024.
- SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SILVA, Igor. **Princípios penais**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017
- ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003).
- ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. [Coletivo Sabotagem], 1999.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.