

# A CONSEQUÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL NOS DELITOS PRATICADOS POR HIPOSSUFICIENTES: A COCULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO INTRÍNSECO AO GARANTISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO<sup>1</sup>

Mariana Fernandes Oliveira Varão<sup>2</sup>

Caio Mateus Caires Rangel<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo abordar sobre a coculpabilidade como possibilidade de aplicação no direito brasileiro, ou seja, reconhecendo a corresponsabilidade do Estado no cometimento de delitos praticados por determinados indivíduos, tidos como hipossuficientes, por não serem providos de condições socioeconômicas favoráveis, e, portanto, têm capacidade de autodeterminação diminuída em razão disso. Desse modo, entende-se que o Estado, por meio dos recursos disponíveis, poderia oferecer a estes sujeitos oportunidades para o melhor desenvolvimento social, mas não o faz. Primeiramente, analisar-se-á a culpabilidade, seja como princípio ou como elemento do crime, e suas respectivas hipóteses de excludente, para depois abordar sobre o conceito da coculpabilidade, as suas possibilidades de aplicação no direito penal brasileiro, através de doutrina, legislação e jurisprudência, bem como os princípios da igualdade e da individualização da pena, que norteiam a teoria da coculpabilidade, sempre à luz do garantismo penal.

**Palavras-chave:** Coculpabilidade. Corresponsabilidade do Estado. Culpabilidade.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to approach coculpability as a possibility of application in Brazilian law, i.e, recognizing the State co-responsibility in the practice of crimes committed by certain individuals, who do not present favorable socioeconomic conditions and, therefore, have diminished capacity of self-determination because of that. In this way, it is understood that the State, through available resources, could offer these individuals opportunities for better social development, but this does not happen. Firstly, it will be analyzed the culpability, either as a principle or as an element of the crime, and their respective hypotheses of exclusionary, to approach later about the concept of coculpability, their possibilities of application in Brazilian criminal law, through doctrine, legislation and jurisprudence, as well as principles of equality and individualization of the penalty, which guide the theory of coculpability, always in the light of the criminal garantism.

**Keywords:** Coculpability. State co-responsibility. Culpability.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A CULPABILIDADE. 1.1 O princípio da culpabilidade. 1.2 A culpabilidade como elemento do crime. 1.3 Os elementos e as excludentes da culpabilidade. 2 PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE. 2.1 Conceito. 2.2 Aplicação no**

---

<sup>1</sup> Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, como instrumento avaliativo para obtenção do título de Bacharela em Direito.

<sup>2</sup> Graduanda do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Contato: marianafvarao@gmail.com.

<sup>3</sup> Especialista em Ciências Criminais pelo instituto Juspodivm/BA. Atualmente é advogado criminalista, professor e palestrante.

**direito penal brasileiro. 2.2.1 Introdução principiológica como fundamento de aplicabilidade. 2.2.1.1 Princípio da igualdade. 2.2.1.2 Princípio da individualização da pena. 2.2.2 Hipóteses de aplicação. 2.2.2.1 Na Constituição Federal e na legislação. 2.2.2.2 Circunstância judicial. 2.2.2.3 Atenuante: inserção de nova atenuante no art. 65 do CP. 2.2.2.4 Atenuante genérica: art. 66 do CP. 2.2.2.5 Diminuição de pena: art. 29 do CP. 2.2.2.6 Exclusão da culpabilidade. 2.2.3 Jurisprudência. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo questionar acerca da possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade nas decisões judiciais brasileiras, a partir de sua conceituação, ao levar em consideração as condições socioeconômicas desfavoráveis do agente na individualização da pena, a fim de tornar a punição penal do mesmo menos severa, trazendo à tona os posicionamentos doutrinários diversos, favoráveis ou não à aplicação.

Desta forma, em linhas gerais, ao reconhecer a teoria em análise, atribui-se parcela de responsabilidade ao Estado no cometimento de delitos, em razão de sua omissão em assegurar aos cidadãos as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois, diante da falta de educação, trabalho, e direitos fundamentais da pessoa humana presentes na Constituição Federal, o indivíduo tem reduzida a sua capacidade de autodeterminação.

Neste ponto, o garantismo penal tem como função frear o poder absoluto do Estado, assegurando a liberdade do indivíduo contra as arbitrariedades estatais, em especial no que tange aos magistrados na formulação das decisões judiciais, devendo estes observar as garantias postas no ordenamento jurídico, ou seja, permite-se que os cidadãos possam usufruir dos direitos fundamentais inerentes à própria condição humana.

Para tanto, abordar-se-á sobre a culpabilidade como princípio e como elemento do crime, bem como as excludentes da culpabilidade, por serem de extrema importância para a compreensão do tema, em especial no que tange à necessidade de averiguação de vontade humana para o cometimento do delito (e, portanto, o Estado não poderia responder penalmente pela sua omissão), e por haver quem defenda a coculpabilidade como uma hipótese de excludente da culpabilidade, afastando a responsabilidade penal do autor<sup>4</sup>.

Ademais, tratar-se-á as diversas hipóteses de aplicação do princípio, com fundamento em doutrina, legislação e jurisprudência, embora a primeira ainda seja a grande base para

---

<sup>4</sup> A exemplo de Cristiano Rodrigues (*vide* RODRIGUES, Cristiano. Temas controvertidos de direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

aplicabilidade da coculpabilidade, sem deixar de tecer comentários sobre os princípios da igualdade e da individualização da pena, já que estes amparam a utilização da teoria no caso concreto.

De qualquer forma, certo é que não se pode fechar os olhos para a realidade fática de diversos indivíduos, que, sem escolaridade e condições sociais favoráveis para o melhor desenvolvimento humano, acabam se inclinando para a criminalidade, por enxergar nesta o único meio possível para sobrevivência, ou então, a forma mais fácil para se alcançar os objetivos, devendo, então, as decisões judiciais acompanharem a realidade social do infrator.

De todo modo, vale ressaltar que não se pretende defender, neste estudo, o determinismo, em que aqueles desprovidos de direitos fundamentais não teriam qualquer discricionariedade ou âmbito de escolha – pelo contrário, entende-se que estes sujeitos, ainda assim, teriam livre-arbítrio e vontade livre (ainda que viciada) para se colocarem à beira do sistema penal, diante do espaço social em que vivem.

## 1 A CULPABILIDADE

### 1.1 O princípio da culpabilidade

De acordo com este princípio, um indivíduo não pode ser responsabilizado objetivamente pelo delito cometido, devendo observar-se se houve a ocorrência de dolo (intenção do agente em praticar a conduta delituosa, ou até mesmo, a assunção deste risco) ou culpa (ausência desta intenção ou assunção, sendo caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia). Ou, em outras palavras, quando a conduta for evitável, e o infrator age em desacordo com o ordenamento jurídico, o princípio em análise é verificável<sup>5</sup>.

Assim, como observa García-Pablos, caso o direito penal previsse a responsabilidade objetiva, punindo fatos independente da vontade humana, observar-se-ia um sistema arbitrário e disfuncional, em vista da ausência de poder motivador, em que não haveria sentido algum em punir o indivíduo<sup>6</sup>. Marco Pietropolli, citando uma decisão do Tribunal Constitucional italiano, enfatiza que não haveria sentido se falar em função reeducativa da pena de quem não agiu com dolo ou culpa, pois neste caso, não haveria necessidade do indivíduo ser reeducado<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 12 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>6</sup> GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

<sup>7</sup> PIETROPOLLI, Marco. I principî costituzionali in materia penale. In: MEZETTI, Luca. (Org.). **Principi costituzionali**. Torino: Giappichelli, 2011, p. 551-626.

Um outro princípio relacionado a este é o da pessoalidade, disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, no qual ninguém pode ser responsabilizado pela conduta praticada por outrem, sendo o cumprimento da pena realizado pessoalmente, pois deve-se observar justamente o dolo e a culpa para a imputação da sanção penal, vedando-se a responsabilidade por fato de terceiro, que não concorreu para a ocorrência do crime. Assim, em se tratando de responsabilidade penal, diante da morte do autor do delito, por exemplo, a pena que lhe foi imputada, ainda que de caráter pecuniário (v.g. *multa*), não poderá estender-se a ninguém<sup>8</sup>.

Neste sentido, o princípio da culpabilidade serve como limitação ao poder punitivo do Estado, protegendo o indivíduo de arbitrariedades, em que a pena deve observar ao juízo de desvalor ético-social<sup>9</sup>. Neste sentido, Pietropolli assevera que este princípio limita o legislador na incriminação de fatos penalmente relevantes, pois sem atentar-se para os requisitos subjetivos mínimos na aplicação da imputação, a conduta não pode ser legitimamente sujeita à pena<sup>10</sup>.

Ou seja, o princípio em análise serve como garantia para regular as sanções penais, das quais requer que a proibição esteja relacionada à ação ou omissão de uma conduta e não à situação subjetiva do indivíduo ou sua condição de vida, bem como que seja possível a prática da conduta legalmente proibida<sup>11</sup>.

## 1.2 A culpabilidade como elemento do crime

A maioria doutrinária<sup>12</sup> entende que para que um comportamento seja definido como crime, o fato precisa ser típico, antijurídico e culpável (teoria do delito ou conceito analítico de crime). É típico quando se verifica uma conduta humana (dolosa ou culposa), um resultado (com exceção dos crimes de mera conduta), nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, exceto nos crimes formais e de mera conduta, e a verificação do fato concreto a uma norma incriminadora<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

<sup>9</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução: Mir Pug e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

<sup>10</sup> PIETROPOLLI, Marco. I principî costituzionali in materia penale. In: MEZETTI, Luca. (Org.). **Principî costituzionali**. Torino: Giappichelli, 2011, p. 551-626.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>12</sup> Há quem entenda haver um quarto requisito, qual seja, a punibilidade, ou seja, a possibilidade do Estado impor uma pena ao indivíduo infrator, a exemplo de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (Derecho penal. Parte General. Valencia: 2000, 4. Ed).

<sup>13</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**: Parte Geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A antijuridicidade se refere à inobservância do fato material ao ordenamento jurídico como um todo (e não somente ao direito penal), ou seja, quando a conduta for ilícita. A culpabilidade como requisito elementar para a configuração do delito, por sua vez, é diversa do princípio da culpabilidade, já mencionado. Isto porque nesse caso trata-se de reprovabilidade jurídica, pois o agente poderia ter agido de outra forma, mas não o fez, agindo de modo contrário ao ordenamento jurídico<sup>14</sup>.

Portanto, segundo a doutrina, são elementos da culpabilidade: imputabilidade; conhecimento potencial da ilicitude do fato; e exigibilidade de conduta diversa. Quanto ao primeiro, refere-se às condições apresentadas pelo sujeito para que o mesmo compreenda a realização da ação praticada (não se verifica em razão da menoridade, sanidade mental, etc), enquanto que o segundo exige que o indivíduo tenha conhecimento do conteúdo da proibição, ou seja, que a mesma seja configurada como sanção penal. Por fim, o último elemento requer que o agente possa agir conforme o ordenamento jurídico, mas não o faz<sup>15</sup>.

Quando, em determinado ordenamento jurídico, pune-se o sujeito pela sua forma de ser (v.g. meliantes, inimigos do povo, perigosos, suspeitos, etc.) e não pela maneira de agir, observa-se um confronto com a garantia da culpabilidade. Isto porque, aquilo que diz respeito à subjetividade do indivíduo, como antecedentes penais, sua personalidade e seu caráter, apenas importa ao direito penal para inferir o grau de culpabilidade de suas ações delituosas<sup>16</sup>. Neste sentido, ensina Ferrajoli que: “num sistema garantista assim configurado, não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como [...] a imoralidade ou a falta de lealdade”<sup>17</sup>.

Assim, sobre a culpabilidade, na Teoria Psicológica, concebida em decorrência do sistema causal-naturalista de von Liszt e Beling, o conceito de crime é construído a partir da concepção de ação. Esta pode ser definida, segundo Rafaela Alban e Marina Cerqueira, como capaz de alterar o mundo exterior, sendo vista como um fenômeno alheio ao sujeito que a provoca<sup>18</sup>. Ocorre que esta teoria sofreu diversas críticas, principalmente por não explicar (porque não existe) a conexão psicológica nos delitos culposos, salvo na culpa consciente<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**: Parte Geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>15</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 12 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 459.

<sup>18</sup> CERQUEIRA, Marina; ALBAN, Rafaela. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. cap. 9, p. 240-272.

<sup>19</sup> QUEIROZ, op. cit.

Por sua vez, o conceito neoclássico do delito (Teoria Normativa), sofrendo influência da filosofia neokantiana, ficou caracterizado pela transformação do conceito clássico, através da reformulação da ideia de ação e da antijuridicidade, com nova atribuição à função do tipo, bem como redefinição da culpabilidade, sem modificar, todavia, o conceito de crime, ainda entendido como a ação típica, antijurídica e culpável<sup>20</sup>.

Assim, a antijuridicidade, de acordo com a teoria neoclássica, deixou de representar uma contradição formal a uma norma jurídica, passando a ser compreendida em seu aspecto material, necessitando haver um dano social. A seu turno, o tipo, entendido como um processo descritivo, converteu-se em um tipo de injusto (abrangendo elementos subjetivos e normativos). Por fim, a culpabilidade também sofreu mudanças, ganhando os devidos entornos da reprovabilidade, através da conduta contrária ao dever<sup>21</sup>.

Desta feita, os neokantianos criaram a Teoria Psicológico-normativa da culpabilidade, em que esta passa a ter a concepção de reprovabilidade como um juízo de valor, com base em elementos psiconormativos<sup>22</sup>. Ou seja, avalia-se simultaneamente o vínculo psicológico do agente (dolo ou culpa) e a reprovação social. Desta forma, o dolo e a culpa, ao lado da imputabilidade, e a exigibilidade de conduta diversa, passam a ser entendidos como elementos da culpabilidade<sup>23</sup>.

A seu turno, a doutrina finalista, proposta por Hans Welzel, propôs estruturas lógico-objetivas, definidas pela ação finalística e pelo reconhecimento do livre-arbítrio para conceber a ação de maneira pré-jurídica, de modo que o comportamento humano se dirige a certa finalidade. Assim, para o finalismo, o crime continua sendo concebido como a ação típica, antijurídica e culpável<sup>24</sup>.

Para Welzel, a finalidade da ação é caracterizada pela possibilidade de previsão das consequências advindas da conduta praticada, de forma consciente, diferenciando-se do sistema causal por estar conscientemente dirigido a um fim, enquanto que neste último não se pode verificar isto<sup>25</sup>.

Portanto, de acordo com esta teoria, a culpabilidade passou a ser composta pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

<sup>23</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.

<sup>24</sup> BITENCOURT, op. cit.

<sup>25</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

<sup>26</sup> GRECO, op. cit.

Conforme Welzel, é a liberdade de vontade que determina o “poder atuar de outro modo”, configurando a culpabilidade puramente normativa, entendida como a ausência de decisão segundo o sentido de um indivíduo responsável<sup>27</sup>.

Contudo, a partir de 1970, passou-se a desenvolver o sistema teleológico ou funcional do Direito Penal:

Os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do Direito Penal<sup>28</sup>.

Ademais, quanto a esta teoria da culpabilidade defendida por Roxin, há dois pontos na estruturação do crime, quais sejam, a teoria da imputação objetiva (exige um nexo normativo de causalidade nos crimes de resultado, além da relação material de causalidade) e a ampliação da culpabilidade para o âmbito da responsabilidade (exige a existência da necessidade preventiva da pena)<sup>29</sup>.

Por outro lado, a teoria do funcionalismo sistêmico ou radical abarca a noção de prevenção da pena, e vem, desta forma, “fundamentada e limitada a partir do fim preventivo geral da pena; essa prevenção é de caráter positivo e preferencial na medida em que se materializa o exercício da fidelidade ao Direito [...]”<sup>30</sup>.

No que tange à teoria social da ação, esta entende a ação como uma conduta socialmente relevante, em que a vontade humana é capaz de dominá-la, verificada a partir dos efeitos danosos produzidos na sociedade<sup>31</sup>. Cabe pontuar que tal teoria vem sendo repudiada por boa parte da doutrina, a exemplo de Zaffaroni, tendo em vista que não se pode extrair dela nenhuma consequência prática<sup>32</sup>.

Já o conceito analítico de crime define o delito como um fato típico, ilícito e culpável, havendo uma ligação entre estas categorias. Então, o conceito analítico acaba sendo um desdobramento do conceito formal de crime, ou seja, crime como infração à lei penal<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> HERRERA, Esiquio Manuel Sánchez. **La dogmática de la teoría del delito – Evolución científica del sistema del delito**. 1ª reimp. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 211.

<sup>31</sup> ROCHA, Fernando Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: Parte General**, v. III. Buenos Aires: Editar, 1981.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Desta forma, o conceito de crime acaba sendo definido pela doutrina, devendo-se observar os diferentes pontos de vista e teorias sobre o assunto, concluindo pelo entendimento de delito como um fato típico, antijurídico e culpável.

### 1.3 Os elementos e as excludentes da culpabilidade

Tendo em vista alguns estudiosos defenderem a aplicação do princípio da coculpabilidade como excludente da culpabilidade, faz-se imperioso tratar sobre as hipóteses previstas nos artigos 21, 22, 26 e 28, §1º, do Código Penal. Na concepção finalista de Welzel, a culpabilidade é formada pelos seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência sobre a ilicitude do fato; e exigibilidade de conduta diversa. De outro modo, tem-se as excludentes de culpabilidade, quando se constata a ausência de algum destes elementos, em que o agente é incapaz de orientar-se conforme o direito, ou de ter conhecimento da punibilidade do fato<sup>34</sup>.

Portanto, a imputabilidade (corresponde à regra) diz respeito à possibilidade de atribuir o fato típico e ilícito a alguém, de acordo com a capacidade em entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento, sendo que o Código Penal abarcou duas hipóteses que conduzem à inimputabilidade do agente: por doença mental ou por imaturidade natural<sup>35</sup>. Assim, a inimputabilidade advém da ausência de capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autocontrole, desde que não haja a provocação culpável por parte do sujeito<sup>36</sup> (*vide* art. 26 do Código Penal), sendo o mesmo isento de pena.

Sobre a imaturidade natural, devido a uma presunção legal, considera-se o menor de 18 (dezoito) anos penalmente inimputável, ficando sujeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 228 da Constituição Federal c/c art. 27 do Código Penal), pois o legislador entendeu que aqueles que ainda não atingiram a maioria não possuem plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato<sup>37</sup>.

O art. 28, §1º, do Código Penal, assevera que é isento de pena o agente que, em decorrência da embriaguez completa, por caso fortuito ou força maior, era ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com

---

<sup>34</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>35</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

<sup>36</sup> MACHADO, op. cit.

<sup>37</sup> GRECO, op. cit.



este entendimento. Assim, a embriaguez completa é aquela em que ocorre confusão mental, bem como falta de coordenação motora e consciência<sup>38</sup>.

No que tange a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, trata-se da mera possibilidade concreta do conhecimento sobre a ilicitude, e se caracteriza “quando o agente por ignorância (*ignorantia iuris*) ou por uma representação falsa ou imperfeita da realidade supõe ser lícito o seu comportamento”<sup>39</sup>. Desta forma, caracteriza-se o erro, nos termos do art. 21 do Código Penal, quando o indivíduo incorre em equívoco quanto à proibição do tipo legal, estando a culpabilidade afastada pela incapacidade do agente em anuir ao conhecimento normativo<sup>40</sup>.

Por derradeiro, sobre a exigibilidade de conduta diversa, entende-se como a “possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana”<sup>41</sup>.

A primeira excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é a coação irresistível, de natureza moral (*vis compulsiva*) e não física (*vis absoluta*), pois esta última afastaria a própria conduta do indivíduo<sup>42</sup>. Ademais, outra excludente é a estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, conforme o artigo 22 do Código Penal, em que a referida ordem (ilegal) deve ser emanada de um superior hierárquico, e que aquele que a cumprir se atenha aos seus limites.

Há, ainda, a possibilidade de se aplicar a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade, ou seja, quando a hipótese não está prevista legalmente de forma expressa, aplicada com base nos princípios existentes no ordenamento jurídico<sup>43</sup>. Contudo, no dizer de Wessels, tais causas deveriam ser afastadas, pois, por serem indeterminadas, isto levaria a uma insegurança jurídica pela ausência de limites, e que somente excepcionalmente poder-se-ia admitir uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade<sup>44</sup>. De outro modo, Rogério Greco entende que a alegação de uma causa exculpante poderia evitar injustiças, sendo que não existe no ordenamento jurídico brasileiro impedimento algum para sua aplicação<sup>45</sup>.

Por derradeiro, a coculpabilidade somente poderia figurar como excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, haja vista não se

---

<sup>38</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1994, v.1.

<sup>39</sup> MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1, p. 188.

<sup>40</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 403.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> WESSELS, Johannes. **Derecho penal**: Parte general, v. I. Buenos Aires: De Palma, 1980.

<sup>45</sup> GRECO, *op. cit.*

encontrar prevista expressamente no ordenamento jurídico, e mais precisamente, no artigo 22 do Código Penal, tendo seu fundamento de aplicação – para aqueles que assim entendem – nos princípios que regem o direito.

## 2 PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

### 2.1 Conceito

Sabe-se que não são ofertadas as mesmas condições sociais para todos os indivíduos de uma mesma região, prevalecendo, ainda hoje, a chamada desigualdade social, em que parcela da população goza de direitos, e de uma posição social privilegiada, enquanto a outra parte vive à margem da sociedade, entre a miséria e a pobreza, sem usufruir dos direitos que lhes deveriam ser assegurados<sup>46</sup>. A partir disso nasce o que se chama de coculpabilidade.

O princípio em análise pode ser conceituado como um princípio constitucional implícito, pois não precisa de posituação expressa para ser assim entendido, que admite a corresponsabilidade do Estado no cometimento de certas infrações penais, praticados por hipossuficientes, ou seja, indivíduos que têm a capacidade de autodeterminação diminuída em razão de determinados fatores vivenciados por eles, em especial àqueles relacionados às causas sociais e econômicas dos mesmos, ensejando, assim, menor reprovação social<sup>47</sup>.

Inicialmente, cabe enfatizar que o prefixo “co” significa simultaneidade, concomitância, estar junto, e a partir disso, pode-se retirar a ideia de que o Estado é responsável indiretamente pelo cometimento de infrações penais por parte de certos indivíduos, em razão da sua omissão em cumprir os seus deveres para com a população. Contudo, é necessário enfatizar que não se trata de responsabilização penal do Estado, já que este é incapaz de praticar delitos e ser punido penalmente, em função da ausência dos pressupostos caracterizadores da infração penal, pois não é detentor de vontade humana, discernimento e consciência, por exemplo<sup>48</sup>.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, não seria razoável, em relação aos cidadãos que são influenciados de maneira negativa por circunstâncias sociais, e em função disso possuem menor âmbito de autodeterminação, sobrecarregá-los com estas circunstâncias na oportunidade da aferição da culpabilidade, sendo que em nenhum momento estas causas sociais deixaram de

---

<sup>46</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

<sup>47</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

<sup>48</sup> Ibid.

existir<sup>49</sup>. Zaffaroni ainda ensina que são ofertados aos indivíduos de uma mesma sociedade espaços sociais diversos, e que a reprovação da culpabilidade deve se atentar para isto, observando o espaço social vivenciado por cada um<sup>50</sup>.

No dizer de Fábio Machado, quanto mais vulnerável aos poderes político e econômico seja o infrator, a possibilidade de ser punido também se mostra maior, e em função disso entende-se que o poder punitivo é altamente seletivo e discriminatório – neste contexto, a culpabilidade passa a ser compreendida como a reprovabilidade social atribuída ao indivíduo pelo seu empenho pessoal em se colocar à beira do sistema penal<sup>51</sup>.

Portanto, a coculpabilidade pode ser definida como a relação entre o crime cometido pelo sujeito e a omissão estatal, em que o Estado Democrático de Direito, através dos recursos disponíveis, poderia oferecer meios adequados para o desenvolvimento socioeconômico da população, mas não o faz<sup>52</sup>.

No âmbito processual, ao tratar de garantismo penal, Ferrajoli ensina que a corresponsabilidade aproxima o direito penal do processo penal da verdade, a partir da dosimetria da pena e da produção probatória em sede judicial, o que possibilita uma condenação mais condizente com o caso concreto<sup>53</sup>.

Bobbio assevera que o sistema garantista, presente no Estado de Direito, tem como objetivo proteger a liberdade individual contra as arbitrariedades do poder, ao qual o direito penal procura combater. Ademais, ao contrário do que prescreve os princípios orientadores do arcabouço jurídico, os fatos demonstram que a luta em defesa do garantismo é sempre uma luta de minorias<sup>54</sup>.

Nos ensinamentos de Hassemer, os juízes estão se afastando da realidade fática e social, o que pode ser considerado uma ofensa para a dogmática jurídica, pois pretende-se afirmar verdades incontestáveis com análises puramente teóricas<sup>55</sup>. Igualmente, assevera Zaffaroni que: “O destino de um saber cujos dados da realidade são desvirtuados empiricamente não é nada

---

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 1997.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2001.

<sup>51</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. **Prefácio à 1.ª edição italiana**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 7-13.

<sup>55</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

promissor. Negar dados da realidade e aceitar o direito penal a serviço de um poder que só é útil ao prestígio do próprio poder é inaceitável”<sup>56</sup>.

Ao contrário do que se poderia pensar, não se pretende defender, neste estudo, o determinismo, em que todos aqueles privados de oportunidades e de condições econômicas favoráveis não teriam livre escolha e que, por assim dizer, o único caminho possível seria o da criminalidade. De outro modo, pretende-se chegar a um meio-termo entre determinismo e livre-arbítrio, no sentido de que a vontade do autor é livre, mas, de algum modo, pode ser viciada pelas condições de vida desfavoráveis, diminuindo sua capacidade de autodeterminação e, conseqüentemente, gerando menor grau de reprovabilidade social<sup>57</sup>.

## **2.2 Aplicação no direito penal brasileiro**

### **2.2.1 Introdução principiológica como fundamento de aplicabilidade**

Os princípios reguladores do direito penal exprimem uma garantia jurídica para a imputação de responsabilidade penal e, conseqüentemente, da pena, em que, verificando-se a ausência dos pressupostos contidos nas implicações deônticas (ou princípios), a punição não se mostra razoável e, portanto, resta proibida. A função específica das garantias penais é voltada muito mais para impor limites ao exercício estatal, deslegitimando a prática absoluta de arbitrariedades, do que para autorizar ou permitir determinado comportamento<sup>58</sup>.

Dito isto, tratar-se-á sobre o princípio da igualdade, seja formal ou material, trazendo à tona sua importância como direito fundamental, bem como no que tange o princípio da individualização da pena e a observância da dosimetria penal de acordo com o caso concreto, de maneira a fundamentar a aplicação da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **2.2.1.1 Princípio da igualdade**

Prescreve a Constituição Federal, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei. Contudo, é preciso salientar que não existem princípios absolutos, pois isto implicaria a negação do próprio direito<sup>59</sup>, devendo a norma ser interpretada corretamente. Assim, há que se fazer a

---

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 70.

<sup>57</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

distinção entre igualdade formal (aquela em abstrato, prevista expressamente na Carta Magna) e a igualdade material (aquela voltada para a realidade fática, permitindo-se um tratamento desigual para se alcançar a igualdade).

Para Hans Kelsen, a igualdade trazida pela Constituição não significa que todos devem ser tratados do mesmo modo, pois seria irrazoável impor a todos os sujeitos os mesmos deveres e lhes garantir os mesmos direitos, sem fazer distinção entre eles<sup>60</sup>. Como afirma Celso de Mello, deve haver uma correlação lógica entre a desigualdade existente materialmente e a diferença no tratamento conferido, desde que haja compatibilidade com interesses constitucionais<sup>61</sup>.

Neste mesmo sentido, Alexandre de Moraes entende que para as distinções normativas não serem consideradas discriminatórias, é preciso que exista uma justificativa objetiva e razoável<sup>62</sup>. Esclarecem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho que:

o entorno social deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido<sup>63</sup>.

E neste ponto, a justificativa é razoável, e fundada em uma correlação lógica, no dizer de Celso de Mello, pois não se pode destinar o mesmo tratamento aos sujeitos em uma condição socioeconômica favorável e àqueles desprovidos das mesmas oportunidades, que vivem à margem da sociedade, ou seja, sem a devida educação, instrução social, emprego, etc. Assim, a reprovação maior deve recair nos primeiros, do que nos hipossuficientes, até porque aqueles que foram negados os direitos intrínsecos a uma sociedade democrática possuem menor autodeterminação<sup>64</sup>. Isto porque “o grau de instrução influencia sobremaneira o nível de percepção do sujeito (cognoscibilidade do ilícito) e na sua movimentação positiva ou negativa para o ato (exigibilidade de comportamento)”<sup>65</sup>.

De todo modo, a igualdade, seja formal ou material, pode ser conceituada como igualdade nos direitos fundamentais, sendo que a primeira é assegurada através dos direitos de

---

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. 22 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>63</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2004, p. 74.

<sup>64</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>65</sup> CARVALHO, op. cit., p. 78.

liberdade (ou “direitos de”), a partir da tutela das diferenças, enquanto a segunda é garantida por meio dos direitos sociais (ou “direitos a”), compensando as desigualdades que entendem como intoleráveis. Ainda assim, de nenhum modo são tidas como incompatíveis<sup>66</sup>.

Assim sendo, os direitos fundamentais podem ser redefinidos como necessários para assegurar a igualdade e o valor humano, sendo indisponíveis e absolutos (diferentemente dos direitos patrimoniais), que se referem a todos os cidadãos de forma igualitária. Por fim, os direitos fundamentais se fazem presente quando as igualdades (formal ou material) são garantidas e perseguidas<sup>67</sup>.

Portanto, ao reconhecer a aplicação concreta do princípio da coculpabilidade, estar-se-ia garantindo um direito fundamental, na medida em que iguala os iguais e diferencia os desiguais na medida de sua desigualdade<sup>68</sup>.

### 2.3.1.2 Princípio da individualização da pena

Previsto na Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVI, este princípio assevera que o magistrado deve fixar a pena de acordo com a cominação legal (tipo penal e quantidade), de forma proporcional e adequada à gravidade da lesão ao bem juridicamente tutelado, decidindo se será executada por meio de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, ou suspensão ou interdição de direitos<sup>69</sup>.

Ademais, a individualização da pena está estritamente relacionada ao princípio da personalidade, em que a sanção penal não pode passar da pessoa do condenado, tendo em vista que a responsabilidade criminal é sempre subjetiva, oriunda de sua conduta social (ação ou omissão) e, por isso, somente aquele que praticou o ato pode responder criminalmente pelo mesmo<sup>70</sup>.

A individualização da pena deve ser observada em três momentos distintos: pelo legislador, ao definir o tipo legal e sua respectiva pena, dispondo seus limites e critérios para

---

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: Parte Geral – Arts. 1.º a 120. 10. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>70</sup> MOURA, op. cit.

fixação da sanção penal; pelo julgador, na elaboração da sentença, aplicando de forma concreta a pena cominada legalmente; e na fase executória da pena, que se refere ao seu cumprimento<sup>7172</sup>.

Para determinar o *quantum* da pena, o juiz observa o sistema trifásico, conforme o art. 68 do Código Penal: a) determina a pena-base, atentando-se para a pena em abstrato, analisando as qualificadoras e privilegiadoras do tipo penal, com fundamento nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal; b) aplica as agravantes e atenuantes dos artigos 61 a 66 do Código Penal; c) por fim, atém-se às majorantes e minorantes<sup>73</sup>.

Com isso, a pena não deve ser igual para todos os indivíduos, mas sim, analisando o caso concreto, determinar a exata medida punitiva pelo ato praticado pelo agente, pois caso contrário estar-se-ia cometendo uma injustiça, tendo em vista as peculiaridades de cada caso, e não faria sentido igualar os desiguais<sup>74</sup>.

### 2.2.2 Hipóteses de aplicação

Diante da ausência de previsão expressa da coculpabilidade na legislação pátria, a doutrina trouxe à discussão formas de aplicabilidade da teoria supracitada, tendo em vista estabelecer um maior alcance de sua eficácia. Neste sentido, abordar-se-á sobre a previsão implícita deste princípio na Carta Magna e explícita na legislação pátria, bem como as possibilidades de aplicação como circunstância judicial, atenuante, diminuição de pena, e como exclusão de culpabilidade em razão de inexigibilidade de conduta diversa.

#### 2.2.2.1 Na Constituição Federal e na legislação

A coculpabilidade se encontra prevista implicitamente pela Carta Magna, no seu art. 5º, § 2º, que assim prescreve: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Contudo, não se pode contentar-se com a ausência de previsão expressa do princípio da coculpabilidade na Constituição Federal, fazendo-se necessária a sua normatização para garantir uma maior eficácia e segurança jurídica

---

<sup>71</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º ao 120), volume único. 2. Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2014.

<sup>72</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>73</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>74</sup> Ibid.

na sua aplicação, levando em consideração, portanto, as condições socioeconômicas do autor do crime na individualização da pena<sup>75</sup>.

Ainda assim, o legislador reconheceu o princípio em estudo no art. 187, §1º, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que no interrogatório do acusado o magistrado deverá questioná-lo acerca dos meios de vida ou profissão, as oportunidades sociais e outros dados familiares e sociais, levando em consideração na dosimetria da pena.

Igualmente, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prevê o princípio da coculpabilidade em seu art. 14, inciso I, em que o baixo grau de instrução e escolaridade do agente é uma das hipóteses de atenuante de pena, devendo tal fato ser observado pelo julgador.

Ocorre que não se mostra suficiente a previsão legal do princípio em análise no Código de Processo Penal e na Lei de Crimes Ambientais, e a previsão constitucional, ainda que implícita, do mesmo, mas também é imperiosa a sua positivação expressa no Direito Penal<sup>76</sup>.

#### **2.2.2.2 Circunstância judicial**

A coculpabilidade tem previsão expressa no anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas presidida por Miguel Reale Júnior, visando à reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, inserindo o princípio em análise como circunstância judicial do art. 59 do mesmo diploma legal – prescreve que, na dosimetria da pena, observar-se-á as oportunidades sociais oferecidas ao acusado<sup>77</sup>. Todavia, o anteprojeto em tramitação no Senado PLS 236/2012 não prevê a coculpabilidade, bem como afasta as atenuantes inominadas, dificultando ainda mais a sua aplicação.

Porém, ao aplicar a coculpabilidade como circunstância judicial, não poderia diminuir a pena aquém do mínimo legal, concluindo por ser uma medida de eficácia restrita, não se mostrando eficiente para alcançar o seu real objetivo, qual seja, de diminuir de forma considerável a pena a ser suportada pelo agente delituoso<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> RANGEL, Caio Mateus Caires. **Coculpabilidade e a (in?)aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires, Argentina. 2013.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Vide inteiro teor do anteprojeto: [http://www.mj.gov.br/sal/codigo\\_penal\\_pgeral.htm](http://www.mj.gov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm).

<sup>78</sup> RANGEL, op. cit.



### 2.2.2.3 Atenuante: inserção de nova atenuante no art. 65 do CP

Neste caso, trata-se de inserir mais uma alínea no inciso III, do art. 65 do Código Penal, que versa sobre as atenuantes genéricas. Seria, no entendimento de Grégore Moura, uma proposta mais audaz, pois “reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado”<sup>79</sup>.

Porém, ainda assim, a coculpabilidade como atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, do Código Penal, não poderia diminuir a pena aquém do mínimo legal, como prevê a Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. De toda forma, a sua aplicação dependeria de um processo legislativo moroso para acrescentar uma nova hipótese de atenuante exemplificativa<sup>80</sup>.

### 2.2.2.4 Atenuante genérica: art. 66 do CP

Provado que o fato praticado pelo autor é típico, ilícito e culpável, a autoridade judicial definirá o tipo legal a ser cominado a ele, e individualizará a pena correspondente à infração penal. Nos termos do art. 68 do Código Penal, o julgador seguirá o critério trifásico para aplicação da sanção, em que primeiramente observar-se-á as circunstâncias judiciais, para depois analisar as agravantes e atenuantes, e por último as majorantes e minorantes<sup>81</sup>.

Quanto às atenuantes, pode-se aplicar aquelas previstas expressamente no art. 65 do Código Penal, ou então trazer à tona o art. 66 do mesmo diploma legal, e atenuar a pena em razão de circunstância relevante. Neste aspecto, é importante ressaltar que “o reconhecimento é obrigatório, desde que presente alguma situação relevante no caso concreto, a ser examinada pelo julgador”<sup>82</sup>.

A doutrina vem admitindo o emprego da coculpabilidade como atenuante genérica do referido art. 66, o que concede ao julgador maior liberdade na individualização da pena, observando a realidade fática<sup>83</sup>. Discordando desta aplicação, Nucci defende que não se pode justificar o cometimento de infrações penais na ausência de assistência estatal, pois se assim o

---

<sup>79</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 128.

<sup>80</sup> RANGEL, Caio Mateus Caires. **Coculpabilidade e a (in?)aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires, Argentina. 2013.

<sup>81</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

<sup>82</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: Teoria e prática**. 8 ed. Salvador: JusPODVM, 2014, p. 197.

<sup>83</sup> MOURA, op. cit.

fosse, existiriam outros “coculpáveis”, como os pais que não cuidaram corretamente do filho, ou a escola que não desempenhou seu papel de educadora devidamente, pois, ao final, deve prevalecer a vontade humana para o cometimento do delito. Para que o indivíduo pudesse se beneficiar da atenuante inominada, deveria existir uma causa singular e relevante, específica do infrator, que fosse diversa do comum<sup>84</sup>.

Partindo deste mesmo entendimento, Von Hirsch assevera que levar em consideração fatores sociais pode ter como consequência o resultado contrário daquele desejado, agravando a marginalização social dos indivíduos desfavorecidos economicamente<sup>85</sup>. Nas palavras do autor: “Não seria fácil, nem mesmo em teoria, determinar quando a pobreza é suficientemente grave e está suficientemente relacionada com a conduta concreta para constituir uma atenuante”<sup>86</sup>.

Contudo, mostra-se mais plausível o entendimento de Paulo José da Costa Junior, oportunizando a utilização, pelo juiz, de uma causa não especificada pelo legislador. O autor ensina que:

[...] Em cada conduta humana faz-se sentir o imponderável, enquanto a miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir. Nenhuma lei será, pois, capaz de prever, de catalogar, definir e sistematizar os fatos que irão desencadear-se na realidade fenomênica futura. [...] Poderá o magistrado, ao considerar ângulos não previstos, reduzir a sanção de molde a adequá-la à culpabilidade do agente. Não se dispensa, todavia, o juiz de motivar suficientemente a decisão<sup>87</sup>.

De qualquer forma, a aplicação da coculpabilidade na segunda fase da dosimetria da pena, como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, também não é capaz de reduzir a pena do infrator abaixo do mínimo legal, não sendo, portanto, a hipótese de aplicação mais benéfica para o réu, em relação à possibilidade de diminuição de pena, que poderá reduzir a pena do agente aquém do mínimo.

---

<sup>84</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>85</sup> VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar**. Tradução Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 154 e 165.

<sup>87</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007. p. 220.

### 2.2.2.5 Diminuição de pena: art. 29 do CP

Nesta hipótese de aplicação, acrescentar-se-ia um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, na seguinte forma:

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<sup>88</sup>.

Com razão, Grégore Moura defende que esta seria a melhor maneira de se aplicar a coculpabilidade, em razão de possibilitar a redução da pena abaixo do mínimo legal, com aplicação na terceira fase da dosimetria penal, dando lugar a uma maior individualização da pena aplicada. Portanto, seria a hipótese mais condizente com o garantismo penal, e com o Direito Penal democrático e liberal<sup>89</sup>.

De todo modo, faz-se necessário haver uma alteração legislativa para tanto, embora se saiba da morosidade do poder legislativo, em razão de assegurar uma maior eficácia da teoria em estudo, restringindo, por conseguinte, a margem para a interpretação judiciária, e possibilitando maior segurança jurídica.

Embora esta possibilidade se mostre a mais acertada quanto à aplicação da coculpabilidade, por ser mais benéfica para o réu, reduzindo a pena aquém do mínimo legal, certo é que não se pretende diminuir a importância das outras hipóteses, que se revelam razoáveis, permitindo a aproximação da condenação do agente com a realidade fática vivenciada por ele. Ocorre que, no seio de uma gama de possibilidades, opta-se por aquela que seja mais favorável ao réu, em defesa do garantismo penal, pois não seria justo determinado indivíduo perceber situações socioeconômicas negativas por toda a vida, e o mesmo não ter reconhecido tal fato na dosimetria da pena.

### 2.2.2.6 Exclusão da culpabilidade

A coculpabilidade como exclusão da culpabilidade, e mais precisamente, como inexigibilidade de conduta diversa, seria entendida como inexistência de direito a ser tutelado,

---

<sup>88</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 128-129.

<sup>89</sup> Ibid.

em função da conduta humana ser consequência exclusiva da omissão estatal, que influenciaria de modo determinante o cometimento do delito, deixando de recair sobre o autor qualquer reprovabilidade<sup>90</sup>.

No entendimento de Cristiano Rodrigues, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal a fim de possibilitar a absolvição do agente seria a melhor forma de aplicação do princípio ora em análise, condizente com um Direito Penal garantista:

Somente através da ampliação do conceito de exigibilidade de conduta diversa em face da normalidade das circunstâncias concretas, e de uma aceitação mais ampla da inexigibilidade como causa de exculpação (mesmo sem expressa previsão legal), tornar-se-á possível instrumentalizar, materializar e aplicar a Teoria da Culpabilidade em nosso ordenamento jurídico, passo fundamental na direção de um Direito Penal garantista, humano e mais isonômico<sup>91</sup>.

De acordo com este entendimento, dependendo do caso concreto, e em razão da vulnerabilidade social do sujeito, não seria razoável exigir sua atuação conforme o Direito, sendo necessário que o crime cometido tenha relação com o estado de miserabilidade, posto que a coculpabilidade é incompatível com determinados delitos<sup>92</sup>.

Rogério Greco exemplifica uma circunstância que afastaria a responsabilidade penal em função da coculpabilidade, no caso em que dois mendigos que vivem embaixo de um viaduto, sendo este local o único possível para se estabelecerem em razão da ausência de oportunidades socioeconômicas, são surpreendidos praticando relação sexual. Neste sentido, o autor entende ser inaplicável o disposto no art. 233 do Código Penal (ato obsceno), pois o casal não teria agido de forma culposa, sendo a responsabilidade pelo ato praticado da própria sociedade que os marginalizou<sup>93</sup>.

Em contrapartida, absolver o agente em razão do reconhecimento da coculpabilidade como exclusão da culpabilidade seria uma hipótese um tanto audaciosa, indo ao encontro do determinismo penal, em que se entende que a condição socioeconômica do indivíduo, por si só, seria elemento determinante no cometimento do delito. Então, cabe lembrar das pessoas que vivem a margem da sociedade, mas nem por isso se inclinam para a criminalidade, sendo possível concluir que é possível o livre-arbítrio neste caso, mesmo que reduzido.

---

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 252.

<sup>92</sup> MOTA, Indaiá Lima. **A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**. UFBA, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11326/3/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

<sup>93</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.

### 2.2.3 Jurisprudência

Na aplicação da coculpabilidade no caso concreto, tem-se que o julgador deve considerar a compatibilidade entre a condição de miséria vivenciada pelo indivíduo e o delito praticado, em que a primeira deve ser um dos motivos do segundo<sup>94</sup>. Ocorre que a jurisprudência vem rechaçando a aplicação da coculpabilidade, tendo em vista a ausência de previsão expressa na Constituição Federal e na legislação, e sob o argumento de que a atuação do estado não se mostra como o único fator a contribuir para o cometimento do delito.

"Apelação. Furto. Autoria e materialidade demonstradas pelas provas dos autos. Crime de bagatela. Inocorrência. Teoria da coculpabilidade. Ação do Estado que não é o único fator a resultar no cometimento do crime. Necessidade da norma penal como regra de conduta social. Política criminal do Estado que leva em conta as desigualdades existentes em qualquer sociedade. Aumento da pena por maus antecedentes e pela reincidência. Impossibilidade. Vida pregressa do réu que estaria a aumentar a sanção duas vezes. Bis in idem. Dependência química que prejudicou apenas parcialmente a capacidade de determinação. Manutenção da redução mínima. Regime fechado justificado. Réu juridicamente pobre. Isenção de custas processuais. Recurso provido em parte". (TJSP; Apelação 0002224-57.2011.8.26.0637; Relator (a): Marco Nahum; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tupã - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 18/03/2013; Data de Registro: 21/03/2013).

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

ATENUANTE INOMINADA. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 231/STJ.

A teoria da co-culpabilidade não demanda análise, a uma por esta não ser aceita no âmbito deste Tribunal Superior e a duas por se encontrar a pena-base no seu patamar mínimo, sendo que qualquer providência encontraria óbice no Enunciado Sumular 231/STJ.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a fração de 1/3 (um terço) no que concerne as majorantes, perfazendo a reprimenda definitiva do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias- multa, mantidos, no mais a sentença e o arresto impugnados.” (STJ, HC 246.811/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014).

<sup>94</sup> MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Como pode-se observar, o STJ rechaçou a aplicação da coculpabilidade como atenuante inominada, tendo em vista decisões anteriores neste sentido, no âmbito deste Tribunal Superior, assim como pela impossibilidade de diminuir a pena-base abaixo do patamar mínimo na segunda fase de dosimetria da pena. Contudo, apesar da orientação do STJ e dos Tribunais, ao não aplicar o princípio em questão, o magistrado deixa de levar em consideração a realidade fática vigente no país, em que a decisão judicial não se mostra condizente com o caso concreto.

Além disso, tem-se que, apesar da coculpabilidade não ter previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser aplicada como atenuante inominada, além de ser entendido como presente implicitamente na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

De outro modo, no Rio Grande do Sul foram acolhidas a possibilidade de utilização da coculpabilidade nas seguintes decisões:

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Furto em residência. Concurso de agentes. Materialidade e autoria comprovadas. Fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. [...] Juízo condenatório mantido. Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP. Réu semialfabetizado. Instituto da co-culpabilidade. (Apelação criminal nº 70013886742, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 20/4/2006).

Na primeira decisão, o juiz aplicou a coculpabilidade na primeira fase de dosimetria da pena, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, entendendo que a maior vulnerabilidade social enseja em menor culpabilidade, enquanto que na segunda decisão o magistrado utilizou a coculpabilidade na segunda fase de dosimetria da pena, como atenuante genérica, por entender que as condições socioeconômicas devem ser levadas em consideração na aplicação da pena.

Todavia, estas duas decisões transcritas não refletem a realidade dos julgamentos dos Tribunais pátrios. Diante disto, faz-se imperioso positivar a teoria da coculpabilidade no

ordenamento jurídico, pois o indivíduo desprovido de condições sociais favoráveis possui capacidade de autodeterminação diminuída, ensejando, por conseguinte, menor reprovação social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, tem-se que um indivíduo não pode responder objetivamente a um delito, devendo-se averiguar a existência de dolo ou culpa em sua conduta, ou seja, o agente deve concorrer para o resultado lesivo, seja pela inobservância de cautela ou pela intenção de praticá-lo.

Isto posto, entende-se o princípio da coculpabilidade como o reconhecimento de parcela de responsabilidade do Estado e da sociedade em relação a infratores que não tiveram condições socioeconômicas favoráveis, e em razão disso, teriam reduzida a capacidade de autodeterminação na prática do ato delituoso, ensejando menor reprovabilidade social. Vale ressaltar que não significa atribuir ao Estado a responsabilidade penal pela prática do crime, tendo em vista ser o mesmo detentor de *jus puniendi* e não possuir os requisitos mínimos para a prática do delito e consequente punição penal.

Desta forma, o presente trabalho objetivou trazer à tona o citado princípio como forma de aplicabilidade no caso concreto, haja vista a ausência de previsão expressa no Código Penal, com fulcro de tornar a condenação do acusado mais condizente com a realidade fática vivenciada por ele, observando-se suas condições socioeconômicas na dosimetria da pena.

Diante das diversas hipóteses de aplicação, já elencadas anteriormente, tem-se que a coculpabilidade como diminuição de pena seria a mais adequada e condizente com o garantismo penal, em razão de ser mais benéfica para o réu<sup>95</sup>, pela possibilidade de diminuição de pena abaixo do mínimo legal. Contudo, faz-se necessária alteração legislativa para tanto, em busca de garantir maior efetividade na aplicação.

De todo modo, certo é que se mostra imprescindível a positivação expressa da coculpabilidade, tanto na Constituição Federal, quanto no Código Penal, pois aplicar esta teoria

---

<sup>95</sup> Embora haja ainda a hipótese de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, sendo, sem dúvidas, a mais benéfica para o infrator por afastar a responsabilidade penal do mesmo, tem-se como inadequada esta forma de aplicação, pelo fato de defender que o indivíduo, diante da situação socioeconômica desfavorável não teria livre-arbítrio e poder de autodeterminação na prática da conduta delituosa, o que significa dizer que sua realidade social determinaria, por si só, a prática do ato infracional. Assim sendo, sabe-se que existem pessoas que, mesmo expostas a isto, conseguem se afastar do sistema penal e da criminalidade, mostrando-se, portanto, a hipótese de exclusão da culpabilidade como inadequada.

somente com base na interpretação estabelece um âmbito de insegurança jurídica, ao passo que expressamente prevista ter-se-ia maior aplicabilidade nas decisões judiciais.

Ainda assim, é lamentável a escassa jurisprudência que reconhece o princípio em análise – motivo pelo qual reforça-se ainda mais a previsão expressa na legislação pátria –, demonstrando que os juízes estão se afastando da realidade social experimentada pelo agente. Diante disto, cabe questionar: “[...] uma sociedade organicamente violenta e produtora de violência, pode pretender que o sistema penal feche os olhos a esta realidade?”<sup>96</sup>.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Prefácio à 1.ª edição italiana**. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 7-13.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.
- CERQUEIRA, Marina; ALBAN, Rafaela. *Culpabilidade, livre-arbítrio e neurociências*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. cap. 9.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º ao 120), volume único. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

---

<sup>96</sup> PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32447-39253-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.



- HERRERA, Esiquio Manuel Sánchez. **La dogmática de la teoría del delito**: Evolución científica del sistema del delito. 1ª reimp. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução: Mir Pug e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal**: Parte Geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. 22 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MESTIERI, João. **Manual de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1994, v.1.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOTA, Indaiá Lima. **A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**. UFBA, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11326/3/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FINA%20L.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.
- MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PIETROPOLLI, Marco. I principî costituzionali in materia penale. In: MEZETTI, Luca. (Org.). **Principî costituzionali**. Torino: Giappichelli, 2011.
- PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32447-39253-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: Parte Geral – Arts. 1.º a 120. 10. Ed: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 12 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RANGEL, Caio Mateus Caires. **Co-culpabilidade e a (in?)aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Buenos Aires: UBA. 2013.

ROCHA, Fernando Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 252.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte general**. Madrid: Civitas, 1997.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: Teoria e prática**. 8 ed. Salvador: JusPODVM, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar**. Tradução Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

\_\_\_\_\_. **O Novo Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. **Derecho penal: Parte general**, v. I. Buenos Aires: De Palma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal: Parte General**, v. III. Buenos Aires: Editar, 1981.

\_\_\_\_\_.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2001.

\_\_\_\_\_.; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.