



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GLEYCIANE SILVA DE OLIVEIRA
HELEN AMANDA DE MENESES SILVA

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO

Parnaíba
2018

GLEYCIANE SILVA DE OLIVEIRA
HELEN AMANDA DE MENESES SILVA

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção de
graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas
da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), sob a
orientação do Prof. Me. Erasmo Carlos Amorim
Morais.

Parnaíba
2018

O48v Oliveira, Gleyciane Silva de

A viabilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro / Gleyciane Silva de Oliveira, Helen Amanda de Meneses Silva. – 2018.
56 f .

Monografia (graduação) – Universidade Estadual do UESPI, Bacharelado em Direito, 2018.
“Orientador Prof. Me. Erasmo Carlos Amorim Morais.”

Piauí –

1. Culpabilidade. 2. Coculpabilidade. 3. Igualdade Material. 4. Individualização da Pena. 5. Responsabilidade Civil. I. Silva, Helen Amanda de Meneses. II. Título.

CDD: 345

GLEYCIANE SILVA DE OLIVEIRA
HELEN AMANDA DE MENESES SILVA

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção de graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), sob a orientação do Prof. Me Erasmo Carlos Amorim Moraes.

Aprovadas em 13/07/2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Erasmo Carlos Amorim Moraes
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUI

Prof.^a Pedrita Dias Costa

Dr. Leonardo Fonseca Barbosa

A nossa família e amigos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que nos edifica diariamente a vencer todas as intempéries.

À nossa família, que sempre acredita em nosso potencial, quando até nós mesmas duvidamos, oferecendo todo amor, apoio e princípios, para crescermos como seres humanos e futuras profissionais.

Aos nossos amigos, pela compreensão e amizade, por serem verdadeiros irmãos, compartilhando alegrias e tristezas.

Ao nosso orientador, Erasmo Amorim, que nos recebeu como orientandas e nos deu todo o suporte para concretizar este trabalho.

À professora Janaína Fortes, grande incentivadora de nossa pesquisa.

À Universidade Estadual do Piauí, que oportunizou nossa formação profissional, e em meio às inúmeras dificuldades sofridas, nos fez sermos cada vez mais batalhadoras e desejar ainda mais essa conquista, bem como nossos queridos professores.

Aos estágios que realizamos, pela experiência única de aprendizado de vida e trabalho.

E por fim, não menos importante, tecemos agradecimentos recíprocos, pois nossa amizade construída há mais de uma década, enriqueceu nossa passagem pela Universidade e culminou na construção deste estudo conjunto.

Muito obrigada!

*Aquele que luta contra os monstros
deve vigiar para não se tornar um deles. Ora,
quando teu olhar se fixa por muito tempo no
fundo de um abismo, o próprio abismo penetra
em ti.*

Friedrich Nietzsche.

RESUMO

Ante a evidente desigualdade social vivenciada no Brasil, nasce ao Estado um dever reparatório aos indivíduos que tiveram o gozo de direitos e garantias negligenciados, que devido à situação vulnerável que estão inseridos, violam a norma penal. O presente estudo objetivou compreender a abordagem doutrinária acerca do princípio da coculpabilidade do estado infrator e sua factibilidade no direito brasileiro. Especificamente, buscou-se conceber a evolução histórica de conceitos atinentes ao princípio discutido, como a culpabilidade, responsabilidade civil, igualdade e as teorias a eles conexos; refletir sobre os conteúdos que alicerçam a coculpabilidade, bem como o princípio em si, seus marcos históricos e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, analisando se o direito brasileiro se encontra pronto para sua recepção; além de trazer alguns julgados dos tribunais pátrios. Para tal, utilizou-se como linha metodológica a pesquisa bibliográfica de livros, dissertações, teses e artigos. Este trabalho organiza-se em quatro capítulos teóricos que abordam a culpabilidade, os substratos do princípio em questão, a construção doutrinária do princípio da coculpabilidade, teorias correlatas e o cabimento do mesmo no país. Por fim, neste estudo, buscou-se acentuar a importância do tema, que mesmo já devesse ser discutido na doutrina, ainda se encontra bastante atual, haja vista a disparidade social e a necessidade de se buscar possíveis soluções para enfrentar, em alguns pontos, a problemática da criminalidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Coculpabilidade. Igualdade Material. Individualização da pena. Responsabilidade Civil. Coculpabilidade às Avessas. Etiquetamento Social.

ABSTRACT

Faced with the evident social inequality experienced in Brazil, the State is given a reparatory duty to individuals who have the rights and guarantees neglected that, due to the vulnerable situation they are in, they violate the penal norm. The present study aimed to understand the doctrinal approach about the coculpability principle of the offending state and its feasibility in Brazilian law. Specifically, we sought to conceive the historical evolution of concepts related to the principle discussed, such as guilt, civil liability, equality and related theories; to reflect the contents that underpin coculpability, as well as the principle itself, its historical milestones and its applicability in the legal system, analyzing if the Brazilian law is ready for its reception; in addition to bringing some of the judges of the country courts. For this, the bibliographic research of books, dissertations, theses and articles was used as a methodological line. This work is organized in four theoretical chapters that address the culpability, the substrata of the principle in question, the doctrinal construction of the principle of coculpability related theories and the country's appropriateness. Finally, in this study, we sought to emphasize the importance of the subject, which has already been discussed in the doctrine, is still very current, given the social disparity and the need to seek viable solutions to face, in some points, the problem of Brazilian crime.

KEYWORDS: Coculpability. Material Equality. Individualization of punishment. Civil responsibility. Labelling Approach.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS	11
1.1 Teoria Psicológica – Sistema Clássico.....	12
1.2 Teoria Normativa – Sistema Neoclássico.....	13
1.3 Teoria da Ação Final – Sistema Finalista	14
1.4 Princípio da Culpabilidade	15
1.4.1 A culpabilidade pela conduta de vida e o direito penal do autor.....	18
1.4.2 O livre-arbítrio e o determinismo como fundamentos da culpabilidade.....	19
1.4.3 A análise da imputabilidade como determinante da culpabilidade para a responsabilização do sujeito infrator	20
2 SUSTENTÁCULOS DE COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.	22
2.1 A responsabilidade civil do estado e seus desdobramentos no direito brasileiro	22
2.2 Os conceitos de igualdade formal e material para caracterização do princípio da coculpabilidade	25
2.2.1 A individualização da pena como transcendência da igualdade material.....	27
3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SEU SUBSTRATO TEÓRICO	311
3.1 O plano de Legislação Criminal e sua influência para a teoria da Coculpabilidade	311
3.2 O princípio da coculpabilidade: embasamento doutrinário	333
3.3 Da gênese do princípio da coculpabilidade à culpabilidade pela vulnerabilidade.....	35
3.4 A coculpabilidade às avessas.....	37
3.5 <i>Labeling Approach</i> - A teoria do Etiquetamento Social	399
4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	422
4.1 Possibilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade.....	422
4.2 Julgados dos Tribunais Superiores e demais órgãos colegiados brasileiros sobre o Princípio Da Coculpabilidade.....	466
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	533

INTRODUÇÃO

A pretensão punitiva estatal, tal qual definimos hoje em nosso ordenamento jurídico, é voltada para a consecução da prevenção, punição e ressocialização do infrator, funções estas que são notoriamente conhecidas como falhas pela sociedade, pelo que podemos aferir da crítica situação do sistema penitenciário pátrio, que tem, precipuamente, contribuído com suas mazelas para a segregação do indivíduo durante o cumprimento da pena e no retorno ao convívio social.

O que se tem verificado no direito penal é a função da sanção legal como espécie de controle social das massas, de forma que a abstenção do Estado em encontrar e efetivar soluções para os problemas sociais, acaba por atribuir ao direito penal o poder de dominação das classes mais favorecidas em detrimento das classes marginalizadas socialmente, reafirmando a segregação das mesmas.

Os direitos sociais, elencados no capítulo II, artigo 6º da Constituição Federal são classificados pela doutrina como direitos fundamentais de segunda dimensão, posto que são prestações positivas do Estado para com os cidadãos, e devem possuir a maior efetividade possível tendo em busca a consecução do Estado Social. Não obstante o referido propósito constitucional, um país onde as desigualdades de cunho social, político e econômico são evidentes, essencialmente em virtude da deficiência do Estado em proporcionar igualdade de condições a todos os cidadãos, faz surgir a polarização da imputação da autoria de certos tipos penais à camada da população marginalizada, que não teve as mesmas oportunidades e gozo das garantias dos direitos fundamentais e básicos do ser humano, dentre eles a educação, saúde, lazer, segurança.

Sob a ótica da dignidade da pessoa humana, princípio basilar e norteador da Constituição Federal de 1988, o *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito deve se pautar nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade no momento da aplicação da pena, e deve-se garantir ao indivíduo que é submetido à tutela do Estado os direitos existenciais mínimos, respeitando os princípios do devido processo legal e da individualização da pena.

Nesse diapasão, destaca-se a teoria da coculpabilidade, introduzida no universo jurídico pelo jurista argentino Raul Zaffaroni, inspirado nos estudos desenvolvidos pelo cientista político francês Jean Paul Marat, responsável pela elaboração do Plano de Legislação Criminal, editado no auge da Revolução Francesa. Zaffaroni destaca a culpabilidade do Estado pela ocorrência de certos delitos na sociedade e tece críticas à punição aplicada a

sujeitos inseridos em realidades sociais distintas, em detrimento da igualdade material, o que evidentemente culminaria no desrespeito ao princípio da isonomia.

A situação de segregação e marginalização pela qual esses infratores são submetidos, diante da falha do Estado em prover o tratamento dos iguais igualmente e dos desiguais na medida de suas desigualdades, seguindo apenas a igualdade formal, se manifesta como subsídio para a prática de crimes, interferindo na capacidade de autodeterminação dos mesmos. Nesse sentido, para que fosse possível estabelecer juízos paritários de reprovabilidade do indivíduo pelo delito seria necessária a análise do autor socialmente inserido, aferindo se houve, por parte do Estado, a satisfação mínima de seus direitos fundamentais (direitos sociais, econômicos e culturais).

Por conseguinte, com base na teoria de Zaffaroni, ao se constatar a culpabilidade do réu o julgador deve considerar as circunstâncias sociais nas quais aquele está inserido, não apenas na análise da primeira fase da dosimetria da pena, mas averiguando-se também, no caso concreto, a magnitude da responsabilidade que recai sobre o Estado em relação aos motivos determinantes da conduta ilícita, a fim de que se possa interferir na pena aplicada, no sentido de limitar o poder punitivo do Estado.

Apesar de não estar expresso na Constituição Federal de 1988, o princípio da coculpabilidade vem sendo considerado no entendimento dos tribunais de segunda instância do país, mormente como tese de defesa do réu, embora a jurisprudência dos Tribunais Superiores tenham optado pela sua não aplicabilidade na maioria dos casos, conforme poderemos posteriormente constatar no presente estudo.

Partindo dessas premissas, a presente pesquisa busca compreender as bases para a criação e melhoramento do princípio, como também a abordagem atual do Direito de forma una, a fim de estudar os subsídios oferecidos no ordenamento jurídico, para consolidar o propósito deste, ao passo que pretende demonstrar sua viabilidade no Direito Penal brasileiro.

Para atingir os objetivos propostos, este trabalho será estruturado em quatro capítulos teóricos, que tratarão, primeiramente da culpabilidade, o desenvolvimento de seu conceito e as teorias que a cinge, indo de seus aspectos históricos às perspectivas atuais, além de dissertar sobre temas correlatos, como direito penal do autor e do fato, livre-arbítrio e determinismo, e imputabilidade.

Após, serão abordados alguns pilares para a concepção do princípio em apreço, como a noção de responsabilidade do Estado, além de princípios constitucionais que embasam o senso do tema. Por fim, será explanado o princípio em si, munido de sua trajetória, perpassando pelo Plano de Legislação Criminal, culpabilidade pela vulnerabilidade e

culpabilidade às avessas, e a teoria do etiquetamento social, bem como jurisprudências dos tribunais pátrios.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS

Para que se possa compreender a teoria da coculpabilidade, faz-se necessária uma abordagem pormenorizada sobre a definição de culpabilidade e a evolução histórica de seu conceito, que é resultado de uma abastada evolução doutrinária, encontrando preceitos desde as ideias de Aristóteles, através da explanação das teorias que buscaram não só o seu aperfeiçoamento, mas também determinar a natureza jurídica deste instituto, até o momento. É considerada como elemento do conceito analítico de crime, qual seja a posição adotada pelo Código Penal brasileiro atual.

Entende-se culpabilidade pela reprovação pessoal derivada da conduta humana considerada ilícita. Diante da característica pessoal a ser analisada para a configuração do conceito analítico de crime, encontra-se certa dificuldade na doutrina e jurisprudência para conceituar e definir os limites deste instituto, já que diferentemente da tipicidade e da ilicitude, se trata de um juízo de valor sobre o autor, e não sobre o fato, como se denota dos primeiros elementos do conceito estratificado de crime, além de representar uma carga mais principiológica a ser estudada.

Têm-se como elementos da culpabilidade na teoria normativa pura, adotada hodiernamente, a imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A figura da culpabilidade destaca-se no estudo da teoria da pena sob três aspectos importantes: fundamento da sanção penal, limite da punição Estatal e como fator de mensuração da pena.

Quanto ao fator de mensuração, o juízo de reprovação ou culpabilidade, interfere diretamente na aplicação e fixação da pena a ser aplicada no caso concreto, de certo modo que visa submeter o apenado à sanção mais adequada a sua conduta, promovendo-se o equilíbrio entre a reprovação penal e o ato delituoso.

Como reflexo do princípio da individualização da pena, a culpabilidade também é considerada como circunstância judicial, no artigo 59, do Código Penal, ou seja, na primeira

fase da dosimetria da pena. Nesta fase, o juiz deverá levar em conta o grau de reprovabilidade da conduta ou aquilo que se entende por posição do agente frente ao bem jurídico ofendido.

As teorias que tentaram explicar a culpabilidade sofreram aprimoramentos que com o passar dos tempos uniformizaram o entendimento quanto a sua função, em relação à pena e à natureza jurídica, vejamos a seguir.

1.1 Teoria Psicológica – Sistema Clássico

Com a superação da responsabilidade objetiva do Estado, presente no Direito Penal da Antiguidade, em que bastava a associação de uma ação delituosa a um determinado indivíduo para surgir o direito de punir, a sua evolução para a responsabilização subjetiva, surge no âmbito do direito penal, a valoração de aspectos subjetivos do ser humano para a apuração da responsabilização penal do delito.

Tendo como seus principais defensores Franz von Liszt e Ernst von Beling, com base na teoria psicológica ou causal-naturalista, a culpabilidade apresenta como seus elementos constitutivos o dolo e a culpa, representando a motivação pessoal-comportamental do indivíduo, que levou ao cometimento de determinada conduta ilícita. Destarte, dolo e culpa seriam mais que elementos, mas espécies de culpabilidade. A fundamentação principal é o vínculo subjetivo entre o autor do crime e o fato, a vontade meramente subjetiva que se exteriorizou para o cometimento da conduta ilícita.

Segundo os autores, a visão analítica do delito se manifesta por meio de dois aspectos, externo e interno. O primeiro compreendia a ação típica e antijurídica, a característica objetiva que descreve a ação tipificada como ilegal; o aspecto interno refere-se à característica subjetiva do crime, a culpabilidade em si, considerada o vínculo psicológico que unia o autor ao fato. Zaffaroni (2011, p. 523), ao tratar sobre a teoria psicológica, diz:

A culpabilidade, entendida como relação psíquica, dá lugar à chamada "teoria psicológica da culpabilidade". Dentro deste conceito, a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação.

Entretanto, a falibilidade da teoria psicológica consistia na impossibilidade de se justificar, no caso concreto, os crimes culposos, visto que nestas hipóteses não se pode afirmar a existência de um vínculo psicológico entre o sujeito e a conduta, já que o resultado do ilícito penal não foi desejado pelo indivíduo. Assim, denota-se a não aplicabilidade da teoria quanto

às condutas acobertas pela omissão e pela culpa inconsciente, visto o rompimento do liame subjetivo entre a conduta e o agente.

Outro problema desta teoria consistia em não se poder justificar as condutas dos inimputáveis, posto que, apesar da existência do liame psicológico entre o resultado e ação do agente, os mesmos não poderiam ser penalizados em virtude da ausência da imputabilidade. Nesse sentido, preleciona Zaffaroni (2011, p. 523):

Por outro lado, este conceito de culpabilidade enfrenta um sério problema: o doente mental, por exemplo, age com uma relação psicológica, de modo que não se poderia negar a existência do delito em sua conduta. Alguns tentam contornar este inconveniente, afirmando que a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade, o que, evidentemente, não é correto, porque o mais frequente será que o doente mental aja com capacidade para uma relação psicológica, isto é, para o dolo. Outros, em franca minoria, são mais coerentes quanto ao sistema que defendem e afirmam que a inimputabilidade é uma simples causa de exclusão da pena, mas não do delito.

É interessante observar que essa teoria denomina culpabilidade àquilo que nós consideramos aspecto subjetivo do tipo, desaparecendo da teoria do crime toda a dimensão normativa, no que diz respeito à reprovação ao autor. Para esta teoria, não era necessário assentar seus fundamentos numa concepção antropológica, mas sim sob um aspecto determinista e desconsiderando-se todo o caráter de autodeterminação do indivíduo, com claros aspectos de filosofia positivista sociológica.

1.2 Teoria Normativa – Sistema Neoclássico

Como forma de preencher as lacunas da teoria clássica, a teoria normativa, que teve como principal expoente Reinhard von Frank, com aperfeiçoamentos de Goldschmidt e Freudenthal, preconiza que a culpabilidade, inspirada na metodologia neokantista, passou a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, baseando-se em elementos psiconormativos, e não apenas o caráter meramente subjetivo da superada teoria psicológica. Desta forma, para que pudesse ser imputado ao agente a penalidade pelo fato ilícito, não bastava apenas a presença dos elementos subjetivos de culpa e dolo, mas também que, diante do caso concreto, fosse possível a exigibilidade de comportamento diverso ao pretendido.

Nesse sentido, aduzem Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2002, p. 39):

O modelo proposto por Welzel estrutura a culpabilidade na hipótese de que o sujeito optou pela violação da norma, ou seja, o autor é reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito. A base interna do poder do autor é a capacidade atribuída de livre decisão...A culpabilidade prescindiria, portanto, da possibilidade de escolha (volição) entre condutas previamente cognoscíveis

(representadas). O catedrático de Bonn explicita o modelo sustentando: Se o conhecimento deve ser possível, o sujeito cognoscente não pode ser simplesmente sujeito de seus impulsos, mas deve ter a capacidade de compreender o impulso do conhecimento como tarefa plena de sentido, que deve ser sustentada frente aos impulsos contrários, isto é, de assumir a responsabilidade pelo ato de conhecimento.

Preceitua Cezar Roberto Bittencourt que “Frank foi o primeiro a advertir que o aspecto psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser censurável” (2011, p. 960). A culpabilidade é, ao mesmo tempo, um aspecto psicológico e um juízo de reprovação. Seguindo a teoria, Goldschmidt faz a distinção entre norma jurídica, que se refere ao caráter objetivo (o injusto penal), e a norma de dever, de caráter subjetivo e individual, a culpabilidade. Esta seria uma valoração da contrariedade ao dever, analisada sem elementos fáticos.

Segundo Mezger, outro colaborador da teoria psicológica-normativa, a culpabilidade seria o conjunto de todos os elementos de caráter subjetivos presentes, quando da exteriorização da vontade do agente, na ocorrência do injusto penal, expressando-se como o ato jurídico reprovável que exprime a personalidade do indivíduo.

Por conseguinte, a discussão das condutas acobertadas pelas chamadas excludentes de culpabilidade, já poderiam ser analisadas com base nesse novo conceito normativo, mormente, podendo haver dolo sem que haja culpabilidade, quando a conduta de fato existe, mas não é reprovável.

Em suma, os novos elementos que passam a compor o conceito são: a imputabilidade; o vínculo psicológico - dolo ou culpa - que vão assumir as formas essenciais de reprovação e a exigibilidade de conduta diversa, que significa a impossibilidade de se praticar um ato que esteja de acordo com o direito. A exemplo disso, temos o estado de necessidade exculpante, coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

1.3 Teoria da Ação Final – Sistema Finalista

Possuindo como principal substrato a obra “Causalidade e ação”, de Hans Welzel, a teoria finalista ou teoria normativa pura, como também é chamada, surgiu como aperfeiçoamento das teorias anteriores da culpabilidade. Todos os aspectos subjetivos que eram atrelados à noção de culpabilidade foram separados, delineando o novo conceito normativo.

Segundo a precisa lição de Bittencourt (2011, p. 975),

As consequências da teoria finalista da para a culpabilidade são inúmeras: com a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos, o dolo e a culpa não mais considerados como espécies (teoria psicológica) ou elementos da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas como integrantes da ação e do injusto penal.

O dolo e a culpa deixaram de ser analisados na esfera da culpabilidade, e passaram a compor o tipo. Para Roxin (2008, p.69-70 apud Welzel, 1969):

A culpabilidade, enquanto "reprovabilidade", deveria ser puramente normativa, mera valoração, cujo objeto seria o injusto. Assim se manifesta Welzel a respeito de sua concepção: "Excluíram-se do conceito de culpabilidade os diversos elementos subjetivos psíquicos; nele se manteve unicamente o critério da reprovabilidade".

A análise da culpabilidade passou para o terceiro estágio do conceito de crime, passando a ser averiguada depois dos elementos do fato típico e da ilicitude. Sendo positivos o enquadramento da conduta a estes dois aspectos, é que poderia ser analisada a reprovabilidade da ação. É importante frisar que a principal diferença entre a teoria finalista e a teoria normativa neokantiana reside em que dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, ao passo que no finalismo, passam a ser elementos não da culpabilidade, mas do injusto penal.

Denota-se a evolução de um dolo puramente normativo, como na primitiva concepção da teoria mista, para um dolo essencialmente natural, visualizado como característica da tipicidade. A extração do dolo e da culpa do conceito de culpabilidade, deu embasamento para a teoria normativa pura, visto que a culpabilidade é composta apenas pelos seus próprios elementos normativos, tal qual como é conhecida hoje: a potencial consciência da ilicitude (extraída do dolo), a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa.

É a teoria mais aceita, hodiernamente, visto que a culpabilidade integra o conceito analítico de crime (injusto típico culpável) sendo estudada após a análise do fato típico e da ilicitude, ou seja, após averiguar-se que o agente praticou um delito. Ao inferir que o fato praticado é típico e ilícito, direciona-se o foco para a possibilidade ou não da censurabilidade sobre o fato praticado.

1.4 Princípio da Culpabilidade

Com base nas teorias sobre a culpabilidade já explanadas, resta notório que a evolução para a análise do aspecto subjetivo trouxe importantes implicações para a formulação da teoria do delito, à medida que a nova noção de culpabilidade contribuiu para a consolidação

de um direito penal mais voltado para a observância da exteriorização de fatores individuais que levam à reprovação penal, almejando a aplicação mais justa e adequada da pena, com afincos nos direitos e garantias individuais.

Além de integrar o conceito analítico de crime, a culpabilidade também é um princípio adotado pela Constituição Federal e diploma penal pátrios. Diante disso, a culpabilidade é considerada o mais importante dos elementos do conceito de delito, pois tem a função de atenuar a sanção penal no caso concreto, e até mesmo afastá-la, já que *nullum crimen sine culpa* - não há crime se não houver culpa.

Toda a análise quanto aos critérios subjetivos que caracterizam a culpabilidade, tem como consequência o seguimento de duas vertentes, que irão embasar a aplicação da sanção penal, corroborando, assim, o Estado Democrático de Direito e as garantias individuais almejados: a responsabilidade subjetiva do indivíduo, analisando-se no caso concreto a capacidade de autodeterminação, e a individualização da pena, buscando-se a forma mais justa e adequada para a punição do infrator, conforme se destaca no critério trifásico adotado Código Penal, mais precisamente as circunstâncias de seu artigo 59.

Segundo a doutrina e jurisprudência, a culpabilidade se perfaz com base em três sentidos-fundamentos: elemento do conceito analítico de crime, juízo de valor e conceito contrário à responsabilidade objetiva.

No primeiro sentido da culpabilidade, é levada em conta sua característica de elementar do conceito de crime que, segundo Welzel, é analisada após a aferição no caso concreto de que a conduta é primeiramente típica e ilícita, para ao final ser averiguada se culpável, e conseqüentemente, se é possível a valoração para se admitir a censurabilidade ou reprovação do fato. Em consonância, comenta Roxin apud Greco (2015, p. 140), que o “injusto penal como conduta típica e antijurídica não é em si punível; a qualificação como injusto expressa tão somente que o fato realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não o autoriza a concluir que aquele deva responder pessoalmente por isso, pois que esta questão deva ser decidida em um terceiro nível de valoração: a culpabilidade.”

Devem estar presentes os elementos dogmáticos da culpabilidade - imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta - que deverão ser oportunamente valorados para, conforme caso concreto, atribuir positiva ou negativamente à prática do crime.

A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação da pena. Uma vez afirmada a existência do ilícito penal, constituído pelos três elementos retrocitados, a culpabilidade é sopesada para atribuir o grau de punição do agente, por meio da

análise pormenorizada dos elementos subjetivos que influenciaram a exteriorização da conduta.

No segundo sentido, a culpabilidade apresenta-se como um princípio regulador da pena. Após constatar-se que o sujeito de fato praticou conduta tipificada, antijurídica e culpável, resta averiguar o nível de culpabilidade do mesmo, e a sanção necessária e adequada à reprovação do injusto penal. Nesse caso, para atingir tal propósito, a exemplo da nossa legislação, deve o juiz utilizar-se dos critérios estabelecidos pelo artigo 68 do Código Penal, por meio da dosimetria da pena, e realizar primeiramente a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do mesmo diploma legal, onde temos como primeira circunstância a culpabilidade, assim transcrito:

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

Desta forma, deve ser feito juízo de valor da conduta do agente, aplicando a pena em observância aos limites legais, tendo como escopo a devida prevenção, reprovação e ressocialização do indivíduo condenado.

Entretanto, é importante ressaltar que, o ordenamento jurídico adotou a tese da culpabilidade do fato e não a do autor. Esta determina que a punição do agente que cometeu o ilícito se dá em virtude de um juízo de valoração da personalidade do agente, sua predisposição para o cometimento do crime, punindo-o pelo que ele é. Por exemplo, a conduta de um homem que comete lesão corporal contra outrem, e que já é conhecido por seus maus antecedentes e comportamento agressivo, seria mais reprovável que a de um indivíduo que cometesse a mesma ação, porém que tivesse personalidade branda e pacífica.

Quanto à culpabilidade do fato, pune-se o infrator com base na própria ação ilícita e sua capacidade de se determinar de forma diferente à conduta criminosa no caso concreto. Esta é a posição em que se baseia nosso diploma penal.

O terceiro sentido refere-se à impossibilidade de a culpabilidade embasar quaisquer hipóteses de responsabilidade objetiva, como na ultrapassada visão causalista da teoria psicológica, onde a mera existência do vínculo entre a ação e o resultado lesivo ao bem jurídico protegido era o suficiente para a punição do agente. Faz-se necessário, então, que a conduta seja dolosa ou culposa para ensejar alguma responsabilização penal. Zaffaroni e

Pierangeli (2011, p. 458) cita a aplicabilidade desse sentido em nossa legislação aduzindo que:

O princípio segundo o qual nenhum resultado pode ser imputado ao seu autor se não tiver sido causado, no mínimo, por uma conduta culposa é violado pela chamada "responsabilidade objetiva", da qual uma de suas manifestações são os chamados "delitos qualificados pelo resultado". Negamos que em nosso direito penal vigente sobreviva qualquer forma de responsabilidade objetiva.

São exemplos da culpabilidade como não responsabilização penal sem culpa, os artigos 18 e 19 do Código Penal, que normatizam as modalidades de crime doloso e culposo, destacando que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Tal princípio obsta que o agente seja responsabilizado objetivamente, em termos penais, quando por exemplo o resultado advir de caso fortuito ou força maior, visto a ausência da relação de causalidade. Não há que se falar, no Direito Penal baseado em um Estado Democrático, que uma responsabilidade advenha apenas de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo de lesão, para um bem jurídico tutelado.

A "responsabilidade objetiva" é uma das formas de violação do princípio da culpabilidade, que preconiza que não há delito se não houver culpa. Essa espécie de responsabilização não ocorre somente quando se pune uma conduta porque causou determinado resultado, mas também, quando a pena é agravada em razão do mesmo. Ambas as situações ferem o princípio *nullum crimen sine culpa*.

1.4.1 A culpabilidade pela conduta de vida e o direito penal do autor

A lógica aristotélica trabalha a ideia, no campo da ética e da moral, de que quanto mais o homem se desvirtua, mais se envolve em um grau de vício que se torna impossível o mesmo determinar-se livremente. Tal pensamento atrelado ao âmbito da moral, trouxe influências para a elaboração de teorias que discutem a pena do indivíduo com base em sua conduta de vida, ou seja, a possibilidade de uma maior ou menor reprovação da conduta ilícita praticada, levando-se em conta a personalidade e os antecedentes do indivíduo.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 528) entendem que “a culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma *actio inmoral in causa*, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo.”

Podemos falar em uma relação com o direito penal do autor, em que se busca punir o agente justamente com fundamento nas características subjetivas mencionadas, ou seja, sua autonomia moral. Apesar de não ser este o entendimento adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros e também pela legislação brasileira, ainda podemos extrair do nosso arcabouço legal resquícios da culpabilidade do autor, em que o julgador irá se ater à conduta de vida para a dosimetria da pena, a saber, o já citado artigo 59 do Código Penal.

Há na doutrina quem opte pela adoção mista das duas teorias, como Jescheck, ao afirmar que a melhor forma de se valorar a conduta ilícita seria a interpretação conjunta do direito penal do autor e do fato.

1.4.2 O livre-arbítrio e o determinismo como fundamentos da culpabilidade

Como forma de explicar os fundamentos da reprovabilidade da conduta ilícita - e a própria culpabilidade - destaca-se o surgimento de duas correntes: uma oriunda da Escola Clássica, o livre-arbítrio, e outra proveniente da Escola Positiva, que defende o determinismo.

O livre-arbítrio, apontado pela Escola Clássica, opina que o homem é plenamente responsável por suas escolhas, e sua liberdade de se determinar diante de uma certa situação embasa a imputabilidade de uma conduta ilícita cometida. Assim, quando da ocorrência de um crime, somente a deliberação do indivíduo de agir de forma contrária ao direito, se faz suficiente para determinar sua capacidade de responder ao injusto penal e a finalidade da pena, posto que se leva em conta sua responsabilidade moral.

A segunda corrente, baseada no determinismo da Escola Positiva, se posiciona de forma contrária ao pensamento clássico. A contraposição se dá no sentido de que a primeira Escola não se atém às causas que determinaram o comportamento do ser humano. Aduz a teoria determinista que o homem não é dotado de escolha livre na consecução de seus atos, ou seja, o mesmo não possui liberdade de agir conforme sua moralidade, pois os fatores internos ou externos alheios a sua vontade justificariam a opção pelo caminho do delito.

O meio externo, como o ambiente social, no qual o indivíduo está inserido, é que seria causa determinante de seu modo de agir e pensar, corroborando a visão marxista de que o homem é o produto das relações sociais em que está envolvido. Ratificando a visão determinista, expõe Sodré apud Greco (2015, p. 434) que:

(...) admitir-se a existência de uma vontade livre, não determinada por motivos de qualquer ordem, é contestar-se o valor da herança e influência que a educação e o meio físico e social exercem sobre os homens. (...). Ou a herança, o meio, a educação influem poderosamente sobre os indivíduos, formando-lhes o temperamento e o caráter, transmitindo-lhes e dando-lhes idéias e sentimentos que os levarão à prática de atos maus ou bons, conforme a natureza das qualidades morais transmitidas e adquiridas; e, então, a vontade não é livre, mas francamente determinada por esses motivos de ordem biológica, física e social. Ou a vontade é livre, exerce sua ação fora da influência destes fatores, e, neste caso, existe o livre-arbítrio, mas é mister confessar que o poder da herança, do meio e da educação é mera ilusão dos cientistas.

Não obstante a divergência das teorias quanto à fundamentação da culpabilidade - mais precisamente o elemento da imputabilidade, - há que se considerar que ambas as correntes trouxeram preceitos importantes que devem ser considerados para formar o conjunto de critérios observados para a penalização de um indivíduo que infringe uma norma penal.

É necessário ressaltar que pessoas inseridas em um contexto social conturbado, onde as mazelas da educação, segurança, oportunidades de emprego, saúde, dentre outros direitos essenciais ao desenvolvimento humano, são tidos como escassos ou até inexistentes, apresentam maior disposição à prática de delitos, pois muitas vezes consideram o crime como única saída, visto a omissão do Estado em favorecer melhores condições a esses indivíduos e também como reprimenda à outra parcela da população, que disfruta de todos os direitos e garantias fundamentais de forma mais satisfatória. Com base nesse pensamento, iremos desenvolver no presente trabalho a teoria da coculpabilidade, que tem como embasamento a relação entre os aspectos sociais e a criminalidade.

Sem dúvidas, as referidas teorias embasaram os estudos acerca da responsabilização do indivíduo e do Estado, bem como o grau de imputabilidade do homem e a posição estatal e da sociedade diante da ocorrência de delitos, servindo como base teórica do conceito de culpabilidade e da coculpabilidade, que será posteriormente explanado.

1.4.3 A análise da imputabilidade como determinante da culpabilidade para a responsabilização do sujeito infrator

A culpabilidade como parte do conceito estratificado de crime traz notórias discussões na doutrina penal, diante da complexidade da análise do critério subjetivo que a caracteriza. O mesmo ocorre com os elementos que a compõe – a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude.

Para que o indivíduo possa ser penalizado pelo fato típico e antijurídico cometido é necessário que seja imputável. A característica da imputabilidade significa a possibilidade de

se atribuir a determinado agente o injusto penal, observando os critérios subjetivos decisivos para o cometimento do ilícito penal, ou melhor, que se compreenda a ilicitude da ação ou omissão, e que possa agir com liberdade para a prática.

Conforme artigo 26 do Código Penal, no título III, que versa sobre a imputabilidade:

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”.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Entretanto, é perceptível que o legislador tratou por ilustrar hipóteses no caso concreto em que o agente não será responsabilizado, mas não cuidou por especificar o conceito definido de imputabilidade, advindo, então, a intensa discussão doutrinária para delimitar os limites desse instituto e sua valoração para a aplicação da sanção penal.

Sobre esse conceito, preleciona Mir Puig apud Greco (2015, p. 139):

Desde von Liszt, a doutrina absolutamente dominante acolheu o termo “culpabilidade” para exigir a possibilidade de imputação do injusto a seu autor. Pois já faz tempo que se vem levantando vozes contrárias à conveniência desse termo. A expressão “imputação pessoal” tem a vantagem de que deixa mais claro que nesta segunda parte da teoria do delito se trata de atribuir (imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico ao seu autor: não se castiga uma “culpabilidade” do sujeito, senão se exige que o fato penalmente antijurídico, o único que o direito deseja prevenir, seja imputável penalmente ao seu autor.

Portanto, são imputáveis aqueles que têm consciência (da ilicitude do fato) e volição (possibilidade de optar entre praticar ou não o ato). Imputabilidade é a capacidade atribuída a alguém de ser responsabilizado penalmente pela infração penal cometida, enquanto que a inimputabilidade positivada no Código Penal é a ausência dessa capacidade. Esse conceito difere da responsabilidade penal, que é a obrigação do infrator de cumprir a pena atribuída à infração penal que cometeu.

2 SUSTENTÁCULOS DE COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

2.1 A responsabilidade civil do estado e seus desdobramentos no direito brasileiro

Antes de tudo, a fim de estruturar o discernimento do princípio da coculpabilidade ou culpabilidade pela vulnerabilidade, traz-se um estudo da culpabilidade no direito penal e suas teorias, assim como busca a absorção prévia do sistema da reponsabilidade civil do Estado, com o propósito de analisar o funcionamento das indenizações realizadas por este, nos casos de omissão, subsidiando, assim, a ideia de o ente público dividir a culpabilidade com o autor de ilícitos penais, como forma de “reparação de danos” por conta de sua omissão em prestar serviços básicos.

Antes de analisar a responsabilidade civil do Estado, faz-se mister aprofundar na transformação da ideia de responsabilidade, tanto individual como estatal.

Tendo por base a tese de doutorado de Sodré (2017), o início da história da humanidade foi marcado pela vingança privada, onde bastava apenas o nexo causal entre o dano e autor para poder-se exigir o que lhe cabia subjetivamente. Após, com uma certa oficialização da vingança privada, nasce a Lei de Talião (PROPORCIONALIDADE), o Código de Ur-Nammu (2040 antes de Cristo) e o Código de Hamurabi (cerca de 1694 antes de Cristo).

Em uma segunda fase, despontou a ideia de pecúnia, onde se iniciou uma valoração da reparação, no lugar da vingança privada. Já no Direito Romano, fora introduzida a noção de culpa; culminando para a ideia de dolo e culpa, na Idade Moderna. Hoje, encontra-se sedimentada a ideia da vítima e do dano injusto. Pinto apud Sodré (2017, p. 23), define o dano injusto:

O dano injusto é figura central no estudo da responsabilidade civil do Estado atualidade: corresponde à junção da noção de dano com a de antijuridicidade objetiva, sob a ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano a uma situação juridicamente protegida. Note-se que não há maior novidade no seu reconhecimento no contexto da responsabilidade civil do Estado. O que há de novo é a relevância que lhe é atribuída.

Sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, aquela que não decorre de vínculo anterior com o indivíduo indenizado, observa-se, inicialmente, no período absolutista, uma ideia de irresponsabilidade dos atos do rei, haja vista a infalibilidade do monarca, na época.

Em um segundo momento, o Estado tornou-se mais responsável pelos danos gerados, todavia sendo necessária a demonstração dos elementos anímicos - dolo e culpa, cabendo a reparação apenas pelos atos de gestão, e não de império. Conforme Sodré (2017, p. 30) os atos de gestão são aqueles praticados em igualdade de condições para os particulares, sem as prerrogativas dos atos de império, os quais configuravam-se em poder especial.

Aranguren apud Sodré (2017, p.30), cita o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, que “a substituição da teoria do poder divino dos reis por uma relação de confiança entre governante e nação permitiu a responsabilização do Estado por seus atos”.

Sobre a noção de culpa, emanou a teoria da culpa anônima, tendo por base a *faute de service* francesa, que preconizava que bastava a comprovação de que o serviço não funcionou, ou que este funcionou tardiamente ou de forma ineficiente. Mello apud Sodré (2017, p.31) dispõe:

Não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se obrigatório, ou na sua má prestação, ou, então, na sua prestação retardada.

A terceira fase desta crescente, a chamada “publicista”, foi marcada pela responsabilidade objetiva, afastando a perquirição do elemento culpa, a fim de que o Estado arque com os danos que deu causa. Esta fase foi dividida em três momentos: a da culpa administrativa, do acidente administrativo e do risco, integral ou administrativo.

Conforme Sodré (2017, p. 32), “nesta terceira fase, o risco destaca-se em uma sociedade contemporânea, marcada por uma evolução tecnológica, cuja incerteza é ponto fulcral, surgindo princípios como o da prevenção, da precaução e do pagador poluidor, especialmente no direito ambiental”.

No Brasil, a matéria da responsabilidade civil extracontratual teve seu início com o Código Civil de 1916, tendo a teoria objetiva sido adotada na Constituição de 1946, sendo acompanhada pela Constituição de 1967, a Emenda de 1969 e a Constituição de 1988.

No artigo 37, §6º, da Constituição Federal, consta que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”. Assim, a responsabilização do Estado pelos danos é

objetiva, e adota a teoria do risco administrativo, em oposição à teoria do risco integral que considera o Estado como garantidor universal.

A teoria do risco administrativo, conforme Carvalho (2015, p. 333) faz surgir a obrigação econômica do Estado “pelo simples fato de assumir o risco de exercer tal atividade, independentemente da má prestação do serviço ou da culpa do agente público faltoso”.

A doutrina pátria é uníssona em adotar a teoria objetiva para as condutas comissivas do Estado, todavia, o mesmo não ocorre nas condutas omissivas. A doutrina majoritária entende que, nos casos que configuraram uma ausência da atuação estatal, a reparação deve estar atrelada ao elemento subjetivo.

Carvalho (2015, p. 335) comentando sobre o tema, leciona que “[...] são elementos definidores da responsabilidade do Estado em casos de omissão de seus agentes: o comportamento omissivo do Estado, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do serviço público.”

Para Di Pietro (2016, p. 801):

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar.

Corroborando este pensamento, Sodré (2017, p. 18) pontua:

No Brasil, tem-se uma certeza quanto à objetividade da responsabilidade estatal ao se tratar de danos gerados por condutas positivas; quanto às omissivas, tem-se uma miscelânea de ideias e fundamentos, especialmente na jurisprudência, onde a própria forma de redação de votos ou decisões confundem qual a fonte de atribuição da responsabilidade, se objetiva, ou subjetiva.

Não obstante as efervescentes discussões doutrinárias sobre a teoria utilizada em casos de omissão do poder estatal, é inegável que o Estado, na qualidade de assegurador de direitos sociais, individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, conforme exemplifica o preâmbulo da Constituição Federal, quando não arca minimamente com estas garantias, prejudica parcela da sociedade que as teve negadas.

Ao passo que a situação de vulnerabilidade que o Estado relegou ao indivíduo pode propiciar, em muitos casos, o cometimento de ilícitos. Seria postura conforme, em relação aos ditames do nosso ordenamento jurídico, tendo em conta a responsabilidade Estatal, como aqui explanado, a assunção da causa compartilhada destes. Assim, cabe aos magistrados, como

braço deste mesmo Estado, reconhecer o nexa causal entre a conduta omissiva do Estado e o dano sofrido pelo indivíduo e efetivar a atribuição ao Poder Público de seu dever reparatório.

2.2 Os conceitos de igualdade formal e material para caracterização do princípio da coculpabilidade

Com outro viés, para compreensão da formação e aprimoramento do princípio da coculpabilidade aplicado ao direito penal, faz-se necessário traçar a correlação do mesmo com outros princípios de cunho penal, processual penal, bem como constitucional, que por demasiado assentaram a base do princípio da coculpabilidade bem como sua teoria. Dentre eles, o princípio da igualdade ou isonomia, expressamente adotado por nossa Lei Maior. É pacífico que a aplicabilidade desse princípio constitucional deve ser voltada à concretização de direitos e, na seara criminal, deve ter consequências na individualização da pena, também princípio expresso em nosso texto constitucional.

Como é sabido, o Estado deve garantir ao seu povo a igualdade formal, exteriorizada por meio da aplicação da lei a todos, indistintamente, conforme se aduz da Constituição Federal, em seu artigo 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 (...)”. Para garantir que não haja tal distinção entre os cidadãos, as políticas públicas e a legislação devem suprir as lacunas que impedem a consecução dos direitos de todos.

Deve-se levar em conta que o ordenamento jurídico brasileiro busca, à luz da igualdade formal, a consecução da igualdade substancial, que importa no tratamento dos iguais da mesma forma, e os desiguais na medida de suas desigualdades, conforme defende Rui Barbosa¹. A demonstração dessa norma constitucional no plano prático pode ser observada, por exemplo, na seara dos direitos sociais, na promoção das ações afirmativas adotadas na área da educação, por meio do sistema de cotas raciais, bem como nas cotas criadas com base em critérios de renda, que possuem como objetivo impelir a igualdade de acesso e oportunidade a todas as pessoas.

¹ Jurista brasileiro do século XIX, autor de várias obras no mundo jurídico, membro fundador da Academia Brasileira de Letras. Em sua obra “Oração aos Moços” tece importante reflexão acerca da noção de igualdade, aduzindo que “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”

No entanto, a concretização da igualdade material também deve se manifestar no âmbito do direito penal, já que se trata de uma norma constitucional, e como tal, deve alicerçar todas as demais normas jurídicas. Destarte, o Estado também deve garantir aos indivíduos submetidos às sanções penais que as penas sejam aplicadas em respeito ao princípio da igualdade material. Nesse sentido, alude Salo de Carvalho, mencionando Zaffaroni, que (2002, p. 70):

Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.

O grau de subjetividade da aplicação da sanção legal ganha destaque, visto que cada ser humano está inserido em uma realidade diferente. Desta forma, considerando a individualização e a aplicação da pena, o magistrado não poderia avaliar a conduta e quantificar a pena de forma isonômica em relação a indivíduos que pertençam a níveis de estrutura socioeconômica diversos, pois tal julgamento violaria o princípio da igualdade. Esta interpretação legal se faz ainda mais necessária em países onde as desigualdades sociais são manifestas, contribuindo para a segregação dos indivíduos privados das necessidades básicas de vida.

A falha estatal em proporcionar condições de vida dignas a todos os cidadãos não impede a ação do Poder Judiciário no sentido de aplicar a lei em observância às condições sociais que os diferenciam. Se o Estado não obteve êxito em promover igualdade de condições, a despeito das normas institutivas e programáticas constitucionais - a fim de que os indivíduos tivessem uma livre escolha - cabe ao Poder Judiciário no momento de aplicar o juízo de reprovabilidade de suas condutas, conceder-lhes um menor grau de culpabilidade.

Pelo princípio da isonomia, sob a égide do Estado Democrático de Direito, se deve tratar os desiguais na medida em que se desigualam, e o referido tratamento deve ser o princípio base para uma justa individualização da pena e, desta maneira, o fundamento de aplicação do princípio da coculpabilidade, que reconhece a desigualdade entre os indivíduos como motivo de sua aplicação. Nesse sentido, temos que Moreira apud Netto e Oliveira, (2009)²:

Os Estados imbuídos do ideário democrático consagram em suas Constituições a igualdade de todos perante a lei, a que a doutrina teve por bem denominar igualdade

² Artigo disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/viewFile/101/50>>

formal. Todavia, há muito se aponta para a insuficiência de se considerar o postulado da igualdade numa perspectiva meramente formal. Isto porque a noção de igualdade pressupõe a constatação das diferenças. E, tratar igual o que em essência é diverso, na verdade, é tratar diferente.

Desta feita, essa igualdade real está ligada à formação da ideia de coculpabilidade, servindo de princípio base para a formulação da teoria, tendo em vista que o cidadão socialmente desfavorecido deve ter sua conduta valorada de forma diferente do juízo de reprovação atribuído à conduta daquele que sempre teve um “status” social privilegiado, e em decorrência do mesmo teve acesso às benesses da condição humana, tais quais educação e saúde dignas, dentre outras prestações positivas do Estado negados às camadas sociais inferiores. Zaffaroni preleciona que (2011, p. 715):

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

Corroborando o entendimento do jurista retrocitado, não se pode considerar, sob a ótica das garantias e liberdades individuais e os direitos humanos, que o crime é um fato social isolado na capacidade e discricionariedade de ação do indivíduo. O delito é, na verdade, fruto do comportamento do sujeito situado em seu contexto social. Portanto, deve-se entender o agente como pessoa individual e como indivíduo inserido em determinada realidade social.

Assim, se não forem proporcionadas ao indivíduo oportunidades sociais e a possibilidade de usufruir dos direitos mínimos de dignidade com seus semelhantes, resta prejudicada, por consequência, sua capacidade de autodeterminação e de agir conforme os ditames legais, devendo interferir tais aspectos no grau do juízo de reprovação individual, de modo a amenizá-lo. Existiria, portanto, uma *mea culpa* da sociedade, visto que esta não tratou de conferir ao indivíduo os meios básicos imprescindíveis para seu desvio do mundo do crime.

2.2.1 A individualização da pena como transcendência da igualdade material

É notório que a partir do movimento iluminista, o Direito Penal, na maior parte dos países democráticos, adotou uma postura menos rígida e cruel em relação ao próprio direito material e aplicação da pena, se comparado ao Estado Absolutista. A base principiológica foi alterada no sentido de incorporar aos ordenamentos jurídicos, normas que refletissem os ideais de igualdade e liberdade, de forma a assegurar os direitos humanos e a limitar a atuação estatal.

Como consequência da concretização da igualdade material no âmbito do direito penal destaca-se o princípio da individualização da pena. O referido princípio também é considerado um direito fundamental, insculpido no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, em sua literalidade:

- XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos.

No enfoque da lógica garantista, em observância à isonomia preconizada por nossa Constituição Federal, não há como se fazer o juízo de reprovação das condutas ilícitas de forma igual para todos, sem levar em conta a subjetividade atrelada a cada sujeito infrator. Preza-se pela não padronização da sanção penal, visto que o Estado-juiz não pode aplicar a mesma pena a todo e qualquer infrator com base apenas na tipificação do delito, mas sim considerando as circunstâncias de caráter subjetivo que o difere em cada caso concreto.

Assim, quando da ocorrência do fato típico, ilícito e culpável atribuído a um sujeito determinado, deve se fazer a individualização da pena a ser aplicada, para que o tratamento a ser dado se baseie na observância das peculiaridades do infrator.

De acordo com o conceito de delito, elaborado segundo o funcionalismo teleológico³ de Roxin, a individualização da pena, levando em conta as peculiaridades do indivíduo, ganha ainda maior relevância, considerando que, caso o julgador conclua pela não aplicabilidade da sanção penal, esta sequer deve ser imposta.

Dáí aduz-se que, em razão da inadimplência do Estado em reduzir as desigualdades sociais e regionais conforme preconiza a Carta Maior, deve-se atribuir uma menor

³ Sistema penal que ganhou destaque desde aproximadamente o ano de 1970, abordado pelo jurista Claus Roxin, o qual aduz que (ROXIN apud GRECO, 2015, p. 34) “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”.

responsabilização ao autor de um delito que não tenha tido acesso, em igualdade de condições, à educação, moradia, saúde, segurança, e outros direitos fundamentais, em relação a outro que, apesar de ter tido acesso a todos esses direitos, comete um crime.

Portanto, a verdadeira concretização do princípio da individualização da pena só se realiza quando se leva em consideração não apenas o fato ilícito levado à cabo pelo sujeito infrator, mas também o próprio agente que realizou a conduta criminosa. Não se pode olvidar os aspectos sociais, fatores estes que terminam por influenciar na determinação da vontade do autor do delito. Desta forma, para que a pena seja a mais “justa” possível, individualizada, a análise da coculpabilidade do Estado em cada situação fática é necessária e imprescindível.

Conforme afirma Salo de Carvalho, (2002, p. 83):

É que, ao estabelecer interessante e imprescindível mecanismo de igualização material dos sujeitos em sede de individualização judicial da pena, chegando inclusive, em alguns casos, a operar como causa de exclusão da culpabilidade, o discurso da co-culpabilidade não deixou de incorrer em um certo "determinismo economicista" incursão comum, não necessária, dos teóricos da criminologia crítica nas décadas 60 e 70.

Segundo o próprio diploma penal, em seu artigo 59, a pena aplicada deve ser o suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, o princípio da individualização da pena deve ser observado em todas as fases da dosimetria, quais sejam, a cominação, aplicação e execução.

Aduz Nucci (2014, p. 65), que “o processo de aplicação da pena depende da discricionariedade judicial, embora devidamente fundamentada, permitindo a apreciação dos vários elementos colocados à disposição pela lei ordinária, no intuito de tornar específica e detalhada a individualização da pena”. É importante ressaltar que o princípio da individualização da pena também deve se manifestar no momento da execução da pena aplicada ao condenado.

Preleciona Mirabete, apud Greco (2015, p. 120) analisando a situação, que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente e ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem

destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

É necessário, pois, que se proceda a individualização da sanção penal em relação a cada indivíduo no caso concreto, optando essencialmente pela aplicação do referido princípio não apenas na quantidade de pena imposta, mas também no que concerne a sua execução, e sobretudo, em observância à redução no grau de responsabilização que se deve aplicar com base na teoria da coculpabilidade do Estado, diante das notórias desigualdades sociais que acabam por influenciar na autodeterminação do sujeito e sua capacidade volitiva.

3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SEU SUBSTRATO TEÓRICO

3.1 O plano de Legislação Criminal e sua influência para a teoria da Culpabilidade

Os ideais iluministas e a Revolução Francesa serviram como importante fonte material para a elaboração de uma obra bastante significativa no estudo da política criminal. Elaborado pelo cientista político, médico e filósofo Jean Paul Marat, o Plano de Legislação Criminal (1780)⁴, trouxe uma análise do conceito de crime, da função da sanção penal e outros temas de política criminal tendo como base a realidade social da França à época do movimento.

Em sua obra, Marat destaca a situação daqueles sujeitos envolvidos na criminalidade e a forma de tratamento do Estado Social para com os mesmos. De forma analítica, o autor tece críticas ao Estado no que concerne à omissão em proporcionar condições de reinserção do indivíduo que delinuiu, decorrente da ausência de oportunidades de trabalho, atrelada à discriminação já arraigada no comportamento social. Diante de tal segregação, esses sujeitos infratores se veem cada vez mais afastados e predispostos a infringir leis, ao passo que ficam cada vez mais à margem da sociedade. Corroborando tal pensamento, afirma Marat (2008, p. 79):

Digo em voz alta: em quase todos os países, o próprio governo obriga os pobres a serem criminosos, porque lhes retira os meios de subsistência. E assim é onde e quando falta uma colheita ao lavrador, que se vê arruinado para sempre; se não tem com que pagar os impostos a que está oprimido, lhe arrebatam sem piedade até a palha de sua cama. Desta forma, reduzido à mendicância pelas exações dos cobradores das rendas públicas, indignado pela avareza dos ricos, arrochado por todas as partes e desesperado pelos gritos de seus filhos a lhe pedirem pão, não tem outro recurso que atirar-se sobre o primeiro que passe a virar uma esquina.

Jean Paul Marat ainda comenta a atitude omissa do Poder Público que se utiliza do sistema carcerário como forma de remediar o problema. Em contrapartida, destaca como solução a atuação positiva do Estado no sentido de proporcionar políticas públicas voltadas a ressocialização do apenado como forma de inibir a prática reiterada de delitos e promover uma reeducação do infrator. Dentre essas formas de atuação, o autor cita não apenas o investimento público à criação de oficinas de trabalho para os egressos do sistema prisional, mas também a necessidade de instrução, como uma das principais formas de se buscar a ressocialização do indivíduo.

⁴ Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/270953584/Plano-de-legislacao-criminal>>

Nesse sentido, Marat (2008 o ano, p. 81) assevera:

O seguinte: não tenhais os pobres na ociosidade, ocupai-lhes, colocai-os em condições para que eles mesmos procurem por seu trabalho o que lhes falta; que aprendam um ofício qualquer e dessa maneira se convertam em homens livres. Para isso é necessário que se estabeleçam milhares de oficinas de trabalho públicas para serem recebidos os pobres.

De acordo com a obra de Marat, nota-se que o autor destaca a relação de consequência estabelecida entre a omissão do governo em proporcionar melhores condições de vida aos seus cidadãos e o nível de sujeição dos mesmos à criminalidade. Diante de tal concepção, aferimos uma das principais teses pela qual foi construída a teoria da coculpabilidade, qual seja, a possibilidade de se atribuir uma parcela de responsabilidade à sociedade e ao Estado em razão da conduta omissiva.

Na seguinte passagem de sua obra, ressaltamos o pensamento do jusfilósofo (2008, p. 75):

A sociedade deve assegurar a subsistência, um abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidades e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis.

Alude ainda que (2008, p.89):

De dois homens que hajam cometido o mesmo roubo, aquele que tem apenas o necessário é menos culpável do que aquele que usufrui o supérfluo. De dois perjuros, aquele que desde a infância teve despertados seus sentimentos de honra é mais criminoso que aquele que, abandonado à natureza, nunca recebeu qualquer educação.

Se alguma vez a lei deve ceder, há de ser em favor dos desgraçados, porque neles a virtude germina com dificuldade e não encontra apoio para se sustentar.

Neste momento, nota-se que Marat faz a diferenciação do juízo de reprovabilidade da conduta atribuída a indivíduos inseridos em realidades sociais distintas, referindo que o grau de culpabilidade daquele que comete o crime, mesmo possuindo condições econômicas ou de instrução melhores que outro indivíduo que não os possui, deve ser punido de forma mais severa.

Por conseguinte, no plano de legislação criminal Marat atribui precipuamente à escassez de recursos financeiros – a pobreza em si – como justificativa da criminalidade. Em virtude disso, estudiosos do tema como Raúl Zaffaroni procuraram o aperfeiçoamento do pensamento do cientista político, até a evolução do problema ao que conhecemos hoje como o

princípio da coculpabilidade, com mais ingerência no direito penal, trazendo o conceito da coculpabilidade pela vulnerabilidade, conforme será analisado a diante pelo presente trabalho.

3.2 O princípio da coculpabilidade: embasamento doutrinário

As bases do princípio em comento são profundamente estudadas, notadamente, por Eugénio Raul Zaffaroni, desde o início dos anos 80. Sua crítica traz a ideia de que o Estado, no momento da punição do indivíduo que delinuiu, deve arcar com parcela da culpa atribuída, se por conta dele, tal indivíduo teve sua capacidade de autodeterminação reduzida, ao tempo em que, ao omitir a tutela de direitos e garantias fundamentais, acaba por negar-lhe oportunidades de adquirir bens da vida e fazer escolhas com maior autonomia, quando comparado a alguém que obteve o amparo estatal em determinados seguimentos, especialmente, o econômico e por assim dizer, social.

Zaffaroni (2011, p. 529) ao explanar sobre o princípio, infere:

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

Matte (2008, p. 44), ao citar Zaffaroni, instrui que não se pode formular um juízo de reprovação quando do indivíduo não se pode exigir que atuasse de maneira diversa, quando “seu âmbito de determinação estava tão reduzido pelas circunstâncias objetivas que também a exigibilidade aparecia como sumamente reduzida”.

Pode-se dizer que no momento em que se nega a satisfação de direitos a determinados indivíduos e, após, os pune severamente, o próprio Estado, então apresentado por magistrados, incorre, por que não dizer, em verdadeiro *bis in idem*, instituto este vedado em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Silva (2011, p.02):

(...) princípio da coculpabilidade reconhece, com certo compromisso, as desigualdades sociais inerentes ao modo capitalista de produzir como importantes condicionantes de certos crimes, defendendo meios de se compensar a seletividade do direito penal que incide em maior frequência nos setores sociais marginalizados da sociedade.

Ainda sobre o tema, entre a doutrina brasileira, Santos (2005, p. 265) advoga:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

O grande sociólogo Émile Durkheim estuda profundamente como o social exerce imensa força sobre o indivíduo. Assim, este meio social em que circundou, ou ainda circunda, a vivência do apenado, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, se tal situação teve relação razoável com o agir estatal, ou melhor, pelo não agir.

Zaffaroni apud Carvalho (2002, p. 74) conclui:

Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação do fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas (...). Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou a outros, o infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram.

A perquirição da realidade do indivíduo, o qual recebe a incidência do feixe de luz do direito penal, pode ocorrer em vários momentos do processo criminal. Na análise do juízo de reprovabilidade da conduta do mesmo, deve levar-se em conta a realidade social a qual o réu encontra-se inserido, suas capacidades econômicas, intelectuais e volitivas, a fim de que o direito seja objeto de justiça social.

Carvalho (2002, p. 75), ao dedicar-se em obras sobre o garantismo penal, contribui ao aqui explanado:

Advogamos, ainda, que, a atenuante da co-culpabilidade não pode ficar restrita apenas à situação econômica do imputado, tendo em vista que esta é apenas uma das variáveis que compõem o dever de prestação estatal no Estado Social de Direito. Entendemos que, juntamente com a valoração da situação econômica, devam ser avaliadas também as condições de formação intelectual facultadas ao réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito.

Aos crimes comumente relacionados aos fatores socioeconômicos, motivados pelo desejo a todos inerente, de ter bens da vida, Luiz Flávio Gomes (2008)⁵ comenta, em artigo, das prerrogativas de impunidade que os ricos gozam quando conseguem os bens do desejo fraudulentamente, enquanto os “sujeitos monetários sem dinheiro” (sujeitos que vivem sem

⁵ Artigo disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI49619,41046-Sexo+Poder+Dinheiro+e+Rolex+Renan+Monica+Mendes+Junior+e+Luciano+Huck>.

salário emprego, etc.) se utilizam da violência para consegui-los. Cesare Beccaria (2011, p.23) atento à má distribuição das riquezas que acaba vulnerando grande parte da sociedade, expõe:

As vantagens da sociedade devem ser igualmente repartidas entre todos os seus membros. No entanto, entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza.

Assim, não é tão dispendioso analisar objetivamente o que circunda a motivação de um fato delituoso, se compreender que o grau de vulnerabilidade do agente influencia no cometimento de um delito. Porém, esta não é uma análise sob a ótica do direito penal do autor, todavia, é a real análise do fato e dos motivos a ele inerentes, comumente relacionados à supressão dos direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, quais sejam, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

De igual sorte, Rogério Greco (2015, p. 476) em comentário sobre o princípio, dispõe:

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

O princípio da coculpabilidade, como atenuante das penas, pode ser avaliado pelo judiciário, assim como o mesmo avalia negativamente o sujeito. Desta maneira, entendemos que este princípio possui firmes bases legais, com diversas fontes, como aprofundado no presente trabalho; o qual não é utilizado devido os ideais ainda bastante punitivistas aos quais a justiça se coaduna, que obstaculiza, por muitas vezes, até mesmo a utilização, nos casos concretos, de institutos despenalizadores já bastante solidificados e positivados nos códigos.

3.3 Da gênese do princípio da coculpabilidade à culpabilidade pela vulnerabilidade

Em seu estudo da coculpabilidade, após dissertar sobre os primeiros conceitos de culpabilidade pelo injusto, para a qual importava a prática do delito em si, que se dava por pessoas em estado de pobreza e propensas a delinquir, Zaffaroni tratou de seu aperfeiçoamento, desenvolvendo a culpabilidade pela vulnerabilidade, tendo por base o âmbito de autodeterminação da pessoa.

O princípio, como primordialmente exposto pelo autor, sofreu severas críticas devido à grande carga determinista, a qual atribuía à pobreza uma propensão ao cometimento de crimes. Além disso, carecia de bases materiais passíveis de comprovação para que fosse melhor aceita entre os estudiosos do direito penal.

Além disso, o princípio em sua forma inicial, teve como um dos seus efeitos a “romantização” de certos crimes, onde os sujeitos monetariamente desprovidos e infratores da norma penal são totalmente vítimas da sociedade, como nos crimes contra o patrimônio; enquanto “demonizou” outros, como os relacionados ao poder (contra o sistema financeiro, administração pública e previdência) (CARVALHO, 2002, p.84). Neste meio, foi desenvolvida a culpabilidade pela vulnerabilidade, que sedimentou e amadureceu as ideias consignadas outrora.

Para Zaffaroni (2004): “A culpabilidade penal no estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade”.

Com isso, se propõe uma análise mais detida das situações de risco que um indivíduo se encontra, não apenas critérios socioeconômicos, os quais imperavam nos conceitos iniciais de coculpabilidade.

O autor reconhece tal exposição:

“A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.”

Há diferenças que aqui cabe destacar entre estado de vulnerabilidade e situação de vulnerabilidade. Aquela não determina a infração, já que apenas se manifesta com a ocorrência desta, já a situação de vulnerabilidade é mais específica, sendo verificada após o cometimento do delito, onde sua pena é valorada pelo meio que se encontra. Um indivíduo em situação de vulnerabilidade é mais facilmente encontrado pelos órgãos responsáveis pelo tratamento dos delitos e aplicação de penas.

O autor divide a situação de vulnerabilidade em de posição ou estado de vulnerabilidade, e de esforço pessoal para a vulnerabilidade. O primeiro conceito se relaciona principalmente com o âmbito social, o meio em que a pessoa vive e encontra-se

vulnerável apenas por estar nele, como classe, grupo, estrato social e estereótipos; já o segundo consiste no comportamento individual, quando o indivíduo se vulnera ao ter decidido de forma autônoma por determinada situação de risco.

Assim, quando um indivíduo faz esforço mínimo para cometer crimes e precisaria de grande esforço para não cometê-lo, merece a atenuação de sua pena. Porém, este conceito não poderia servir a quem fez grande esforço para delinquir, haja vista sua situação de vulnerabilidade, pois é vedado agravação da pena quando não prevista em lei.

Ainda, cabe consignar que, a culpabilidade pela vulnerabilidade pretende, ao usar as bases da coculpabilidade, dar maior cobertura à igualdade material, ao passo que atualiza concepções e mantém o modelo garantista - de direito penal mínimo e direito social máximo, como explicita Carvalho (2002, p.88).

Grégore Moura apud Filho e Soares (p.30)⁶ consideram os postulados sinônimos, como explicitado abaixo:

[...] alguns juristas utilizam a expressão culpabilidade pela vulnerabilidade de maneira mais específica. Dizem isso, ao elaborar um conceito de culpabilidade em consonância com a realidade sócio-econômica e adotando, às vezes, uma teoria agnóstica da pena. Denominam a vulnerabilidade como o grau de esforço realizado pelo sujeito para alcançar uma concreta posição diante do poder punitivo. [...] entendemos ser a co-culpabilidade sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, visto que a inadimplência do Estado, ou seja, a co-culpabilidade é o que leva o agente a ser mais vulnerável ao poder punitivo. Além disso, o conceito de culpabilidade não deve ser aplicado apenas aos mais vulneráveis, já que deve ser considerado como terceiro elemento do conceito analítico de crime tanto para os vulneráveis, quanto para aqueles que não se encontram nesta situação.

Continuaremos a tratar a teoria de Zaffaroni como coculpabilidade, posto ser mais conhecida nestes termos, todavia, importante ter em mente que o próprio autor a relaciona aos conceitos apresentados de “culpabilidade pela vulnerabilidade”.

3.4 A coculpabilidade às avessas

Tem se destacado na doutrina a chamada teoria da coculpabilidade às avessas, que como a própria expressão sugere, significa a aplicação da teoria da coculpabilidade de forma contrária ao seu preceito origem. Denota-se que o Estado vem aplicando o princípio da coculpabilidade às avessas a medida que prima por um maior juízo de reprovação dos delitos quando praticados por agentes detentores de melhores condições socioeconômicas, bem como

⁶ Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94feb12ef3e7fc6>.

aqueles que possuem acesso amplo aos direitos essenciais ao ser humano. Segundo Coelho⁷ (2012):

Sobre o assunto, Grégore Moura preceitua ser possível a manifestação da coculpabilidade às avessas sob três formas: a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos crimes contra o sistema financeiro e tributário; e c) como fator de aumento da reprovação social e penal.

Corroborando o pensamento de Grégore Moura, podemos citar as infrações penais de mendicância (art. 60, então já revogado) e vadiagem (art.59), tipificados pelo legislador na Lei de Contravenções Penais, como exemplos claros de condutas atribuídas às pessoas marginalizadas. No entanto, cabe dizer que a positivação dessas condutas apenas contribui para embasar o preconceito em nossa sociedade.

É de grande impacto na mídia e demais meios de comunicação a ocorrência frequente dos chamados crimes de colarinho branco, quais sejam, os mais comuns, a corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, e outros crimes contra a ordem tributária. Na prática, são condutas atribuídas na grande maioria a agentes políticos e detentores de poder econômico, que possuem poder-dever de improbidade e moralidade em relação ao trato da coisa pública, e que também estão inseridos em uma realidade social privilegiada.

Desta forma, a coculpabilidade às avessas vai em desencontro com a teoria da coculpabilidade, uma vez que de acordo com esta, culminaria em uma maior culpabilidade desses agentes que não teriam motivação para a prática de condutas ilícitas, principalmente aquelas que envolvessem ganho de capital. Por se encontrarem em situação mais privilegiada em relação aos indivíduos pertencentes às camadas mais abastadas da sociedade, a conduta ilícita praticada seria mais reprovável aos olhos da sociedade e do direito penal.

Grégore Moura apud Aquino (2016)⁸ “faz uma crítica ao sistema, entendendo que o Estado é mais complacente com alguns delitos que, em regra, são praticados por agentes de classe social mais privilegiada”.

A diferença de tratamento da legislação e propriamente do Poder Judiciário quanto a penalização dessas condutas é impactante. Como sabemos, esses crimes são cometidos por pessoas que gozam de prestígio social e possuem condições financeiras vultosas. Também são infrações penais em que muitas vezes as escassas fontes de investigação tornam a persecução penal falha e contribuem para a concessão de benesses legais e penas mais brandas – tanto quanto a sua quantificação como quanto à execução - aos infratores.

⁷ Artigo disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2548/a-teoria-coculpabilidade-as-avessas-delitos-contra-ordem-economica-financieira-tributaria>>

⁸ Artigo disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48528/co-culpabilidade-e-culpabilidade-as-avessas>>

Tal divergência na reprovabilidade pode ser demonstrada através da hipótese de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. Conforme artigo 9º da Lei nº 10.684/03, que dispõe sobre legislação tributária, “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” Ressalte-se que tal benefício é concedido mesmo após o recebimento da denúncia.

Em contrapartida, nos crimes comuns, mais precisamente naqueles em que figura o patrimônio como bem jurídico tutelado, ainda que haja a devolução ou restituição do bem pelo agente, não é possível a extinção da punibilidade, ensejando no máximo, na redução de pena. Nesse sentido, preleciona o Código Penal pátrio, em seu artigo 16: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Por conseguinte, concluímos que a postura do legislador tem se direcionado a favorecer agentes que cometem os crimes de colarinho branco, aplicando sanções penais mais brandas e outros benefícios processuais, ao passo que tem dificultado, e até mesmo agravado, condutas associadas às classes marginalizadas e segregadas da sociedade.

3.5 *Labeling Approach* - A teoria do Etiquetamento Social

Outro aspecto importante a ser estudado que se relaciona substancialmente com a dogmática da teoria da coculpabilidade diz respeito ao surgimento da teoria do Etiquetamento Social, também conhecida como teoria da reação social, de grande destaque no âmbito da sociologia criminal por seu enfoque no próprio sistema penal, mais precisamente quanto ao seu funcionamento.

Diz-se que a *labeling approach* inaugurou a passagem da criminologia tradicional, que focava no aspecto fenomenológico do delito em si, fazendo o estudo das causas que levariam à sua prática, para a criminologia crítica, que analisa o delito através da reação social que o mesmo provoca no plano concreto. Baratta (2002, p. 88) traz uma importante explanação acerca da nova concepção do crime segundo a criminologia crítica:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", "como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios –se pode exercer controle sobre o criminoso?". Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: quem é definido como desviante?", "que efeito

decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições *este* indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?".

Assim, o desenvolvimento dessa teoria encontra respaldo na seletividade e tipificação social, criados pela própria conjuntura social, por seus próprios indivíduos. Uma vez atribuída a esses agentes a qualidade de criminoso, essa qualidade criada acaba por afastar cada vez mais a chance da ressocialização e reinserção dos mesmos no convívio social.

Duas correntes doutrinárias da sociologia americana embasaram a construção da teoria *Labelling Approach*, quais sejam: o interacionismo simbólico e etnometodologia. Temos que, na primeira, a definição de criminoso advém de uma espécie de rotulação criada pela sociedade por meio de processos de interações sociais, de etiquetamento. A segunda corrente, corroborando com o pensamento da criminologia interacionista, considera o crime como uma construção social feita pelos órgãos de controle social, como exemplo, o Poder Judiciário, o sistema penitenciário, a própria sociedade.

Alessandro Baratta (2002, p. 87) acrescenta, ainda, que:

Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a *realidade social* (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.

Desse modo, o delito é o resultado de uma tipificação construída socialmente, que pode até mesmo ser mutável ao passar dos tempos, visto que tem como base a realidade histórico-social do momento dessa rotulação. Não mais se vê o delito em si mesmo, ou as características internas ou externas do sujeito infrator. O próprio sistema trata de selecionar e tipificar quais e o que são crimes que devem ser objetos da punição estatal, e qual deve ser o agente punível.

Essa teoria traz a construção do conceito de estigma invocado pela sociedade e pelas instituições de controle social, que atribuem com taxatividade a característica do crime e do agir com delinquência, de forma arraigada, ao agente, notadamente, a certos indivíduos da sociedade, que uma vez já envolvidos em alguma infração penal, são “etiquetados” como figuras ativas na criminalidade. Explicando a sistemática desse pensamento, preleciona Baratta (2002, p. 90):

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, entretanto não adquire esse *status* aquele que apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”.

Nesse sentido, o autor refere-se que aqueles indivíduos que já estão inseridos em um ambiente em que o crime constantemente se faz presente, pertencentes a camadas sociais menos beneficiadas, são rotulados pela sociedade como delinquentes e mais propensos ao delito. Zaffaroni (2011, p. 73), esclarecendo a lógica da teoria, declara que:

Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente "vulneráveis" ao sistema penal, que costuma orientar-se por "estereótipos" que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Na realidade social brasileira, sabemos que a esmagadora maioria dos estabelecimentos penais é composta de negros, pobres, e pessoas marginalizadas, desprovidas da fruição dos direitos mais básicos do ser humano. Ademais, é notável a atuação da mídia e demais canais de informação que muitas vezes deturpam a verdade dos fatos, contribuindo para incutir o medo na sociedade e promover o então discutido etiquetamento, e realizando uma espécie de padronização da opinião pública.

Diante disso, também é importante ressaltar o papel dos políticos, que buscam por meio da criação de leis muitas vezes infundadas e sem nenhuma eficiência prática para os problemas do sistema penal, criam legislações que apenas contribuem para incutir na sociedade a ideia de que o Poder Público está agindo de alguma forma para a contenção da criminalidade, quando, na verdade, o problema é muito mais complexo do que apenas legislar.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Possibilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade

Não obstante Zaffaroni ter identificado no Código Penal o fato do legislador ter abordado que a situação econômica do réu pode influenciar no *quantum* da pena de multa, estudiosos como Amilton Bueno de Carvalho, em seu livro “Aplicação da pena e Garantismo” propõe que a situação financeira do réu pode ser avaliada como atenuante obrigatória, no instante que forem avaliadas as atenuantes inominadas, constantes no 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”.

Assim, cabe na segunda fase da dosimetria da pena, o reconhecimento de atenuantes inominadas, que de acordo com Damásio de Jesus apud Matte (2008, p.56) “são circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a pena”.

Costa Jr apud Matte (2008, p.57) opina sobre o assunto:

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.

O magistrado Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, na fundamentação de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹, ao referenciar o princípio apresenta:

Ocorre, todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo e reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinquente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal”.

Ademais, há no direito brasileiro, legislação que autoriza tal atenuante, consoante se infere da lei nº 9.605/98, em seu art. 14, inciso I, esta dispõe que “São circunstâncias que

⁹ Da corresponsabilidade do estado. 4ª vara criminal de Niterói. Processo nº 14. 426. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_155.pdf

atenuam a pena: baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”. Logo, conforme defesa de Amilton Bueno de Carvalho, e sobretudo, através das fontes do Direito, temos que a analogia é plenamente aceita. Então, por assim dizer, este é mais um exemplo que o direito brasileiro está preparado para a aplicação do princípio e que ele encontra grande respaldo para tal.

A culpabilidade é auferida de forma mista: culpabilidade do fato e culpabilidade do autor. A primeira é analisada de forma que o juízo de reprovação caia sobre o fato por si só, sua gravidade, os meios utilizados para a prática da ação. Deste modo, apenas a conduta objetiva do agente é verificada. Já na segunda, a conduta não é inspecionada sozinha, mas sim as condições que o autor reúne, seu estilo de vida, caráter, antecedentes, conduta social e os motivos que levaram a cometer o delito (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 531).

A análise de tais características, as quais também podem abarcar os conceitos inculpidos no princípio da coculpabilidade, estão dispostas no art. 59 do Código Penal:

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

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Temos que por subjetivos do atuar do julgador, as chamadas circunstâncias judiciais devem ter como lastro a análise detida sobre o agente, sob pena de serem valoradas negativamente, sem justificativa plausível e fundamentada. Posto que algumas das circunstâncias descritas, como conduta social e personalidade são, por muitas vezes, vagas e imprecisas, valorá-las negativamente em tais casos, desrespeitaria o princípio do *in dubio pro reo*.

Temos que as circunstâncias de culpabilidade, personalidade, motivos, cabem, em suas fundamentações, uma conexão com a realidade social que o indivíduo está inserido, possibilitando, assim, que as bases do princípio sejam invocadas.

No que atine à personalidade, Boschi apud Carvalho (2002, p.54), acerca da análise que o magistrado carece fazer sobre a personalidade do réu, diz que:

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade.

Ainda, dispõe que:

Os juízes criminais, não raro, quando da consideração da personalidade, restringem o âmbito de investigação ao temperamento ou ao caráter do acusado, sem o cuidado de mergulhar no estudo de sua história pessoal e familiar, ou seja, das grandes etapas em que se organiza e evolui a personalidade.

Caso não houvesse tamanha dificuldade em adentrar no que realmente cinge a realidade dos réus, este artigo seria mais um ponto de destaque para que fossem julgadas favoráveis as características de quem se encontrava ou se encontra marginalizado das garantias que o Estado Social propõe.

O juiz, ao cominar a pena ao caso concreto, diante da onda crescente de violência que assola o país, terá difícil tarefa a sua frente: reconhecer seus próprios preconceitos, para que, vendo-os frente a frente, possa eleger critério mais justo de medição da pena; ao invés de mero utilitarismo, repressão desmedida, que a pena seja imposta como instituto de um Estado social de direito, onde a responsabilidade social deve ser compartilhada.

Caso o Poder Judiciário consiga, cada vez mais, incorporar seu caráter social e reformador, não só do infrator da norma, mas também corretor das injustiças que seu próprio poder gerou ao omitir-se no oferecimento do gozo de direitos constitucionalmente assegurados, contribuindo para sua menor autodeterminação, poderia, nesta fase de fixação da pena-base, contemplar o indivíduo em questão, com a divisão da culpa.

Para Carvalho (2002, p. 73):

[...] o entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, destaque, 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. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Ainda, os autores Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho trazem o exemplo da proposta de reforma da parte geral do Código Penal, que alteraria o art. 59, para a redação a seguir:

O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena.

Ainda, neste diapasão, no âmbito do processo penal, a Lei nº 10.792 de 2003, possibilitou a utilização do princípio na fase de instrução processual, onde deverão constar, no interrogatório, as condições pessoais do agente durante a vida, podendo dali se extrair as circunstâncias hostis que induziram negativamente sua prosperidade social, cultural, econômica. Assim consta em seu artigo 187, parágrafo 1º:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida progressiva, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Os referidos artigos de nosso diploma Penal e Processual Penal são exemplos de como o juiz poderá atuar no momento de seu julgamento e formação de seu livre convencimento, tendo por norte o princípio da coculpabilidade, podendo, ainda, os mesmos referirem-se ao princípio da individualização da pena e da igualdade, visto sua notória conexão. Já que o magistrado é o criador da norma do caso concreto, essa qualificação individual, tendo o apreço e conhecimento sobre o tema em voga, poderá reduzir as penas invocando-o.

Grégore Moura citado por Costa (2009)¹⁰ expõe, que o próprio remédio constitucional, o Habeas Corpus, é um exemplo de reconhecimento deste princípio, no instante que o Estado reconhece seu erro em acautelar um indivíduo, assim, leciona:

Contra abusos praticados pelo Estado no exercício do direito de punir, o que enseja sua utilização na defesa da aplicação do princípio da co-culpabilidade. A co-culpabilidade atua exatamente na reprovação penal da conduta praticada pelo agente.

Ainda, propõe:

Assim, não resta dúvida de que o reconhecimento da responsabilidade estatal no cometimento de determinado delitos nos leva a crer que o Direito Penal estará diminuindo, e muito, o seu âmbito de atuação, na incessante procura de uma minimalização do poder punitivo, ao contrário do que vem ocorrendo nos dias atuais, com o apoio midiático e o Movimento de Lei e Ordem”, finaliza o autor em seu livro.

Pelo todo exposto, nota-se que o direito brasileiro é plenamente capaz de recepcionar o princípio da coculpabilidade, sem que haja a necessidade de alterar dispositivos, tendo em vista que há espaços substanciais para sua aplicação, neste ordenamento jurídico.

¹⁰ Artigo disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-fev-21/numero-presos-diminuiria-estado-reconhecesse-parte-culpa>

Ainda, não é demais trazer à baila a positivação do princípio em comento em outros ordenamentos jurídicos. O direito comparado oferece exemplos como Argentina¹¹, Equador, Paraguai, Bolívia, México e Peru, países da América Latina que possuem níveis de desigualdade e problemas sociais aproximados aos brasileiros.

4.2 Julgados dos Tribunais Superiores e demais órgãos colegiados brasileiros sobre o Princípio da Culpabilidade.

Como já discutido no decorrer deste trabalho, não consta expressamente a teoria da culpabilidade do Estado como atenuante genérica em nosso sistema penal, entretanto existem teses que defendem que sua aplicação pode ser sustentada com fulcro no artigos 59 e 66 do Código Penal, dando discricionariedade ao juiz para que possa aplicar a pena em observância as peculiaridades do caso concreto.

No cenário do direito penal e jurisprudência pátrios, denota-se a relutância dos tribunais e demais órgãos colegiados em efetivar a aplicação do princípio da culpabilidade no direito penal, mais precisamente no que concerne à consideração do princípio em comento como atenuante da pena, embasada no artigo 66 do Código Penal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corriqueiramente opina pela não aplicação do princípio. Nesse sentido, temos transcrito o seguinte julgado do ano de 2013:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório. 2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. 3. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 18/02/2013).

¹¹ A Argentina, nesse processo de individualização da pena, tende a majorá-las para os crimes contra o patrimônio aos que tiveram acesso à instrução, cultura, educação, às ações promovidas pelo Estado, na qual suas condutas deveriam ser retamente pautadas no direito; e abrandá-las aos que ficaram à margem da sociedade, reconhecendo a falha estatal (JÚNIOR, 2014, p.19).

Com base em uma análise na jurisprudência da maioria dos tribunais inferiores, depreende-se que os magistrados seguem a linha de raciocínio que corrobora o afastamento do princípio, justificando que a omissão estatal em prover direitos básicos da condição humana não pode ser utilizada como justificativa para a prática delituosa, ao ponto de culminar com a não aplicação da pena, nem ao menos sua atenuação.

A posição dos juízos colegiados segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, afirmando também como motivo de sua não aplicação a falta de amparo legal expresso.

Apesar de sua inexpressiva aplicação pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda encontramos julgados que fazem referência ao princípio, e até mesmo é possível encontrar decisões com sua aplicação no caso concreto. Desta forma, destacamos na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da apelação nº 10092020088070010: “A tese da co-culpabilidade é inaceitável para afastar a ilicitude do fato. Conforme o caso concreto, pode ser considerada na aplicação da pena, desde que o magistrado identifique relação necessária entre a omissão estatal e o fato danoso cometido pelo indivíduo”.

É importante frisar que, apesar do entendimento majoritário dos tribunais afirmar que o princípio da coculpabilidade não é adotado por nossa legislação, muitas decisões, como a retrocitada, embasam a possibilidade da atenuante genérica, desde que haja a comprovação de que a prática delituosa se deu em razão do inadimplemento estatal.

Haja vista o não reconhecimento do princípio da coculpabilidade penal do Estado pelos juízos e órgãos colegiados, existem julgados do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, e do estado do Rio Grande do Sul, que consideraram o princípio como atenuantes da pena, no momento do processo de dosimetria, contribuindo para um importante avanço no direito penal pátrio, e possibilitando bases para a positivação do princípio. Vejamos:

ROUBO. TENTATIVA. PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA (ART. 66, CP). CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU. POBREZA. ANALFABETISMO. ABANDONO SOCIAL. CO-CULPABILIDADE. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO. Após a subtração do telefone celular e do dinheiro, o réu é logo perseguido e preso. O roubo não é consumado, pois o agente não chegou a estabelecer uma nova relação de posse, tranqüila e imperturbável, com a res. A agravante da reincidência não prevalece sobre a atenuante da confissão. E deve ser reconhecida a atenuante inominada do art. 66, CP, face à situação de abandono social do réu: negro, analfabeto, pobreza absoluta. O princípio da coculpabilidade identifica-se com a circunstância relevante prevista no art. 66, do CP. "Suele decirse que aqui hay una 'co-culpabilidad' com Ia que debe cargar Ia sociedad misma." (ZAFFARONI). Recurso provido parcialmente. (TJ-RJ - APL: 00992730820048190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 17 VARA CRIMINAL, Relator: SERGIO DE SOUZA VERANI, Data de Julgamento: 06/06/2006, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/08/2006).

O referido julgado do ano de 2006, que teve como relator Sergio de Souza Verani, reconheceu a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica (art. 66 do Código Penal) na dosimetria de um delito de roubo, devido à situação de abandono social do apenado.

Outro julgado de grande destaque na jurisprudência é citado por Amilton Bueno de Carvalho (2002, p.75) em sua obra, onde denota a inovação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao aplicar de forma inédita o princípio em questão. *In verbis*, a ementa do caso:

Roubo. Concurso.Corrupção de Menores. Co-Culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de bis in idem. Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros' coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão-réu. Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante (Apelação Crime na 70002250371 - 5a Câmara Criminal do TJRS - Rei. Des. Amilton Bueno de Carvalho - j. em 21/3/2001. Neste sentido, importante conferir alguns trechos declaração de voto do Desembargador Relator, aprovado à unanimidade, no qual, reforçando a decisão da juíza de primeiro grau, sustenta a co-culpabilidade-, "Nada, absolutamente nada, a reparar: a sentença da lavra da colega Betina, vez mais, é exemplar. Como as razões recursais não lograram abalar - momento algum - a sólida análise singular, vai ela adotada como razão decisória: '...3. Decisão. Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EMPARTE a ação penal para, à luz do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, ABSOLVER o réu A. R. P. da imputação do art. 157, "caput", c/c o art. 29, § 1º, e com o art. 14, II, do Código Penal. 4. Penas. Réu primário, sem quaisquer antecedentes. Não vieram aos autos elementos sobre conduta social ou personalidade. Entretanto, a ausência de registros negativos permite concluir por conduta adequada à normalidade. A motivação do delito, em se tratando de crime patrimonial, está vinculada ao desejo de obter lucro fácil, sem esforço e em detrimento de outrem. Entretanto, pela espécie de delito praticado (roubo de tênis, camiseta, relógio e boné), verifica-se evidente influência do sistema de desigualdades sociais vigente em nosso país, que, ao mesmo tempo em que marginaliza parcela da população, estimula o consumismo desenfreado para todos, mesmo para aqueles aliados das relações de consumo pelo pouco poder aquisitivo. Isso estimula a disputa por bens da moda e acirra o confronto de classes sociais. Note-se que esse apelo consumista atinge notadamente os adolescentes (que é o caso dos autos, pois mesmo o réu, embora penalmente imputável, tinha apenas 19 anos quando do fato, sendo ainda adolescente), portanto não se pode usar de maniqueísmo e imputar totalmente aos agentes a responsabilidade por essa conduta punível, para a qual toda a sociedade contribuiu (e justamente por isso - toda a sociedade é responsável, e não o indivíduo em particular - é que não é justo as vítimas sofrerem as conseqüências, merecendo, sem dúvida, proteção penal). Circunstâncias normais, tratando-se de típico crime de roubo praticado por adolescentes. De conseqüências, fica registrado que não houve nenhum prejuízo pelas vítimas, pois recuperaram integralmente seus pertences. Não houve contribuição das vítimas. Sopesadas tais circunstâncias, tenho que fica no mínimo o grau de reprovabilidade de sua conduta. Deste modo, vai a pena-base fixada em quatro (04) anos de reclusão..." Tão só para contribuir com o debate, acrescento o quanto segue: Registro, de início, que a inicial, no que atine ao delito de corrupção

(lei 2.252/54), sequer merecia ter sido recebida. É que não veio "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias": limitou-se burocraticamente a repetir palavras da lei, com omissão do vital: o antecedente (menores não eram corrompidos?) e o conseqüente (corrupção efetiva pela prática do delito?). Outrossim, bem andou - vez mais - a colega singular ao aplicar o princípio da coculpabilidade, no momento da dose da pena, porque "ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma coculpabilidade 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 assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros" (Saio de Carvalho, Aplicação da Pena e Garantismo, Ed. Lumen Juris, 2001, pág. 65). Em tal contexto, nega-se provimento ao apelo. Ante a excelência, sugiro remessa da sentença ao Conselho da Magistratura, com louvor à colega Betina Meinhardt Ronchetti (Apelação Crime na 70002250371, 5ª Câmara Criminal do TJRS - rei. Des. Amilton Bueno deCarvalho - j. em 21/3/2001).

Assim, constatamos que o princípio da coculpabilidade ainda encontra dificuldades em sua concretização no diploma legal pátrio, em decorrência da posição de alguns tribunais o considerarem apenas como uma construção doutrinária sem embasamento legal. No entanto, como demonstrado, existem importantes julgados, que mesmo de forma pontual, realizam a dosimetria da pena com base na coculpabilidade do Estado, revelando uma possível e viável posituação da teoria em nosso direito penal, considerando uma melhor individualização da pena, em respeito ao princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da pena e a sanção penal cabível em cada caso concreto necessita de uma análise aprofundada pelo magistrado, em observância aos elementos que constituem o conceito analítico de crime, bem como em respeito aos princípios constitucionais que embasam o direito penal pátrio.

Dentre os elementos a serem analisados, ganha destaque a figura da culpabilidade, diante de seu alto grau de subjetividade, sopesando-se todas as características externas e internas que levaram à prática delituosa, devendo ser averiguada cuidadosamente pelo aplicador da pena. No decorrer do presente trabalho, foram apresentadas as teorias que levaram à construção do conceito de culpabilidade que se tem hoje na maioria dos ordenamentos jurídicos, com ênfase no seu processo de normatização para conceito de crime.

A separação do estudo do elemento culpa, da tipicidade e ilicitude, deu margem à possibilidade de um juízo de reprovabilidade da conduta que fosse pautado em consideração às circunstâncias de cunho subjetivo, no que concerne aos aspectos sociais, econômicos, culturais, os quais encontra-se o indivíduo que delinuiu, e qual o grau de influência de tais fatores para a consecução do crime. Com base na análise do ambiente social em que o agente encontra-se inserido, cabe o estudo da teoria da coculpabilidade desenvolvida por Zaffaroni, que teve como pressupostos os princípios da igualdade (material), e a individualização da pena.

A ideia central da teoria pauta-se na divisão da responsabilização penal, atribuindo-a em parte ao Estado, que foi omissivo quanto à consecução dos direitos e garantias fundamentais que devem ser proporcionados a todos, e em decorrência de tal fato, acabou por marginalizar parcela da população que não teve acesso a tais serviços básicos, e acabaram por buscar na via delituosa a satisfação de seus interesses. Em decorrência disso, um dos objetivos dessa teoria é sua efetivação no ordenamento jurídico penal dos países, buscando pelo menos por uma atenuação no momento da aplicação da sanção penal, em razão da situação de marginalização do agente.

Conforme abordado alhures, Zaffaroni traz um aperfeiçoamento da teoria inserindo em sua formação o conceito da culpabilidade pela vulnerabilidade, não apenas considerando o aspecto econômico como determinante da co-responsabilização do Estado, sem antes analisar

a situação de vulnerabilidade em que se encontra o sujeito no momento da aplicação da sanção penal.

No decorrer da pesquisa, foi possível citar sobre a chamada teoria da coculpabilidade “às avessas”, destacando formas de sua manifestação no ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne aos crimes cometidos por pessoas favorecidas socioeconomicamente, notoriamente quanto aos crimes contra a ordem tributária, onde a aplicação da sanção legal é mais branda e acompanhada de benesses ao sujeito infrator no decorrer da persecução penal, em contraponto ao tratamento dado aos crimes comuns.

Ainda analisando o aspecto da segregação social desses indivíduos marginalizados, segundo a teoria em questão, também abordamos conceitos trazidos pela teoria do Etiquetamento Social - *Labeling Approach* -, que serviu de importante embasamento para a construção, bem como para a compreensão da teoria da coculpabilidade.

A teoria do Etiquetamento é um importante estudo na área da política criminal, analisando dados sociológicos para seu desenvolvimento, ao aduzir que os indivíduos envolvidos na criminalidade, uma vez praticantes de um crime, são etiquetados pela sociedade, que atribuem ao grupo o *status* de delinquente, e que, portanto, devem ser tratados de forma diferente pelo Estado.

Ao final, depois de exemplificadas as teorias sociais que assentaram a construção da coculpabilidade, foram trabalhadas as possibilidades e meios da positivação do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro, mais precisamente quanto ao aperfeiçoamento na redação dos artigos 59 e 66 do Código Penal, por meio de uma análise minuciosa pelo magistrado, no caso concreto, dos aspectos e condições que levaram o agente ao cometimento do delito, em observância ao seu grau de autodeterminação, culminando, conseqüentemente, com a atenuação, ou a depender do caso, até mesmo a exclusão da culpabilidade.

Em comparação com outros países latino-americanos, que já aplicam o princípio da coculpabilidade em seus diplomas legais, podemos constatar que a viabilidade de se efetivar a positivação do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro não se mostra tão longínqua, mormente estar em total consonância com os preceitos constitucionais, sobretudo, em respeito ao princípio da individualização da pena. Há de se considerar que apesar de sua não previsão expressa na legislação, temos importantes artigos no diploma penal que remete o magistrado à sua aplicação, conforme já demonstrado nesse trabalho.

Sob a ótica garantista, a sanção penal deve ser aplicada da forma mais justa possível, e tal escopo só poderia ser alcançado se o Poder Judiciário, no momento da aplicação da pena, considerasse não apenas o delito em si, em sua manifestação no plano fático, mas também

sopesando o ambiente socioeconômico, bem como a situação de vulnerabilidade, os quais o sujeito infrator está inserido. Em um país onde as desigualdades e mazelas sociais são evidentes, não há de se falar que a referida teoria se baseia apenas em concessão de benesses aos indivíduos que rompem com o equilíbrio social e burlam as leis, todavia, é apenas uma espécie de reconhecimento da situação precária em que se encontram, visto que o Estado, na condição de garantidor dos direitos sociais, não lhes proporcionou condições mínimas de consecução dos direitos básicos de todos os cidadãos, acabando por influenciar no âmbito de determinação dos mesmos.

Finalmente, esta pesquisa buscou colaborar com a produção científica e compreensão deste assunto, sem esgotá-lo, a fim de que os estudos sobre o tema auxiliem acadêmicos e profissionais da área, no que tange à viabilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade (ou culpabilidade pela vulnerabilidade) no direito brasileiro, como também, a pensar em novas possíveis soluções respeitadoras dos direitos humanos, em meio às ondas punitivistas que dificilmente as produzem.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Talita. **CO- CULPABILIDADE E CULPABILIDADE ÀS AVESSAS Pode o Estado ser responsabilizado por um delito?**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48528/co-culpabilidade-e-culpabilidade-as-avessas>>. Acesso em 13 de jun de 2018.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. -3ªed.- Rio de Janeiro: Editora Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.-[Ed. Especial]**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. CDU-343(81).
- BONFIM, Edílson Mougnot & CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. BRASIL.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. BRASIL.
- BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 10 jun 2018.
- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito: Postulados Garantistas**. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2015.
- COELHO, Ariadne Elloise. **A teoria da co-culpabilidade às avessas nos delitos contra a ordem econômica, financeira e tributária**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 984. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2548/a-teoria-co-culpabilidade-as-avessas-delitos-contra-ordem-economica-financeira-tributaria>>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- COSTA, Priscyla. **Estado deveria assumir co-culpabilidade pelos crimes**. Conjur: 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-21/numero-presos-diminuiria-estado-reconhecesse-parte-culpa>>. Acesso em: 13 mar 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FILHO, Sidney; SOARES, Leila. **O princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro: análise do julgamento da apelação criminal nº 70013886742 do TJ/RS.** Artigo científico. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94febc12ef3e7fc6>>. Acesso em: 12 jun 2018.

FRAZÃO, Dilva. **Biografia de Rui Barbosa.** Disponível em: <https://www.ebiografia.com/rui_barbosa/>. Acesso em: 27 jun. 2018.

GOMES, Luiz Flavio. **Sexo, poder, dinheiro e rolex. Renan, Mônica, Mendes Júnior e Luciano Huck.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1651, 8 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI49619,41046-Sexo+Poder+Dinheiro+e+Rolex+Renan+Monica+Mendes+Junior+e+Luciano+Huck>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JÚNIOR, J. F. M. O princípio da Cculpabilidade no Direito Penal. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/Jo_aquimFernandesMouraJR.pdf>. Acesso em: 29 jun 2018.

MATTE, Natalia Allet. **O princípio da co-culpabilidade e sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro.** Biguaçu: 2008. Monografia científica em Direito na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALE. Disponível em: <<s:iaibib01.univali.br/pdf/Natalia%20Allet%20Matte.pdf>>. Acesso em: 22 abr 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal /** Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASSOS, Edésio. **Rui Barbosa: Oração aos Moços, 90 anos.** 2011. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/rui-barbosa-oracao-aos-mocos-90-anos/>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

PRADO. G. L. M. **Da corresponsabilidade do estado.** 4ª vara criminal de Niterói. Processo nº 14. 426. Niterói. 1993. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_155.pdf>. Acesso em: 24 jun 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal /** Claus Roxin; tradução de Luís Greco— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4ª ed. Curitiba: Fórum, 2005. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/168332182/95717399-a-Moderna-Teoria-Do-Fato-Punivel-SANTOS-Juarez-Cirino-Dos>>. Acesso em: 20 fev 2018.

SILVA. Wender Charles. **Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade.** Patos de Minas: 2011. Artigo científico. Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/documents/45366/46807/ensaio_sobre_o_principio_da_coculpabilidade.pdf> . Acesso em: 12 fev 2018.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. **Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública brasileira devido às omissões: entre o monarca irresponsável e o Estado segurador universal- critérios objetivos de fixação da responsabilidade estatal.** Tese em doutorado – PUC. Porto Alegre. 2017. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7878>>. Acesso: 21 fev 2018.

STJ - **HABEAS CORPUS : HC 187132 MG 2010/0185087-8.** Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJe 18/02/2013. Jusbrasil, 2013. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23055629/habeas-corpuz-hc-187132-mg-2010-0185087-8-stj?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun.2018.

TORRE NETTO e ALMEIDA OLIVEIRA. **A Culpabilidade sob a Ótica dos Direitos Humanos.** 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/viewFile/101/50>>. Acesso: 10 mai 2018.

TJ-RJ - **APELAÇÃO : APL 00992730820048190001.** Relator Sergio de Souza Verani. DJ 25/08/2006. Jusbrasil, 2006. Disponível em <<https://tj.rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/407379913/apelacao-apl-992730820048190001-rio-de-janeiro-capital-17-vara-criminal>>. Acesso em: 17 jun.2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade.** Revista Discursos Sediciosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31 e ss.. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14>. Acesso em: 24 mai 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. — 9. ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.