



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O INSTITUTO DA COCULPABILIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO MITIGADOR
DA SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA

Lucilane Lopes Lacerda

Rio de Janeiro
2017

LUCILANE LOPES LACERDA

O INSTITUTO DA COCULPABILIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO MITIGADOR
DA SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora orientadora: Ana Luiza de Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

O INSTITUTO DA COCULPABILIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO MITIGADOR DA SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA

Lucilane Lopes Lacerda

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – a proposta deste trabalho científico é destacar a importância da aplicabilidade do instituto da coculpabilidade no cenário jurídico brasileiro, como critério mitigador da seletividade penal e fomentador de um Direito Penal mais humano e justo, diante da ineficiência estatal com relação aos deveres constitucionais que lhe compete. O estudo apresenta uma sucinta análise acerca do Direito Penal no contexto do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988, bem como a respeito da questão da produção do crime e da formação do delinquente, instigando a reflexão sobre a influência de fatores, sobretudo, mesológicos, nesse processo.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Coculpabilidade. Seletividade penal.

Sumário – Introdução. 1. O Estado Democrático de Direito e o Direito Penal no Brasil. 2. A origem do crime e a formação do criminoso. 3. O instituto da coculpabilidade enquanto instrumento mitigador da seletividade penal brasileira. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O meio social, em regra, influencia, de maneira significativa, na formação do indivíduo. Com efeito, o cometimento de delitos e a banalização de sua prática são usuais em certas comunidades sociais. Indubitavelmente, alguns fatores, tais como, o tipo de educação, de cultura, do ambiente social, dentre outros, são determinantes para a fomentação da criminalidade.

A atual conjuntura capitalista deixa claro que a sociedade é incapaz de propiciar a todos os cidadãos que a integram as mesmas oportunidades. É notória a premiação de uma pequena parcela que concentra riquezas, em detrimento de outra maior, assolada pela pobreza e miserabilidade, culminando em um processo de exclusão social.

Diante dessa realidade, surgem alguns questionamentos acerca de até que ponto deve recair o juízo de reprovação, no que diz respeito às condutas delituosas levadas a cabo por cidadãos marginalizados e em que medida o Estado, que coloca esses cidadãos à margem da sociedade por não lhes oportunizar condições igualitárias, tem responsabilidade diante da prática de determinados delitos. É nesse palco que entra em cena o instituto da coculpabilidade.

A presente pesquisa científica se propõe analisar, no campo do direito penal brasileiro, a questão do reconhecimento da responsabilização do Estado frente a esse quadro e a existência, em termos práticos, de um tratamento jurídico diferenciado dispensado aos menos favorecidos, tendo como objeto central do estudo o instituto da Culpabilidade, enquanto medida capaz de reduzir a seletividade penal.

O trabalho é dividido em capítulos para melhor apresentação e compreensão do tema. O primeiro capítulo se destina à análise do Direito Penal brasileiro no contexto do Estado Democrático de Direito. O segundo versa sobre a questão da origem do delito e da formação do delinquente e a influência de fatores endógenos e mesológicos nesse processo. Por derradeiro, o terceiro capítulo examina, sob o enfoque jurídico, sociológico e criminológico, haja vista a visão ideológica e seletiva do legislador e dos aplicadores do direito, de que maneira o instituto da Culpabilidade pode ser reconhecido enquanto instrumento jurídico mitigador da seletividade do sistema criminal.

A pesquisa é desenvolvida através de método dedutivo. Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é, necessariamente, qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

1. O DIREITO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

O Direito, como um todo, existe para regular a vida em sociedade. As normas jurídicas, indispensáveis ao convívio social, tem a finalidade precípua de disciplinar as condutas dos cidadãos, tornando possível a vida em coletividade. Para tanto, cada sociedade tem o seu próprio direito, haja vista que o fenômeno jurídico só pode ser compreendido levando em conta a sociedade para qual se destina a regular.

Nas lições de Paulo Queiroz¹, “o direito que, como norma de conduta, padroniza coercitivamente certos comportamentos, não pode ser compreendido senão em referência (e a partir) ao sistema social em que se insere”. Nesse contexto, juntamente com outros ramos do direito, funcionando como um meio de controle social está o Direito Penal. Ramo da ciência

¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

jurídica que se incumbe de estabelecer as infrações de natureza penal e suas respectivas sanções, com o escopo de viabilizar o convívio pacífico de determinada coletividade.

Tomando como ponto de partida o sistema político instituído no Brasil através da Constituição Federal de 1988², o Estado brasileiro apresenta, com explícita previsão constitucional, claras feições de um Estado Democrático e Social de Direito.

Da Carta Magna emanam inúmeros princípios materiais que vinculam o Estado ao Direito e que ao reconhecerem a supremacia da garantia dos direitos fundamentais, caminham no sentido de obstar, conforme lições de Canotilho³, “[...] o sufocamento da democracia pelo poder e até mesmo evitar que haja confusão entre esse e aquela, o que em última instância acaba por se constituir em uma estrutura política conformadora do Estado”.

Desta feita, pode-se depreender que o Estado brasileiro contemporâneo é um Estado Constitucional, razão pela qual deve imperar o equilíbrio político-institucional, que implica em inegável respeito aos comandos da Lei Maior, devendo-se, mormente, atentar ao postulado básico da República, que consiste nos interesses dos cidadãos.

Determinando-se como tal, o Estado assume inúmeras obrigações, dentre as quais, a de que num Estado Democrático de Direito as decisões políticas devem ser tomadas por meio de representantes eleitos pelo povo e a de que a prescrição legal deve prevalecer, sempre. O Estado deve ser, portanto, um instrumento que se presta ao serviço do bem comum e ao respeito de valores fundamentais da pessoa humana, e dentre suas inúmeras abrangências, deve trazer imanente, como essência própria, a absoluta garantia de acesso ao mínimo existencial, ou seja, ao mínimo de fruição de bens materiais que garantam uma existência digna.

Logo, estando sob a égide do Estado Democrático de Direito, o Brasil tem como meta, pontua Fernando Capez⁴, “[...] a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, priorizando pelo desenvolvimento nacional”. A ele incumbe fazer o cumprimento da lei que deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos e prerrogativas.

Nessa conjuntura, o Direito Penal, enquanto instrumento de controle social formalizado e considerado como espécie mais drástica de intervenção estatal, deve se apresentar com estrutura fundamentada na lógica constitucional, atentando, implacavelmente, aos princípios e garantias reconhecidos pela Lei Maior. Em outras palavras, significa dizer

² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.87.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 651.

que apesar da sua essência punitiva, tem a obrigação de se efetivar pautado na lógica do sistema jurídico- constitucional.

Nessa senda, se compromete em buscar a manutenção de uma ordem social justa e igualitária, atuando a favor da sociedade em sua amplitude, de forma que assegure a todos o direito de tratamento igualitário. Cabe, portanto, ao Direito Penal a função de reprovar e prevenir, por meio da pena, a conduta delitiva, reforçando através da prevenção geral a proteção dos bens jurídicos tutelados e desmotivando a prática delituosa, operando necessariamente na busca da ressocialização do condenado e da coibição da reincidência.

O postulado da fragmentariedade é um dos princípios regentes do Direito Penal, o que significa que este deve tutelar apenas os bens jurídicos tidos como os mais importantes, punindo somente as condutas mais danosas. Tendo em vista possuir a forma mais violenta e opressora de controle social, é ponderado como *ultima ratio*, ou última razão do Estado.

É chefiado também pela premissa da subsidiariedade, o que significa dizer que em face de outras formas de controle social, o Direito Penal decorre de comando imperativo-criminal proibitivo do excesso, que não admite o emprego de um instrumento extremamente lesivo à liberdade individual quando se tem à disposição meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de configurar violação ao Princípio da Proporcionalidade.

Os bens jurídicos dignos da tutela penal são, por conseguinte, tão somente os considerados fundamentais para conservação de dada sociedade e que em razão disso, integram sua ordem constitucional. Sendo imprescindível, nesse sentido, que o legislador confira maior cuidado ao selecionar os bens jurídicos a serem tutelados por esse ramo do direito.

Os ideais ilustrados de um Direito Penal que atenda os preceitos de uma democracia constitucional, entretanto, sempre se encontram mais no discurso que na prática, pois o que se tem visto na realidade jurídica brasileira é a prevalência de uma classe, que determina os bens que serão tutelados, as condutas que serão proibidas, as penas que serão cominadas, além, óbvio, de quais indivíduos integrarão como cliente do Direito Penal, o que denota o primeiro impasse em direção à igualdade.

Em suas lições, Rousseau⁵ ensina que:

existem dois tipos de desigualdade: a natural e a política. A primeira, estabelecendo diferenças relacionadas à idade, força, saúde, inteligência etc.. A outra, regendo uma hierarquia social ou divisão de poder, que baseada em necessidades históricas faz surgir, a propriedade, a riqueza e, por fim, os privilégios de classe.

⁵ ROSSEAU apud COSTA, Maria Cristina Castilho. *O que todo cidadão precisa saber sobre democracia*. São Paulo: Global, 1987, p. 57.

Notoriamente, tem-se no Brasil, um Direito Penal formulado em prol de uma classe economicamente favorecida. Os princípios garantidores desse ramo da ciência jurídica a todo o momento são relativizados em nome dessa classe detentora do poder, fazendo do sistema penal um produto de valores, que reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe privilegiada em determinado período histórico.

Nesse sentido, assinalam Zaffaroni e Pirangeli⁶:

o direito é sempre a expressão do poder da classe dominante, que impõe seus valores do bem e do mal às classes dominadas. No século XIX, Marx viria a sustentar que o direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter às classes exploradas [...].

Desta feita, aqueles que integram essa estrutura de poder, utilizam-se do sistema penal com a finalidade de, primeiro, criminalizar condutas que atinjam seus bens jurídicos mais importantes e, assim, poder desfrutar de certa segurança e tranquilidade no acúmulo de capitais. Segundo, para se furtar ao máximo da incidência do sistema penal, além de criar a figura do criminoso padrão, geralmente, pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios dos grandes centros urbanos, materializando o *mutatis mutandis* e a denominada teoria do etiquetamento⁷.

O rótulo de criminoso depois de bem etiquetado é algo difícil de desconstituir. A probabilidade da pessoa criminalizada se tornar realmente um criminoso é muito maior que a possibilidade de voltar a ser reputada pessoa comum perante a sociedade, visto que o rótulo faz a pessoa criar uma nova identidade, adequando-se a um novo grupo.

Essa dinâmica social brasileira tem impedido a legitimação de um Direito Penal pautado na lógica jurídico- constitucional. O que se tem visto é a incidência de um sistema penal que seleciona, marginaliza e exclui. Todo esse fenômeno tem afastado, por completo, a finalidade a que o Direito, de forma geral, inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, se propõe, enquanto instrumento de controle social que visa promover a igualdade através da inclusão social.

Nesse sentido, a seletividade, a marginalização e a exclusão social são mecanismos que devem ser combatidos com rigidez, a fim de que se possa conduzir a sociedade rumo à igualdade material e ao consequente estado de segurança jurídica, com a efetivação de um Direito que funcione por todos e para todos.

⁶ ZAFFARONI e PIERANGELI apud MOURA, Grégore Moreira de. *O Princípio da Cocolpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 145.

⁷ *Ibid.*, p. 145.

É imperioso, portanto, a realização de intervenções que favoreçam mudanças urgentes na realidade social, e façam com que o aspecto meramente formal do termo Estado Democrático de Direito seja superado e se efetive no plano material.

2. A PRODUÇÃO DO CRIME E A FORMAÇÃO DO CRIMINOSO

Na visão jurídica, o crime se configura através de um ato, negativo ou positivo, de caráter voluntário, que viola normas estabelecidas pela legislação vigente e que coloca o indivíduo sob o jugo das leis penais. Para a filosofia, remete a um ato que se rebela contra os princípios da ética. Já no campo da psicologia e da sociologia, não há uma definição exata para a expressão, visto que consideram mais relevante que o conceito em si, a análise das razões e motivações que levaram o indivíduo a cometer a infração penal.

Como se sabe, a origem do crime e a identificação de possíveis fatores que sejam capazes de conduzir o indivíduo à delinquência são assuntos sobre os quais a criminologia e a sociologia jurídica tem se debruçado, com o escopo de fundamentar a adoção de políticas criminais mais eficazes.

Interessante atentar que condutas tipificadas como crimes sofrem variações diante dos diferentes ordenamentos jurídicos existentes, entretanto, ainda que não consista na mesma conduta, existe uma série de fatores que colabora para a produção do ato criminoso. Trata-se de fatores que interagem entre si, desencadeando a prática criminosa. São denominados, pela criminologia, de fatores criminógenos e se dividem basicamente em duas espécies: endógenos e mesológicos. O conjunto e a influência desses fatores é que forjam o indivíduo a ser um propenso delinquente.

Decerto, não se pode cogitar que o homem já nasce criminoso ou que ele seja fruto exclusivo do meio em que vive, nem tampouco enxergar o crime como um fato elementar. Fatores psicológicos, sociais, econômicos, religiosos culturais, afetivos e tantos outros, estabelecem uma condição intrínseca e exclusiva para cada indivíduo e, inevitavelmente, tal condicionamento refletirá em sua vida.

O crime, à vista do exposto, deve ser compreendido como um fato complexo, humano, social, procedente do somatório de todos os fatores supramencionados. O criminoso, por sua vez, tido como ser biológico e agente social, influenciado por fatores genéticos e

constitucionais - que o constituem paulatinamente -, bem como pelas injunções externas que conduzem à prática da infração penal.

Na percepção de João Farias Júnior⁸:

[...] o homem criminoso não tem o pleno domínio de controle de sua vontade e de sua consciência, pois a sua disposição para o ato depende da contextura moral ou idiosincrasia, e esta contextura moral, ou idiosincrasia, depende dos influxos contraindos ou dos fatores endógenos ou exógenos a que foi submetido. O homem, principalmente na sua infância e juventude, vai contraindo os influxos exógenos deletérios, sem perceber. (...) Se ele tivesse essa predisposição, se tivesse o dom de se aperceber dos males, se tivesse a iluminação intelectual e cognitiva (...) obviamente que ele escolheria o caminho do bem, pois ele teria a capacidade suficiente para saber que o caminho do mal o levaria a sofrimentos, dores, a torturas cruéis, a fugas, a conflitos com a polícia e à morte [...].

Estudiosos das mais diversas áreas se empenham na busca de uma explicação plausível acerca dos fenômenos da violência e da criminalidade. Diante das muitas teses legadas, todas acabam por incorporar os mesmos caminhos, através dos quais se conclui e delimita que a violência e a criminalidade são consequências de fatores internos e externos ao indivíduo. Que não se transmitem, simplesmente, por hereditariedade, que só poderá refletir a predisposição criminal ou o processo mórbido que requer, ademais, a concorrência de outros fatores criminógenos.

A formação do indivíduo é resultado não apenas de uma estrutura interna, mas de fatores sociais e culturais existentes, que o torna produto também do meio a que está submetido. Portanto, fatores como a pobreza, a falta de emprego, aliados à falta de educação e de formação moral, são capazes de levar o indivíduo à falsa percepção da realidade e de contribuir com o desvio de conduta.

Da mesma forma que existe um processo para o indivíduo atingir o sucesso, há também todo um processo que o conduz à delinquência. Um processo atulhado de fatores, e dentro desses fatores alguns que não são causados por ele mesmo, principalmente quando se refere à fase em que ainda é criança, quando não tem formação e muito menos discernimento de seus atos. A família, sendo a primeira instituição da qual o homem participa, tem importância significativa no que tange a formação, pois é onde estão os responsáveis pela educação dos filhos, os que imporão limites e instituirão os valores primários da moral e da ética.

A pobreza também constitui elemento crucial para uma má formação. A desigualdade social, embora não seja em sua totalidade, responsável por alguns dos

⁸ FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. Belo Horizonte: Jurua, 2008, p. 64.

problemas sociais associados à violência e à criminalidade, tem participação contributiva relevante na incidência destes.

A ciência criminológica tem demonstrado que os fatores mais fortes que impulsionam a prática de crime são aqueles vinculados ao meio em que o sujeito convive, são situações de desigualdade e segregação causadas pela própria sociedade. A falta de educação, englobando tanto a que se procede no âmbito familiar quanto na escola, define grande parte do comportamento do indivíduo, bem como a falta de cultura, de saúde, o desemprego, dentre outros.

Nas sociedades desenvolvidas, onde questões como igualdade e inclusão social são efetivadas e se tem baixos índices de pobreza, é inconteste a pouquidade da violência. Destarte, é fato que a sociedade e, sobretudo, o Estado exercem papel relevante no que diz respeito aos níveis de criminalidade, sendo parcialmente responsáveis, nesse campo, pela realidade que vivencia.

Nesse viés, pode-se depreender que, ver apenas o criminoso ao analisar a violência não é suficiente. É necessário olhar além e atacar as causas fundamentais que produzem ou estimulam a criminalidade. A ideia que se propaga que a solução para acabar com a violência é enfrentar o criminoso, deve ser combatida visto ser uma concepção distorcida da atualidade.

Toda sociedade que visa o desenvolvimento tem obrigação de refletir sobre a questão da delinquência e suas possíveis causas. Erradicar essas causas, estabelecer medidas de prevenção e promover o tratamento adequado para essa questão são posturas necessárias para se resolver toda a problemática da segurança pública e bem estar social.

No Brasil, o aumento considerável da criminalidade e a ausência de mecanismos de controle são assuntos da mais alta relevância para a sociedade, que não encontra nos órgãos públicos responsáveis pela segurança o empenho necessário e a vontade política para solucionar a questão. O próprio Estado cria o problema social através da inexistência de uma política eficiente de distribuição de renda e de melhorias na educação, fazendo sobrevir a problemática da exclusão social.

Conforme preleciona Raul M. Linhares⁹, “[...] devido à concentração de poder e bens diversos pela minoria, a maioria dominada se encontra em um estado de negação de direitos fundamentais à existência humana plena”.

⁹ LINHARES, Raul Marques. *Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/293-252-novembro2013>. Acesso em: 25 ago.2017

Desta feita, percebe-se que grande parcela dos cidadãos se marginaliza e pratica crimes em função das relevantes omissões e violação de direitos fundamentais, por parte do próprio ente estatal, o que não pode ser desconsiderado.

É necessário direcionar o olhar para transformações sociais profundas. Esta possibilidade, porém, demanda o comprometimento com mudanças estruturais em toda uma sociedade, de maneira que caminhe em direção à igualdade e à inclusão social. Maiores cuidados devem ser dedicados aos processos de formação do indivíduo, sem criminalizar o diferente ou excluir as camadas mais fragilizadas da sociedade. Se indignar com a violência e se opor a sua erradicação, é hipocrisia. Caminhar para a construção de uma sociedade que acolha todos os indivíduos, dando-lhes oportunidade de vida digna desde o seu nascimento, é seguir sentido oposto ao da criminalidade.

3. A COCULPABILIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO MITIGADOR DA SELETIVIDADE PENAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Todo sistema de justiça criminal é seletivo. É notório que na sociedade brasileira a posição de delinquente é repartida de forma desigual entre seus cidadãos, ao passo que os indivíduos estigmatizados, muitas das vezes, são pré-selecionados antes mesmo de nascerem. O meio socioeconômico vulnerável a que pertencem já é suficiente para fazê-los rotulados, pela sociedade e pelo Estado, como criminosos.

Esta seletividade que permeia o sistema penal tem como meta a punição dos seus selecionados, mediante a aplicação de penas exageradas e a criação de leis que incriminam, tão somente, as camadas menos favorecidas da sociedade, isto é, os que não se enquadram no padrão de vida estabelecido pela classe economicamente dominante, sendo marginalizados e considerados pré-candidatos à delinquência.

Conforme pontua Zaffaroni e Pirangeli¹⁰, “[...] a criminalização seletiva pode ter gerado hábitos que tornam o homem particularmente vulnerável à seletividade do sistema”.

Agregada a essa realidade, deve-se considerar o fato de que as leis penais brasileiras tiveram sua gênese na década de quarenta, sob o comando da Constituição de 1937, ou seja, período fortemente marcado pela ditadura militar. Logo, apresentam caráter

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.105.

eminentemente autoritário, fazendo-se necessário que, constantemente, tenham que passar pela peneira da Carta Maior de 1988, a fim de se preservar os direitos e garantias fundamentais nela consagrados.

Assim sendo, resta evidente que a seletividade e o elitismo no direito penal, especialmente no Brasil, são contínuos no tempo, carecendo a referida legislação de modificações que aplaquem essa seletividade que só alcança os indivíduos estigmatizados, que vivem à margem da sociedade.

A coculpabilidade entra em cena para atuar, justamente, na contramão da seletividade penal, na busca de um Direito Penal mais humano e justo. Seu objetivo primordial é de, com fundamento no princípio da isonomia, promover a aproximação entre realidade social e direito criminal.

A Magna Carta consagra a igualdade de todos perante a Lei. A noção de igualdade pressupõe a constatação de diferenças. Logo, tratar igual o que em essência é diverso, significa tratar diferente. A igualdade, portanto, é um princípio dinâmico que atua com o fim de combater as desigualdades e inculir a igualdade material.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a edição de normas determinando a igualdade entre todos os cidadãos sem a concretização da igualdade anunciada não é suficiente, sendo imprescindível a outorga de tratamento diferenciado aos que, em essência, são diferentes.

A proposta do instituto jurídico da coculpabilidade é coadunar igualdade real e Estado Democrático de Direito. Trata-se de um Princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado, face à prática de determinadas condutas delitivas por cidadãos que apresentam âmbito de autodeterminação reduzido, diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo, no que tange às suas condições sociais e econômicas, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal¹¹.

O Estado, em razão de sua reiterada inadimplência no cumprimento de determinações constitucionais, deve propiciar aos que se encontram em situação desfavorável, menor reprovabilidade, desde que essa situação seja capaz de influenciar a prática de conduta criminosa. Parece razoável que o indivíduo desviante, que ingressa na delinquência em decorrência de uma negligência estatal, tenha sua culpa amortizada.

¹¹ MOURA, op.cit., p. 59.

Quando o Estado deixa de propiciar aos seus cidadãos condições mínimas de sobrevivência, tais como segurança e desenvolvimento da pessoa humana, é como se estivesse violando o contrato social firmado com aqueles que o integram. Assim como há violação por parte do cidadão que se presta à prática de ato criminoso, devendo, em razão disso, ser submetido às mazelas do Direito Penal. Dessa forma, o instituto analisado possibilita o reconhecimento jurídico, social e político da quebra contratual por parte do ente estatal, que, assim como o agente desviante, deve assumir as consequências decorrentes de sua infringência.

Nilo Batista¹² assinala que a coculpabilidade nada mais é que:

[...] considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

O instituto supramencionado surge, justamente, como resposta à seletividade característica do sistema penal, buscando reparar e amenizar os prejuízos dela advindos, bem como alcançar a efetividade de um direito penal menos elitista e unilateral.

Trata-se de princípio corolário dos institutos de políticas criminais do direito penal mínimo e do garantismo penal, visto que busca a ponderação entre a conduta delituosa praticada e o bem jurídico protegido, prezando pela análise cautelosa do grau de lesividade da conduta ilícita do sujeito.

Como dito anteriormente, o princípio da coculpabilidade está implícito na Constituição da República Federativa de 1988¹³, decorre de seu artigo 3º, inciso III e do princípio da individualização da pena, previsto em seu artigo 5º, inciso XLVI, configurando verdadeiro direito fundamental.

No âmbito jurídico brasileiro, alguns doutrinadores tem admitido sua aplicação com base no artigo 66 do Código Penal¹⁴, que se refere às atenuantes inominadas. Afirmando que tal dispositivo confere, ao juiz, maior liberdade para aplicar a pena, atentando às particularidades de cada situação fática. Em alguns poucos julgados, a jurisprudência também tem se posicionado nesse sentido, entendendo que a aplicação da coculpabilidade se dá com base no mencionado dispositivo.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 105.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017

¹⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 27 ago.2017.

Á exemplo, tem-se a Apelação Crime nº 70002250371¹⁵, da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da qual foi confirmada a sentença proferida pelo magistrado, que fixou a pena-base do réu no mínimo legal, fundamentando sua decisão no instituto jurídico ora analisado. Apesar de muito raros, os julgados apontam a necessidade de positivação da coculpabilidade, como passo extremamente relevante rumo à evolução do Direito Penal brasileiro.

Em que pese toda a discussão acerca do tema, ainda há muita resistência no sentido da viabilidade e fundamentação teórica para a aplicação do princípio em comento, mormente, ao argumento de sua não positivação no ordenamento jurídico pátrio e sob alegação de que a teoria não se enquadra como causa de atenuante genérica. A ausência de previsão expressa tem comprometido sua aplicabilidade no âmbito dos tribunais superiores.

Firmada a premissa de que a positivação se faz necessária, passa-se a discussão sobre a integração do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

Para alguns, sua integração deve se efetivar com base no artigo 59 do Código Penal, como circunstância judicial a ser analisada no momento de fixação da pena base. Para outros, como atenuante genérica do rol do artigo 65 do Código Penal. E há, ainda, os que tutoram a coculpabilidade como causa de diminuição de pena.

Esta última corrente entende que, ao agente submetido a condições culturais, econômicas e sociais precárias, em estado de hipossuficiência e miserabilidade, deve-se aplicar a redução penal de 1/3 a 2/3, prevista no artigo 29 do Código Penal. Em termos mais singelos significa dizer que, quanto pior as condições de vida experimentadas pelo agente, maior será a redução de pena.

Posicionamento defendido, inclusive, por Gregóre Moura¹⁶, que prossegue afirmando:

[...] é, a nosso sentir, a melhor hipótese para positivação da coculpabilidade, pois é a mais consentânea com o Direito Penal democrático e liberal, na esteira do garantismo penal, uma vez que permite maior individualização da pena aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal, dirimindo qualquer dúvida nesse aspecto, com incidência na terceira fase de sua aplicação.

Faz-se importante ressaltar que a aplicação do supramencionado princípio torna concreta a responsabilidade da sociedade na seleção dos bens jurídicos que devem ser

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70002250371. Relator Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Apela>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

¹⁶ MOURA, op.cit., p.129.

tutelados e daqueles a quem importa penalizar. De forma a favorecer não só análise equânime e justa da censura social e penal do agente, como também a reprovação indireta da própria sociedade e do ente estatal, os responsáveis efetivos da situação de marginalidade e exclusão experimentada por aquele.

Assim sendo, a coculpabilidade não tem o condão de eliminar a seletividade do sistema criminal, porquanto é impossível não existir seletividade nesse ramo do Direito, mas atuar como instituto jurídico mitigador dessa seletividade, reduzindo seus impactos e fortalecendo o desenvolvimento de um espírito crítico que oriente a sociedade. A proposta se traduz, precisamente, em dar o primeiro passo rumo à mudança de paradigma no Direito Penal pátrio, minorando os efeitos da exclusão social e dando oportunidade a um sistema penal mais efetivo.

CONCLUSÃO

Diante das exposições apresentadas, restou evidenciado que, a despeito do Código Penal não fazer previsão expressa do Princípio da Coculpabilidade, existe certo reconhecimento de sua importância. O instituto é fruto de recentes construções teóricas no campo criminal, em busca de um Direito mais efetivo, humanista, defensor da igualdade e da individualização da pena, imprescindível para tutelar e igualar os hipossuficientes. Ademais, reflete o anseio de se estabelecer limites à atuação estatal e de se vislumbrar a constitucionalização efetiva do Direito Penal brasileiro.

Como demonstrado, é perfeitamente possível o reconhecimento da coculpabilidade como expressão da menor reprovabilidade da conduta delituosa, em decorrência da redução do âmbito de autodeterminação do agente transgressor, que não raro, por condições de vida desfavoráveis, age com menosprezo à sociedade que o exclui, marginaliza e estigmatiza, bem como ao Estado negligente, omissivo e violador do contrato social estabelecido.

O próprio Estado elencou para si como objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais. Ao deixar de cumprir com objetivos fundamentais, deixa parte da população vulnerável a determinadas situações, sobretudo, à repressiva do sistema penal.

A aplicação da coculpabilidade se faz necessária ante a falência estatal e do Direito Penal, no exercício do controle social. Some-se a isso o fato deste ramo do Direito ser imposto por uma classe dominante que seleciona os seus destinatários de forma arbitrária, gerando flagrante deslegitimação do direito criminal que, por sua vez, não deve ser utilizado como mero instrumento de segregação entre classes como vem acontecendo.

Ainda que o instituto analisado não seja isento de críticas, por óbvio isso não o desqualifica frente ao apelo social que garante, visto buscar a isonomia de tratamento entre os cidadãos, ou seja, a necessidade de se dispensar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, objetivando a redução da seletividade do sistema penal e equilibrando as disparidades existentes na sociedade através da aplicação de penas mais justas.

Acredita-se que o reconhecimento da responsabilidade do Estado perante a prática de determinadas condutas delituosas por sujeitos em situação de vulnerabilidade é o caminho para a redução da seletividade penal. Traduz, ainda, a materialização de um direito penal moderno, garantista, humano e isonômico, que se adequa à realidade social hodierna.

Decerto, a negligência estatal em relação às prestações materiais deve ser considerada de modo que o Estado deve ter reconhecida sua parcela de culpa quando da prática de determinados delitos por certos agentes, a fim de alcançar um sistema criminal menos elitista, seletivo e apático à realidade do homem e da sociedade. Desta feita, é preciso um esforço no sentido de aprimorar o conteúdo da coculpabilidade, alocando-a da melhor maneira no ordenamento jurídico pátrio.

Ressalte-se que não se pretendeu, por este estudo, o esgotamento do tema, mas tão somente a condução de uma melhor análise do instituto e uma exegese mais técnica de suas razões e fundamentos, com a consequente adoção e aplicação prática. Ademais, apreende-se que o instituto da coculpabilidade merece ser positivado, a fim de se perquirir um sistema penal menos elitista, seletivo e mais suscetível à realidade da sociedade brasileira atual.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 27 ago.2017.

_____. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70002250371*. Relator Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+70002250371>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Maria Cristina Castilho. *O que todo cidadão precisa saber sobre democracia*. São Paulo: Global, 1987.

FARIAS JR., João. *Manual de Criminologia*. Belo Horizonte: Jurua, 2008.

LINHARES, Raul Marques. *Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/293-252-novembro2013>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MOURA, Grégore Moreira de. *O Princípio da Coculpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.