

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
JACKSON HENRIQUE DE OLIVEIRA

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE
DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

LAGES
2020

JACKSON HENRIQUE DE OLIVEIRA

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE
DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro
Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Joel Saueressig.

LAGES

2020

JACKSON HENRIQUE DE OLIVEIRA

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE
DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro
Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Joel Saueressig.

Lages, _____ / _____ /2020. Nota _____

Coordenadora do Curso de Direito Prof^ª. Ma. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2020

Em Memória de minha mãe
Maria Gorete Moraes de Oliveira.

AGRADECIMENTOS

Ser bacharel em Direito foi uma vontade que me acompanhou por muitos anos e sem dúvidas existem muitas pessoas a agradecer.

Em primeiro gostaria de agradecer a Deus, por ter me dado saúde e perseverança para realização do curso que tanto sonhara.

Aos meus familiares, por todo o carinho e ajuda nos momentos mais difíceis enfrentados ao longo da minha graduação.

Aos meus amigos que em momentos onde havia vontade de desistir, eram minha fortaleza, apoiando na continuidade e transformando os momentos de tristeza em alegria.

E a Universidade juntamente com meus professores, que me deram todo o suporte, estrutura e um ensino de qualidade para que conseguisse finalizar meu curso.

PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Jackson Henrique de Oliveira¹
Prof. Me. Joel Saueressig²

RESUMO

Ao longo dos anos, o Direito Penal sofreu grandes alterações no Brasil e no mundo, onde muitos avanços foram possíveis, mudando completamente o cenário nesse sistema. Em contrapartida, ainda existem lacunas a serem preenchidas que possibilitem que o Direito Penal atue de forma não discriminatória e preconceituosa. Nesse sentido, surgiu a Teoria da Culpabilidade, que tem como objetivo dividir a responsabilidade de culpa entre quem cometeu um crime e o Estado, visto que este não conseguiu prover os direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal Brasileira. Legisladores, juristas e vários estudiosos, tem afirmado que os fatores socioeconômicos estão diretamente atrelados à prática criminosa, pois algumas pessoas encontram somente nesse ato um meio para sua subsistência e de sua família. Com a desigualdade social, os sujeitos são submetidos cada vez mais a adotar essas práticas, o que consequentemente aumenta os índices de crime no país. Com a aplicação da culpabilidade como princípio, torna-se possível para pessoas que vivem nessas condições de vulnerabilidade terem parcela da culpa passada para o Estado, havendo assim diminuição de pena. No entanto, no Brasil, não há legislação própria para a aplicação desse princípio, cabendo ao juiz acolher ou não no processo durante a fixação da pena-base, a partir das circunstâncias judiciais. Tendo em vista que o princípio determinar parcela de culpa ao Estado, muitos juristas e legisladores ainda são contra a utilização desse, compreendendo que a culpa é única e exclusivamente do sujeito. Assim, o que se tem no país é o princípio da culpabilidade às avessas, onde os chamados “colarinhos brancos”, aqueles que possuem maiores poderes socioeconômicos, conseguem diminuição de pena até mesmo quando cometido crimes mais graves. É possível concluir que mesmo com os avanços no Direito Penal nos últimos anos, ainda são muitas as modificações necessárias para que o sistema atue de forma igualitária, não havendo preconceitos por origem, raça, sexo, cor, idade, religião etc.

Palavras-chave: cálculo da pena, culpabilidade às avessas, desigualdade social, igualdade.

¹Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, Centro Universitário Unifacvest.

²Profº. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário Unifacvest.

PRINCIPLE OF COCULPABILITY AND ITS APPLICATION IN THE PEN DOSIMETRY PHASE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Jackson Henrique de Oliveira¹
Prof. Me. Joel Saueressig²

ABSTRACT

Over the years, Criminal Law has undergone major changes in Brazil and in the world, where many advances were possible, completely changing the scenario in this system. However, there are still for Criminal Law to act in a non-discriminatory and prejudiced manner. In this sense, the Coculpability Theory emerged, which aims to divide the responsibility for guilt between those who committed a crime and the State, since it was unable to provide the fundamental rights protected by the Brazilian Federal Constitution. Legislators, jurists and several scholars have argued that socioeconomic factors are directly linked to the criminal practice, because some people see only in this act a means to their livelihood and your family. With social inequality, subjects are increasingly subjected to adopting these practices, which consequently increases crime rates in the country. With the application of co-culpability as a principle, it is possible for people living in these conditions of vulnerability to have part of the blame passed on to the State, thus reducing their sentence. However, in Brazil, there is no specific legislation for the application of this principle, and it is up to the judge to accept or not in the process during the establishment of the basic penalty, based on judicial circumstances. Bearing in mind that the principle determines a portion of the fault of the State, many jurists and legislators are still against the use of this, understanding that the fault is solely and exclusively of the individual. Thus, what we have in the country is the principle of co-culpability “inside out”, where the so-called “white collars”, those who have greater socioeconomic powers, are able to decrease their sentences even when they commit more serious crimes. It is possible to conclude that even with the advances in Criminal Law in the last years, there are still many modifications necessary for the system to act in an egalitarian way, without prejudice by origin, race, sex, color, age, religion etc.

Keywords: equality, social inequality, penalty calculation, backwards guilt.

¹Academic of the Law Course, 10th phase, Centro Universitário Unifacvest.

²Profº. Master in Law, from the teaching staff of Centro Universitário Unifacvest

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O DIREITO PENAL NO BRASIL.....	10
2.1 Princípios Penais no Direito Penal Brasileiro.....	10
2.1.1 Princípio da legalidade.....	11
2.1.2 Princípio da humanidade.....	11
2.1.3 Princípio da proporcionalidade da pena.....	12
2.1.4 Princípio da igualdade e princípio da dignidade da pessoa humana.....	12
2.1.5 Princípio da individualização da pena.....	12
2.1.6 Princípio da culpabilidade.....	12
2.2 Origem do Princípio da Co-culpabilidade.....	13
2.3 Princípio da Cculpabilidade no Direito Penal Brasileiro.....	15
3 DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL E NO MUNDO.....	19
3.1 A Dosimetria da Pena no mundo.....	19
3.2 A Dosimetria da Pena aplicada no Brasil.....	22
3.3 Circunstâncias Judiciais.....	25
4 A COCULPABILIDADE À LUZ DA DOSIMETRIA DA PENA.....	29
4.1 O Princípio da Cculpabilidade e a aplicação do cálculo da pena.....	29
4.2 Entendimentos jurisprudenciais acerca da cculpabilidade.....	30
4.3 Cculpabilidade às avessas.....	33
5 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal está vinculado à dedução racional dos bens essenciais para que seja possível a coexistência livre e pacífica em sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal é o ponto de partida da estrutura de delito, considerando as funções atribuídas à pena. Este possui tanto função ético-social como preventiva. A função ético-social é exercida através da proteção dos valores fundamentais da vida social, que se configura pela proteção de bens jurídicos, sendo estes essenciais para a sociedade e para o indivíduo. A soma desses bens jurídicos irá constituir a ordem social (conjunto de normas, instituições e costumes que regulam a vida dos cidadãos nas relações de ordem jurídica, social e moral). No que tange a função preventiva, essa surge como consequência da função ético-social, buscando garantir a segurança e estabilidade para que não haja violação ao ordenamento jurídico-social.

Para que fosse possível chegar ao Direito Penal existente no Brasil na atualidade, várias foram as discussões entre os grandes doutrinadores, onde determinou-se princípios fundamentais que garantem o funcionamento desse. Entretanto, essas discussões continuam ocorrendo para que as funções norteadoras do Direito Penal possam ser cumpridas respeitando os princípios constitucionais, priorizando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando os princípios fundamentais, é necessário reconhecer como os fatores econômicos e sociais podem exercer influência sobre a vida dos cidadãos. Nesse sentido, surge a Teoria da Culpabilidade que considera as desigualdades sociais da sociedade e como estas influenciam os indivíduos para levar a prática do crime. No Brasil, a desigualdade social se mostra como o principal fator para o aumento da violência, pois pessoas que não tiveram acesso à educação, saúde, moradia, alimentação, segurança e outros direitos sociais estão mais propensas a cometer algum crime para tentar mudar as condições sub-humanas em que estão acometidas. Assim, a inclusão de instrumentos efetivos no Direito Penal que busquem uma transformação social é necessária para que não haja discriminação e preconceito até mesmo nos aspectos jurídicos.

Assim, o problema do estudo reside em analisar como a desigualdade social no Brasil pode influenciar à vida dos indivíduos no Brasil e como isso está sendo refletido do Direito Penal brasileiro. Qual são as decisões das jurisprudências sobre esses aspectos? O Direito Penal atua na diminuição de seletividade no momento de decisão da culpabilidade do sujeito

ou auxilia que o princípio da coculpabilidade não seja invocado, levando a uma maior marginalização de pessoas que vivem em situações de vulnerabilidade?

Dessa forma, o objetivo do estudo é demonstrar quais são os princípios fundamentais do Direito Penal, abordando com maior ênfase o princípio da coculpabilidade e se este é utilizado no Brasil, principalmente no que diz respeito à Dosimetria da Pena. Para tal, o trabalho será dividido em três capítulos.

Como abordagem metodológica será utilizado o método dedutivo, estabelecendo-se um problema com a finalidade de analisar este através de linhas de entendimentos de juristas, legisladores e outros pensadores em formato de análise crítica. A pesquisa foi realizada através de busca bibliográfica, em livros e artigos científicos, tanto por meio digital como impresso.

O estudo foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro relatado os princípios do Direito Penal, a origem do conceito da coculpabilidade, bem como, a sua ação no Direito Penal no Brasil. No segundo capítulo será relatado a funcionalidade da Dosimetria da Pena no Brasil e no mundo e as circunstâncias judiciais. Ao terceiro capítulo cabe relacionar a Dosimetria da Pena e o princípio da coculpabilidade, verificando quais são os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema.

2 O DIREITO PENAL NO BRASIL

Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana surgem os princípios orientadores e limitadores do Direito Penal, que auxiliam na construção da definição do delito para o estabelecimento dos limites do poder de punição por parte do Estado. Todos os princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal, sendo amparados na própria Constituição Federal de 1988. Nesse capítulo será abordado como são classificados os princípios penais e qual a aplicação em cada caso, priorizando o princípio da coculpabilidade, em seu contexto histórico e de reflexão legislativa no Brasil.

O Direito Penal é apresentado de maneira mais concreta a partir do direito contemporâneo, onde ocorreram inúmeras transformações sobre os cenários do ordenamento, das teorias, das construções doutrinárias, do verdadeiro papel da jurisprudência no mundo, e até mesmo, sobre a forma como o Direito é ensinado e como alterações realizadas nesta pode afetar diretamente todos os indivíduos (MACEDO JUNIOR, 2013, BITENCOURT, 2019).

Conforme Batista (2011, p. 24) o Direito Penal é “o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e a validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas”. Guzman (1983) descreve que o Direito Penal se apresenta por um conjunto de valoração e princípios, sendo que estes orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. É a partir desse conjunto de normas que se torna possível a convivência humana, pois os rigorosos princípios de justiça delimitam o que pode e o que não pode ser considerado uma característica criminosa.

No panorama de complementação tem-se o sistema penal, que é o conjunto das instituições que se incumbem de colocar em prática o Direito Penal. O sistema penal é regido por três instituições, a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. Para o pleno funcionamento do sistema, esse é apresentado de maneira abstratamente igualitário, justo e comprometido com a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais instituído no Brasil através da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988; BATISTA, 2011).

2.1 Princípios Penais no Direito Penal Brasileiro

Conforme Jesus (2009) é possível definir quatorze princípios fundamentais do Direito Penal, sendo: princípio da legalidade ou da reserva legal; da proibição da analogia *in malam*

partem; da anterioridade da lei; da irretroatividade da lei mais severa; da fragmentariedade; da intervenção mínima; da ofensividade; da insignificância ou bagatela; da culpabilidade; da humanidade; da proporcionalidade da pena; do estado de inocência; da igualdade; do *ne bis in idem*.

No entanto, não há uma concordância sobre quais devem ser considerados os princípios penais, Gomes (2014) descreve quinze princípios, que são expressivamente previstos na legislação, tanto de forma explícita ou implícita, que são os norteadores do Direito Penal brasileiro: princípios da legalidade; da anterioridade; da retroatividade da lei penal mais benéfica; da humanidade; da responsabilidade pessoal; da individualização da pena; da intervenção mínima; da taxatividade; da proporcionalidade; da vedação da dupla punição pelo mesmo fato; da culpabilidade; da dignidade da pessoa humana; da insignificância; da ofensividade; e da exclusiva proteção a bens jurídicos.

Alguns princípios mencionados, tanto por Jesus como por Gomes, repetem-se, no entanto, alguns entram em contradição. Como são muitos os princípios mencionados, no trabalho serão elencados os considerados mais importantes e estão correlacionados com o princípio da *culpa in causa* ao qual é o objetivo do estudo.

2.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está expressamente previsto no art. 5º do texto constitucional, dispondo: “[...] XXXIX: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). A partir desse princípio se estabelece uma limitação ao poder punitivo estatal (BITENCOURT, 2019).

O princípio da legalidade é extremamente importante, pois este representa em um Estado democrático de Direito, onde o Estado não deverá exercer o direito de punir à indivíduos que tenham praticado alguma transgressão de maneira deliberante sem parâmetros básicos e prévios. Assim cabe ao princípio determinar que nenhuma pena será aplicada sem que exista uma lei previa definindo-a e fixando uma sanção respectiva (MARQUES, 2016). Batista (2011) descreve que o princípio da legalidade garante a prevalência do império da lei sobre o império do poder.

2.1.2 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade é a garantia que o réu será tratado como pessoa humana. Assim, rechaça-se torturas, penas cruéis, maus tratos ou qualquer outra situação que venha a

violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Através da Constituição Federal brasileira esse princípio fica garantido por diversos dispositivos, tais como o art. 1º, III, 5º, III, XLVI e XLVII, estando presente antes e durante o processo e também para a execução da pena (BRASIL, 1988).

2.1.3 Princípio da proporcionalidade da pena

Através desse princípio fica estabelecido que a pena não poderá ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Assim, o cálculo da pena levará em consideração a culpabilidade do sujeito (JESUS, 2011).

2.1.4 Princípio da igualdade e princípio da dignidade da pessoa humana

Garante que todos sejam tratados de forma igualitária perante a lei penal, não podendo ser discriminado pela origem, raça, sexo, cor, idade, religião etc. O princípio da igualdade está inteiramente correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo que todos sejam tratados igualmente e com respeito (BRASIL, 1988). Nunes (2009) considera que o princípio da dignidade humana pode ser visto como *supraprincípio* constitucional, pois a partir dele é que foram considerados os demais princípios preconizados pela legislação.

2.1.5 Princípio da individualização da pena

Esse princípio garante que as penas dos infratores não serão igualadas, mesmo que tenham praticado o mesmo tipo de crime. Isso ocorre porque mesmo que dois indivíduos tenham realizado crimes idênticos, cada um possui histórico diferente, o que cabe a punição individual que lhe é devida (NUCCI, 2011). A Constituição Federal de 1988 dispõe que a individualização ocorrerá durante as três fases: cominação, aplicação e execução (BRASIL, 1988).

2.1.6 Princípio da culpabilidade

Segundo esse princípio não há crime sem culpabilidade. Partindo da *nullum crimen sine culpa*, a responsabilidade pelo cometimento de um crime não pode ser objetivo, mas sim subjetiva, baseando-se na existência de culpa ou dolo. Para o Código Penal Brasileiro

compreende-se que a culpabilidade consiste em um juízo de reprovação, recaindo sobre o agente de um fato típico e antijurídico, se fazendo presente sempre que o agente foi imputável, puder entender o caráter ilícito do fato ocorrido e se for possível exigir uma conduta diferente da realizada (ESTEFAM; GOLÇALVES, 2014).

A culpabilidade não é um fenômeno isolado, mas um fenômeno social:

Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade (MUNÔZ CONDE, 1988, p. 129).

A culpabilidade é capaz de gerar três consequências materiais como há inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado, a outra é que somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor, e por fim, que a culpabilidade é uma medida da pena. Desse modo, a culpabilidade demonstrada nessas dimensões representa uma garantia fundamental no processo de atribuição de responsabilidade penal (BITENCOURT, 2019).

Através da condição exercida no princípio da culpabilidade emerge-se uma vertente que abrange a possibilidade de o Estado também fazer parte desse crime, visto que há muita desigualdade social no mundo todo. O princípio da coculpabilidade, que é o foco principal desse trabalho.

2.2 Origem do Princípio da Co-culpabilidade

Em um Estado Democrático de Direito é necessário estabelecer parâmetros e preceitos jurídicos condizentes com a realidade fática da sociedade atual, somente a partir dessa realidade compreendida é possível determinar as punições adequadas ou até mesmo normas que possam prevenir que ocorram delitos. Nesse sentido, deu-se origem ao princípio da coculpabilidade, que busca penas mais justas conforme a realidade do indivíduo (FREITAS, 2014).

Sua origem decorre do Direito Penal socialista, nos primórdios do século XX, quando Jean-Paul Marat, um médico nascido na Suíça criou as primeiras ideologias acerca da Teoria da Coculpabilidade. Jean-Paul que praticava trabalhos sociais e ligados às ideias antioligárquicas, exercidas na época, mostrou como àqueles que estavam no poder eram Inimigos do Povo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999).

Com a Revolução Industrial surgem as ideias marxistas que correlacionam o Direito, o Estado e a Religião, com propósito de extinguir as desigualdades que acometiam a população que estava a mercê dos critérios capitalistas. Moura (2006) explica que nesse momento houve quebra do contrato social por parte do Estado, que deixou de proporcionar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e o desenvolvimento da pessoa humana. Assim, as ideias advindas deste princípio surgiram com os estados liberais, que foram necessários em virtude dos aspectos falhos do Estado.

A famosa frase “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” é fruto da Consolidação dos Direitos Humanos na Revolução Francesa, e deixa evidente como o sistema deverá sempre agir (PINTO, 2008). Para tal, a coculpabilidade surge como um contraponto à seletividade, marginalização e exclusão gerada pelo direito penal. Propondo-se assim, que a culpabilidade do sujeito “seja vista a menor, quando forem parcas as oportunidades concedidas a ele pelo Estado no tocante aos direitos sociais (v.g., saúde, educação, direitos trabalhistas, assistência social, etc.)” (TANURE; FERREIRA, 2014, p. 126).

De acordo com Cabette (2008, s.p):

O chamado "Princípio da Co-Culpabilidade" aponta para a necessidade de avaliar nos casos concretos o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminoso. Quando o espaço decisório do agente encontrar-se muito limitado pelas suas condições sócio-econômicas, impõe-se um reconhecimento pela sociedade e pelo Estado de certo grau variável de co-responsabilidade pela conduta delituosa a que em parte foi o autor impelido por tais condições adversas. A grande consequência é que a reação penal nesses casos deve ser abrandada, senão até mesmo afastada, dependendo, como antes destacado, do grau maior ou menor de condicionamento provocado pelo "status" sócio-econômico do agente.

Desta maneira, idealiza-se uma repartição de responsabilidade entre o Estado e a pessoa que cometeu o crime. Essa responsabilidade por parte do estado não se figura de forma real, posto que é titular do *jus puniendi* e não poderia se autopunir. A partir do momento em que houver omissão do Estado em cumprir as garantias dispostas pela Constituição Federal, o princípio da coculpabilidade poderia ser utilizado para compensação na dosimetria da pena (GOUGET, 2015).

Vários artigos da Constituição apontam que todos possuem garantias por parte do Estado:

[...]

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

[...]

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Além desses, o art. 196, 205 e 225 determinam outros papéis importantes por parte do Estado. O acolhimento da teoria da coculpabilidade seria uma forma de compensar a culpa do cidadão perante a omissão estatal e da sociedade anterior no fornecimento das políticas públicas mínimas. Nas palavras de Batista (2011, p. 105) “em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.

2.3 Princípio da Coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro

Direito Penal utiliza-se do princípio da dignidade humana para atuar de maneira igualitária e justa com os indivíduos, entretanto, na prática essa ação não funciona de maneira efetiva, uma vez que o sistema é seletivo, repressivo e estigmatizado (BATISTA, 2011). Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 73) sobre a atuação do sistema penal, descreve que:

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.

Baratta (2002, p. 162) complementa explicando a atuação por parte do Direito Penal, que estaria a serviço das classes sociais economicamente mais favorecidas:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do

que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência.

Guimarães (2010) corrobora afirmando que a aplicação do Direito é bastante defeituosa no Brasil, onde é repleto de impunidades, injustiças e de morosidades. Para compreender como isso afetou e afeta o Brasil, é necessário discutir o sistema desigual e a raiz desses problemas. De acordo com Freitas (2014) e Pereira (2012), em um sistema utópico e idealista todos os cidadãos teriam acesso aos direitos básicos como saúde, alimentação, moradia, educação e trabalho digno, sem importar a cor da pele, a raça, a religião ou a orientação sexual. Mesmo em classes sociais diferentes, dentro dessa utopia não haveria pobreza, haveria distribuição de renda e não teríamos injustiça social. Entretanto, considerando o sistema adotado, que é o capitalismo, o mundo está repleto de diferenças sociais e nem todos conseguem acessar os seus direitos básicos como cidadãos.

O Brasil tem altos índices de homicídios que vitimizam principalmente as populações mais vulneráveis, isso ocorre justamente pela correlação que há entre a desigualdade social do país com o aumento desses índices (FAJNZLBER et al., 2002). As pessoas submetidas a esta situação de desigualdade são, na maioria das vezes, vistas como sub-humanos, pelo próprio preconceito de viverem em favelas, pela classe social e cor. Assim, quando cometem um crime a justiça lhes define como criminosos, sendo o último selo desse estigma (SILVA; LEITE, 2007; ANDRADE; FERREIRA, 2014). Esse modelo de sistema vivenciado no país pode ser vista diariamente nos noticiários e refletem muito como essa população mais carente é tratada na sociedade, sendo que esses nunca tiveram acesso aos seus direitos como deveria ter ocorrido, e muitas vezes, precisaram optar pela vida do crime para seu sustento e de sua família:

Violência e criminalidade são fenômenos que costumam precederem-se entre si e que, na maioria dos casos, pode ser explicado como consequência da desigualdade social. Pessoas sem acesso a uma boa educação, até mesmo por parte dos pais, e que sofrem omissão do estado, não tendo condições básicas de subsistência, acabam se influenciando, ora por tendência natural da psique humana, ou por influência do meio social onde vivem, a praticar atos delituosos e violentos, como forma, em suas próprias concepções de adquirir meios financeiros, ou mesmo de luta contra a desigualdade imposta. Como resultado, observam-se, em países e regiões que sofrem com a desigualdade social, altos índices de homicídios e delitos praticados pelos indivíduos em geral, mais carentes de recursos e tendenciosos a atos desse tipo. Vale ressaltar que esses fenômenos não ocorrem como regra da consequência de desigualdades sociais, haja vista que a maioria da população que é afetada pela desigualdade, não recorre a meios violentos ou ilícitos para driblar essa realidade, sendo esses fenômenos explicados, nesses casos, por traços de personalidades individuais (DESIGUALDADE SOCIAL, 2014).

Considerando as desigualdades sociais enfrentadas no Brasil e no mundo, o princípio da coculpabilidade como já observado surge com a intenção de prover uma parcela de culpa ao sistema, pois esse não conseguiu prover seus direitos ou lhe dar condições mínimas para que pudesse criar outro cenário para sua subsistência. Batista (2011) explica que nesse caso é essencial considerar a experiência social dos réus, assim como, as oportunidades que se depararam e a assistência que lhes foi ministrada. Assim, ao lado dos réus, senta-se também a sociedade que os produziu desse modo.

No Brasil, o princípio da coculpabilidade não está expressamente previsto no ordenamento jurídico, como já ocorre em outros países latino-americanos (Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica). Todavia, nos últimos anos, alguns julgadores com a preocupação nas realidades econômicas-sociais, tem introduzido o princípio nos tribunais, mas ainda assim a parcela é expressivamente inferior aos que consideram que a desigualdade social não pode tornar-se um “argumento” para legitimar práticas ilícitas (ARAÚJO, 2013).

Em razão do que poderia ser invocado o princípio para justificar o ato criminal, Mirabete e Fabbrini (2011, p. 299) descrevem algumas circunstâncias como por exemplo: “a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada”, e ainda a “facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.” Ou seja, muitas seriam as aplicações no sistema judiciário brasileiro.

Para Coelho e Soares Filho (2016) o princípio da coculpabilidade está muito relacionado aos Direitos Humanos, uma vez que a efetividade dos direitos fundamentais que são previstos na Constituição Federal brasileira (liberdade individuais, direitos constitucionais, direitos da pessoa humana, direitos naturais etc.) deixam evidentes a necessidade de tratamento igualitário entre os cidadãos.

O reconhecimento desse princípio pode ser visto com maior veemência no Direito Processual Penal, no art. 187, inciso 1º do Código de Processo Penal que prevê que a primeira parte de um interrogatório sobre o acusado levará em conta as oportunidades sociais e meios de vida do interrogando (BRASIL, 1941). O que cabe ao estudo da dosimetria da pena levar esses aspectos da desigualdade social e os direitos constitucionais como fatores que influenciam no ato criminal, o que de fato pode compensar a culpa do infrator com a do Estado e da Sociedade (SANTIAGO; BRAGA, 2016; GRECO, 2017).

Para compreender como a inclusão do princípio da coculpabilidade pode ser considerada no sistema judiciário brasileiro, é necessário adentrar nos aspectos da Dosimetria da Pena, de modo histórico e aplicado no Brasil e no mundo, o que será abordado no segundo capítulo do trabalho.

3 DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL E NO MUNDO

A Dosimetria da Pena ou também cálculo da pena diz respeito a sanção penal ao qual o indivíduo responderá a partir da decisão do juiz. Muitas mudanças foram ocorrendo ao longo dos anos para que o Código Penal brasileiro. Para compreender de melhor forma é necessário adentrar nos aspectos históricos da pena em contexto mundial. Assim, no segundo capítulo será realizada a análise histórica no mundo e posteriormente no Brasil e como a Dosimetria da Pena é aplicada nas suas circunstâncias judiciais.

3.1 A Dosimetria da Pena no mundo

Na etimologia a palavra pena tem sua origem do latim “*poena*”, tendo seu significado relacionada com castigo, punição, penitência e dor. Em relação a sua evolução histórica é possível dividir em seis fases principais, que ocorreram em diferentes fases da história da humanidade: a fase da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, período humanitário, científico e nova defesa social (TELES et al., 2004).

Bitencourt (2019) ressalta que a vingança privada, a divina e a pública estavam profundamente marcadas pelo forte sentimento religioso e espiritual. Desse modo, é possível descrever que durante essas fases os fenômenos naturais maléficos eram vistos como manifestações divinas e, portanto, era necessário que houvesse uma reparação por meio de punição.

Surgindo através de costumes herdados de várias gerações, os comportamentos que de alguma forma podem lesar alguém ou trazer prejuízos sociais, são tratados como uma ordem fundamentada na religião, sendo os *totens* e *tabus* (MARQUES, 2008). Conforme Freud (1974) esses *tabus* são restrições que não apresentam fundamento racional, mas obriga a todos a seguir uma linha determinada por quem detém poder, do contrário, para esse será traçada uma punição.

Capez (2003, p. 02) explica que até mesmo desastres naturais durante esses períodos da história eram vistos como maneiras dividas de demonstrar que algo pudesse estar sendo feito errado:

O direito penal, inicialmente, foi concebido como uma forma de exercer a vingança divina contra infratores, cujos crimes despertavam a cólera dos deuses (*totem*) e colocavam em risco a existência de toda a sociedade ou grupo. Com efeito, em tempos remotos da história da humanidade, a mística e a superstição dominavam o direito penal, de modo que fenômenos naturais eram interpretados como castigos divinos aos crimes cometidos, os quais deveriam ser reprimidos para evitar tragédias enviadas pelos deuses, por meio de catástrofes. Tempestades, incêndios, furacões, terremotos, longa estiagem, dentre outras desgraças, todas explicadas pela ciência hoje, eram interpretados como exteriorizações da ira superior das divindades.

Nessa linha de pensamento foram construídas as primeiras punições, principalmente nas fases da vingança privada e vingança divina. Com o surgimento das primeiras sociedades, e logicamente sem um ordenamento jurídico que regulasse as relações sociais, cabia ao homem determinar a partir de seu instinto como deveria agir perante a uma “desobediência”.

Assim, deu-se origem à fase de vingança privada, onde a ofensa sofrida por um indivíduo era determinada pelo mesmo, pelos familiares ou pela tribo em que pertencia a vítima. Desse modo, não havia proporcionalidade nessa punição, tratava-se apenas de uma vingança pelo ato cometido.

Foi durante essa fase que surgiu a Lei do Talião, com a famosa frase “olho por olho, dente por dente” (BRAGHIN, 2015). Capez (2003, p. 02) acrescenta que tratava de “uma vingança violenta e quase sempre desmesurada. Não se observava sequer a conhecida lei da física da reação igual à ação. A ofensa a um indivíduo de outra tribo era encarada, muitas vezes, como uma ofensa a toda a comunidade”, o que poderia resultar em “reações coletivas e rivalidades eternas”. Portanto, verifica-se que durante esse período a punição era algo ligado a vingança, sendo praticada dependente da pessoa que era considerada a vítima por determinado ato.

Com o surgimento das primeiras codificações, tal como o Código de Hamurabi, um conjunto de leis escritas pela civilização mesopotâmica, que se tornou a base da fonte jurídica para criação das leis de todos os povos da Antiguidades, incluindo os assírios, caldeus e hebreus, modificou a aplicação das penalizações utilizadas até então, adentrando no período da Vingança Divina (TELES et al., 2004; NINA-e-SILVA; ALVARENGA, 2017). Nos códigos que se seguiram ao de Hamurabi, mais punições e formas de mutilação e morte foram “regulamentadas”. Poucas eram as leis que falavam de prisões, somente em casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e desertores do serviço estatal (MORRIS; ROTHMAN, 1997).

Teles et al., (2004) explanam que nesse momento os agentes responsáveis pela punição passam a ser os sacerdotes. Quanto maior fosse o crime cometido pelo indivíduo,

maior seria a pena atribuída a essa, pois somente assim seria possível receber o perdão divina. Ferreira (1997, p. 09) descreve como ocorriam as atrocidades da época:

Em Roma, em certa época a pena de morte se dava da forma seguinte: para os patrícios: decapitação; para os plebeus: morte degradante; para os escravos: crucifixação. Alguns condenados eram atirados do alto da Rocha Tarpéia para o desfiladeiro, onde encontravam morte horrível. A infanticida era colocada dentro de um saco de couro juntamente com um maço, um galo, um cão e uma cobra. Depois de cosido, o saco era atirado a um rio. Além dessas formas de suplicio existiam ainda as mutilações, a flagelação, a marcação com ferro em braço, o trabalho forçado.

Com a mudança de percepção sobre essas atrocidades que eram cometidas, como bem mencionado por Ferreira, buscou-se o aprimoramento da justiça penal. No entanto, no período da vingança pública não houve tanta alteração quanto a crueldade das penas. O que modificou foi que a sanção penal agora não cabia mais à vítima e nem ao sacerdote, mas sim ao monarca. Diniz (2005, p. 11) explica que “o Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição ao invés de se vingar”. Teles et al., (2004, p. 1016) discorrem sobre o formato das punições na época:

[...] a punição era vil, cruel, desproporcional e desumanamente aplicada e a forma mais aplicada era a pena de morte por meio de enforcamento, a roda, decapitação, estripação, cortar a carne sobre o peito, suplicio dos paus, esquartejamento, ser pisado, lapidação, ser sepultado, ser afogado, queimado vivo, a marca. Tudo era feito com o propósito de humilhar, maltratar, com ironia e divertimento, o transgressor e toda sua família.

É possível verificar que até o período da vingança pública poucas eram os avanços quando a sanção penal, alguns autores explicam que foi a partir do período humanitário que mudanças realmente efetivas foram conquistadas, respeitando-se à dignidade da pessoa humana.

O período humanitário teve início no decorrer do Iluminismo, sendo um período marcado pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas, tais como Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (DAHER, 2012; GRECO, 2015). Greco (2015, p. 28) discorre sobre esse momento histórico:

[...] Enfim, o caos reinou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia. As lições e os princípios propostos por Beccaria modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano, que tem seu favor, como um direito inato, sua dignidade.

Deu-se origem a Escola Clássica de Direito Penal, que através da ideologia de livre-arbítrio, abandona o caráter cruel das penas aplicadas até então. Devido a essa corrente compreendeu-se que aos juízes caberia fixar as penas, não cabendo a estes interpretá-las como quisessem (CALDEIRA, 2009). Na doutrina iluminista não era mais permitido utilizar de torturas com os responsáveis por um ato criminal, estes mereciam respeito, compaixão e piedade, pois eram seres humanos como todos os outros. Assim, surgiram a privação de liberdade como pena (BRAGHIN, 2015). Foi a partir desse momento que houve uma modificação maior em relação a interpretação da pena, sendo agora determinada por um juiz e não mais pela pessoa vitimada por um crime ou sacerdote através do que fora visto nos escritos de Hamurabi.

O período científico decorrente dos movimentos humanitários representa um momento da história onde começam a surgir os primeiros códigos penais liberais e obras de cunho científico e criminológico. O maior marco é dado pelo médico César Lombroso em 1875, com a publicação de seu livro intitulado *L' uomo delinquente* (O Homem Delinquente). Nesta obra, Lombroso considera que ao invés do crime ser fruto de livre arbítrio e entidade jurídica, pode ser uma manifestação da personalidade humana, fruto de inúmeras causas. Desse modo, a pena não possui um fim exclusivamente retributivo, mas de defesa social e recuperação do criminoso, por isso, considerava que a individualização da pena era extremamente necessária (LOMBROSO, 2013).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial tem-se um novo período, o Neodefensismo ou Nova Defesa Social, que procura a conscientização e valorização do ser humano, para construir uma sociedade mais digna para todos independentemente da cor, raça ou credo (GOMES NETO, 2000). Nesse sentido, o objetivo é dar ao delinquente o direito de ressocialização e integração sociais, respeitando e protegendo os direitos humanos.

3.2 A Dosimetria da Pena aplicada no Brasil

No Brasil o primeiro marco foi a criação do Código Criminal do Império em 1830, pouco tempo após outorgada a primeira Constituição brasileira em 1824. Baseada principalmente no Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819, esse Código trouxe inegáveis avanços a sanção penal (BRUNO, 1967). No ordenamento modificou-se principalmente a questão das penas corporais, sendo essas substituídas pela privação da liberdade. Além desses, o Código previa dez formas de pena: galés; banimento; prisão com

trabalho; prisão simples; perda do emprego; suspensão do emprego; degredo; desterro; multa e açoites (aplicada aos escravos e posteriormente abolida) (BRASIL, 1830).

A partir do advento da Lei Áurea em 1888 que regulamentava a abolição da escravatura, o Código Criminal mostrou-se ineficaz, sendo necessário um novo Código. Assim, em 1890 após a proclamação da República Federativa (1889) e a imposição da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, entrou em vigor o novo Código Penal. No novo Código não haviam mais penas de morte, prevendo expressamente a não existência de penas infamantes.

No dispositivo também houve a inclusão da individualização da pena, sendo previsto como formas de penas: o abatimento, a interdição, a multa e a suspensão ou perda de emprego público. Para as penas eram determinadas as seguintes punições: a reclusão (realizada em estabelecimento militar, fortalezas ou praças de guerra), a prisão disciplinar (cumprida em estabelecimentos industriais em indivíduos de até 21 anos) e a prisão com trabalho obrigatório (realizada em penitenciárias agrícolas ou presídios militares) (BRASIL, 1890).

O Código Penal de 1890 ficou em vigor até a sua substituição pelo Código Penal de 1940. Nesse diploma legal foram consideradas importantes alterações, tais como as penas e princípios penais. Como principais sanções penais ficou estabelecido:

Art. 1. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas. Alternativa ou cumulativamente.

Algumas inclusões ou alterações dentro da própria lei foram sendo realizadas na medida que outras formulações se mostravam necessárias, tal como a Lei nº 1.521/1951 (crimes contra a economia popular), Lei nº 5.741/1971 (proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação), Lei nº 5.988/1973 (direitos autorais), Lei nº 6.015/1973 (registros públicos), Lei nº 6.404/1976 (Sociedade por Ações), Lei nº 6.515/1977 (dissolução da sociedade conjugal e do casamento), Lei nº 6.538/1978 (serviços postais), Lei nº 6.710/1979 (profissão de técnico em prótese dentária), Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.176/1991 (crimes contra a ordem econômica e criação do sistema de estoques de combustíveis), Lei nº 13.964/2019 (aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal) (BRASIL, 1940). Com as respectivas modificações, o art. 43 determinou as novas formas de punição restritivas de direitos e o art. 44 estabelecem em quais ocasiões poderia ser substituídas as privativas de liberdade:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso;
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Através dos dois artigos mencionados acima estabeleceu-se o meio que o réu poderia cumprir sua sentença, mas para tal ato é necessário que o juiz determine o tempo que será cumprido. Estes aspectos foram contemplados pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941 no Código de Processo Penal. Assim, determinou-se que a Dosimetria da Pena no Brasil atuaria em um sistema trifásico de aplicação da pena, descrito no art. 68:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1941).

Assim, a primeira fase será da *pena base*, sendo consideradas as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. É nessa primeira fase que se estabelecem o *quantum* da pena, que poderá sofrer alterações em virtude das ponderações subsequentes. Após a fixação da pena-base passasse a segunda parte do processo que a fase da *pena provisória* ou de circunstâncias legais, onde o magistrado irá ponderar se o crime é classificado como agravante ou atenuante. E por fim, tem-se o último processo da fixação da pena é a fase da *pena definitiva*, onde o magistrado considera se existem causas para o aumento ou diminuição da pena. De acordo com Nucci (2002, p. 225) o processo de fixação da pena é “um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada”. Como descreve o artigo 59 do código penal.

Art. 59. Fica determinado que o juiz estipulará:

- 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 de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível; (BRASIL, 1940).

Greco (2009) dispõe que a partir do Código Penal, principalmente pelo art. 68, fica determinado um meio que juiz deverá seguir para atuar na individualização da pena do agente praticante da infração penal:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (BRASIL, 1941).

Para essa determinação por parte do juiz é necessário que se atenha às circunstâncias judiciais, que serão abordadas no próximo subtítulo do segundo capítulo do trabalho.

3.3 Circunstâncias Judiciais

As circunstâncias judiciais também são conhecidas como circunstâncias inominadas e o juiz deverá atentar-se “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” (BRASIL, 1940). Para descrever as circunstâncias de delito, Jesus (2011, p. 597) discorre:

As circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta. Não pertencem exclusivamente à teoria do crime nem à teoria da pena. Constituem dados de ligação entre uma e outra, permitindo melhor individualização da sanção penal. Assim, nosso CP as inseriu no Capítulo da aplicação da pena (art. 59 e ss.) que pertence ao Título das penas.

Conforme o autor é possível classificar as circunstâncias podem ser divididas em objetivas ou subjetivas. As circunstâncias objetivas são tidas como reais e “são as que se relacionam com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima”. Já as circunstâncias subjetivas ou também conhecidas como pessoais “são as que dizem respeito à pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido” (JESUS, 2011, p. 598).

Para a disposição legal, as circunstâncias legais podem ser divididas ainda em genéricas: agravantes, atenuantes, atenuantes inominadas e causas de aumento ou de diminuição da pena; ou circunstâncias legais específicas: qualificadoras e causas de aumento ou de diminuição da pena. Considerando as circunstâncias agravantes fica disposto:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundações ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada (BRASIL, 1940).

Cabe ainda ao art. 62 estabelecer sobre os agravantes de concurso de pessoas onde considera pena mais agravada quando há promoção ou organização no crime, coação ou indução, determinar o cometimento de um crime, execução ou participação. Ao art. 65 cabe dispor as circunstâncias atenuantes e ao art. 66 as circunstâncias atenuantes inominadas:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

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

Nas circunstâncias de causas de aumento ou de diminuição da pena, fica determinado:

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.

[...]

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (BRASIL, 1940).

Para o caso das circunstâncias legais específicas, o Código Penal estabelece alguns tipos penais incriminadores, através dos art. 121, § 2º; 155 e § 4º; 157 §3º.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Furto simples

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 3º Se da violência resulta:

I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II - morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa (BRASIL, 1940 grifo do autor).

Para as circunstâncias legais específicas no que diz respeito às causas de aumento ou diminuição de pena ficam determinados os arts. 121, § 1º, § 4º; 129, § 4º; 155; § 1º.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[...]

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

[...]

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

[...]

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno (BRASIL, 1940).

Após considerar as circunstâncias judiciais caberá ao juiz passar pelo processo de fixação da Pena, como já disposto no subtítulo acima. A partir da compreensão do funcionamento da dosimetria da pena no Brasil e do princípio da coculpabilidade, ao capítulo três caberá analisar como é realizado o cálculo da pena para esse princípio que atualmente não está diretamente referido na legislação, tendo em vista precedentes jurisprudenciais. No capítulo três também será realizada uma análise crítica sobre a coculpabilidade às avessas, referindo-se ao padrão da pena adotada no país, que atua na contramão de determinar a culpa por parte do Estado em crimes cometidos por indivíduos em situação de vulnerabilidade.

4 A COCULPABILIDADE À LUZ DA DOSIMETRIA DA PENA

Seguindo as diretrizes para a aplicabilidade da pena a partir do Código Penal Brasileiro, o juiz estabelece a pena-base e em seguida orienta-se sobre as circunstâncias atenuantes ou agravantes e por fim, as causas para diminuição ou aumento para que seja decidido a pena final do acusado. No momento da fixação da pena-base é observado as circunstâncias judiciais em relação ao agente, assim como os motivos para o cometimento do crime. Nesse momento pode-se invocar determinado princípio para esclarecer os motivos do réu.

Dessa forma, no capítulo três será abordado como o princípio da coculpabilidade pode ser utilizado perante a dosimetria da pena e como é realizado o cálculo nesse sentido, baseando-se em entendimentos jurisprudenciais. Como o princípio não é determinado de forma clara e ampla na legislação brasileira, no referido capítulo será observado como o princípio pode ser utilizado de maneira errônea no país, sendo considerado uma coculpabilidade às avessas.

4.1 O Princípio da Coculpabilidade e a aplicação do cálculo da pena

O princípio da coculpabilidade não é citado da legislação de maneira clara, alguns legisladores e juristas nem ao menos consideram a utilização desse no momento da fixação da pena. Outros, contrários a esse posicionamento, descrevem que é possível invocar o princípio da coculpabilidade, sendo extremamente importante por reconhecer que o papel do Estado em prover um sistema igualitário, na maioria das vezes, não ocorre. Ao art. 66 do Código Penal cabe interpretação e, portanto, pode aplicar o princípio da coculpabilidade. Os autores Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 791) descrevem:

Uma circunstância que, lamentavelmente, o texto vigente não menciona de maneira expressa, mas que pode ser considerada por esta via de atenuantes, é a menor culpabilidade do agente proveniente do que se acostumou chamar de “cculpabilidade”.

Para Moura (2006) que defende a manifestação do princípio da coculpabilidade, o art. 59 do Código Penal também poderia ser considerado, onde o juiz atenta-se as oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito. No entanto, a opção não mostra eficaz uma vez que reconhecido o princípio da coculpabilidade pelo julgador, não poderia este reduzir a pena

abaixo do mínimo legal do tipo incriminador. Em contrapartida, Moura (2006) dispõe uma melhor alternativa, que seria a inclusão de um novo parágrafo ao art. 29 do Código Penal, estabelecendo que no caso do agente viver em condições delicadas em áreas culturais, econômicas, sociais ou em estado de hipossuficiência e/ou miséria notável, a pena poderá ser decrescida de um a dois terços.

Entretanto, como não há uma descrição única na legislação é necessário adentrar nos precedentes jurisprudenciais para compreender o parecer das decisões, bem como, como tem se portado o uso do princípio no país, principalmente nos últimos anos.

4.2 Entendimentos jurisprudenciais acerca da coculpabilidade

Estudo realizado por Coelho e Soares Filho (2016) demonstrando de forma quantitativa e qualitativa como tem ocorrido as decisões jurisprudenciais acerca do princípio da coculpabilidade, demonstram que foram analisados 447 acórdãos dos tribunais de justiça, sendo verificado casos no Rio Grande do Sul (93), Minas Gerais (79), Rio de Janeiro (70), São Paulo (49), Pará (39), Paraná (34), Santa Catarina (21), Bahia (14), Distrito Federal e Territórios (12), Espírito Santo (9), Acre (5), Mato Grosso (4), Amazonas (3), Maranhão (3), Rondônia (2), Ceará (2), Paraíba (2), Tocantins (2), Piauí (1), Rio Grande do Norte (1), Alagoas (1) e Mato Grosso do Sul (1). Os autores relatam que nos tribunais de Roraima, Amapá, Pernambuco, Sergipe e Goiás não foram encontrados julgados quanto ao tema. Nas decisões tomadas é observado homogeneidade quanto à apelação pelo princípio da coculpabilidade, sendo citado como atenuante genérico pelo art. 66 do Código Penal.

Tendo conhecimento sobre o número alto de casos em que se utiliza a prerrogativa, serão expostos alguns casos onde nota-se divergência entre os casos e decisões judiciais. No primeiro caso a relatar, nota-se que houve atendimento em parte ao princípio da coculpabilidade, no entanto, não há reconhecimento da teoria, tendo em vista que isso qualificaria a sociedade e o Estado como culpados pelo crime:

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, TENDO EM VISTA AS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO APELANTE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. - O Estado e a Sociedade não podem ser responsabilizados pela criminalidade sob o fundamento da ausência de oportunidades aos indivíduos menos favorecidos, uma vez que o problema da delinquência atinge todas as camadas sociais, e o acolhimento de tal tese implicaria em caos social, impunidade e descrédito da Justiça. - Prestação pecuniária reduzida em razão das condições econômicas do apelante. - Recurso provido em parte (4ª CÂMARA CRIMINAL 30/08/2013 -

30/8/2013 Apelação Criminal APR 10024100966472001 MG (TJ-MG) Doorgal Andrada. ACESSADO EM 29/10/2018).

Em outro caso, buscou-se salientar a situação de pobreza e baixo grau de instrução a serem levados em consideração:

Penal. Tráfico Internacional de drogas. Art. 33, Caput 33, c/c Art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, condição de “mula”. Situação de pobreza. Aplicação da atenuante genérica (Art. 66. CP). Deslocamento para terceira fase. Agravamento pelo uso de transporte público. Exclusão minorantes descritas no art. 33, § 4º, e art. 41, da Lei 11.343/06. Incidência da primeira. Penas redimensionadas. Importação desautorizada de munição. Art. 18 da Lei nº 10.826/03. Pena-Base reduzida. Afastamento das circunstâncias do crime multa. Redução para os dois delitos. Substituição das penas. Vedação legal.

1. No caso específico dos autos, a condição de "mula", a situação de pobreza e o baixo grau de instrução, devem ser avaliados na terceira fase, quando do exame da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por favorecer mais as rés (ICP e Portaria do Tribunal Regional Federal 4º Região nº 195, de 16 de dezembro de 2004 (DJU de 24/12/2004).

Nesse caso, utilizou-se o art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que estabelece que as penas podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, quando é agente primário, de bons antecedentes e que não se dedica às atividades criminosas ou integra uma organização criminosa.

Em um pedido de Habeas Corpus por crime de violação de direito autoral, que estão estabelecidos no art. 184 do Código Penal, utilizou-se o fundamento da coculpabilidade do acusado:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S “PIRATAS”. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II - Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III - Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº. 98.898, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, J. 20.04.2010).

Nesse caso em questão houve reconhecimento que o Estado possui parcela de responsabilidade na prática de delitos, em especial quando diz respeito à natureza econômica, por sujeitos que tiveram seus direitos fundamentais negados, tais como, saúde e educação. Não é retirada a culpabilidade por parte do acusado, mas se reconhece que talvez o ato não tivesse sido praticado caso o agente vivesse em outras condições sociais.

A teoria da coculpabilidade foi acolhida no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em um caso de prática de crime sexual:

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

O recurso foi acolhido na fixação da pena-base, com circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal. Ao julgado conferiu-se parcela de culpa, bem como, ao Estado, que não cumpriu com as condições sociais mínimas para a manutenção de sua subsistência, levando a vulnerabilidade social que pode ter levado a cometer o crime. Desse modo, reconheceu que a coculpabilidade defendida por Zaffaroni e Pierangeli pode ser utilizada na defesa do réu que se encontra em condições vulneráveis.

Todavia, o reconhecimento da Teoria da Coculpabilidade nos tribunais não é algo visto com muita frequência, muito pelo contrário, muitos justificam que a culpa não pode ser transferida ou dividida, sendo de forma exclusiva de quem cometeu o crime. Sobre essa questão, o Desembargador Francisco Cavalcanti expõe o não uso da coculpabilidade em um caso:

Não há nos autos nenhum substrato fático-probatório que autorize a aplicação da atenuante da coculpabilidade do Estado prevista no art. 66 do CP. Pelo contrário, FRANCISCO, em seu interrogatório judicial, afirmou que estudou até o 1º ano do 2º grau e trabalhava como ajudante de pedreiro antes de ser preso; RAFAEL, por seu turno, afirmou ser agricultor, e que, antes do fato delituoso, trabalhava em um lava-jato. Assim, tem-se que o cometimento do crime não se deu por falta de opção, mas, simplesmente, pela busca do lucro fácil, não se podendo contemplar qualquer prova nos autos como suficientemente relevante para aplicar a atenuante do art. 66 do CP. (TRF5. ACR 0000537-88.2010.4.05.8400 – Rel. Des. FRANCISCO CAVALCANTI, 1ª T, j., Dje 06.09.2012).

Percebe-se que não há reconhecimento por parte do Desembargador da coculpabilidade que o Estado e a sociedade podem ter, considerando que os acusados de acordo com ele tiveram oportunidades de estudo ou de trabalho. Outros casos como esse são facilmente encontrados em todos os estados brasileiros. Mais um exemplo é relacionado ao contrabando de gasolina, que está previsto no art. 334 do Código Penal:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO DE GASOLINA. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO DO DELITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO APLICAÇÃO. TEORIA DA COCULPABILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, § 2º DO CÓDIGO PENAL. 1. Materialidade e autoria delitivas demonstradas pelo Auto de Apresentação e Apreensão, pelo Laudo de Perícia Criminal Federal, bem como pela confissão do réu e pelo depoimento das testemunhas arroladas. 2. Inoportuna a aplicação do princípio da insignificância na hipótese por se tratar de crime de contrabando de gasolina da Venezuela. 3. O crime descrito no art. 334 do Código Penal é formal, caso em que a apuração de violação de norma tributária, na esfera administrativa não é condição de procedibilidade da Ação Penal. 4. Não merece acolhida a tese da inexigibilidade de conduta diversa apresentada pelo réu, que alegou que se encontrava em difícil situação financeira e sem emprego fixo. Com efeito, não existem provas da situação de perigo a colocar em risco a sobrevivência do apelante, de modo a justificar a dirimente acenada, ônus esse que cabe à defesa (art. 156 /CPP). 5. A teoria da coculpabilidade deve ser afastada, em face da impossibilidade de divisão de responsabilidade entre a sociedade e o autor de uma infração penal, com fundamento no reduzido grau de autodeterminação do indivíduo. A simples exclusão de determinadas pessoas do mercado de trabalho ou o reduzido número de oportunidades de que dispõem determinados cidadãos não autoriza e nem pode servir como salvo-conduto para a prática de crimes. 6. Redução da pena aplicada na sentença, fixando-se o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal. 7. Substituição da pena [...] (QUARTA TURMA e-DJF1 p.426 de 16/01/2013 - 16/1/2013 APELAÇÃO CRIMINAL ACR 1972 RR 0001972-98.2010.4.01.4200 (TRF-1) DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ).

De acordo com o Tribunal Regional Federal vários são os argumentos para o não reconhecimento da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade, uma dessas é que a sociedade não deve ser penalizada pela falta de oportunidade de cidadãos no mercado de trabalho ou que sem provas de situação de perigo à colocar em risco a sobrevivência, o princípio não deve ser acolhido.

Tendo em vista os precedentes jurisprudenciais abordados é possível compreender que não há decisão unânime na tomada de decisão, assim cabe a análise caso a caso, levando em consideração todas as provas apresentadas para então determinar se o princípio da coculpabilidade será acatado. No Brasil, a grande desigualdade social vivenciada pode apresentar-se até mesmo como uma coculpabilidade às avessas, e assim, as decisões mostram-se contrárias ao princípio.

4.3 Coculpabilidade às avessas

A utilização do direito na sociedade está pautada principalmente na manutenção de uma harmonia, onde todos são igualitários e assim, possuem os mesmos direitos. De acordo com Nader (2007, p. 76) o “direito é um conjunto de normas de conduta social, imposto

coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça”. Entretanto, Tanure e Ferreira (2014) descrevem que durante séculos o direito tem servido e ainda tem servido como uma maneira da classe privilegiada de demonstrar o poder econômico e político que possuem perante as classes mais vulneráveis, o que inevitavelmente resulta em um sistema penal seletivo, garantindo que enquanto alguns possuem o arbitramento de penas, outros não terão.

Desse modo, determina-se um padrão para reconhecer criminosos, sendo determinado pela pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades e quase na totalidade das vezes atingindo a população negra (MOURA, 2006; GOIZ, 2017). O sistema seletivo formado criminaliza a conduta praticada por pessoas que se encontram em situação economicamente privilegiada de maneira bastante diferente dos mais pobres, que são submetidos à restrição de liberdade (TANURE; FERREIRA, 2014).

São esses fatores que fazem com que no Brasil, a coculpabilidade às avessas seja algo comumente praticado. Moura (2006, p. 44) descreve que são três formas de manifestação desse sistema, sendo: “a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas, b) aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômico, c) como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal”. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 172) descrevem que “não cabe dúvida de que toda lei responde em certa medida a uma ideologia, porque não pode deixar de obedecer a um certo sistema de ideias”, ou seja, o Direito Penal possui uma seletividade construída que visa marginalizar aqueles que são obrigados a viver em um sistema vulnerável, e que não contempla o que está descrito na Constituição brasileira.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 610-611) que são grandes defensores do princípio da coculpabilidade, afirmam que as desigualdades sociais que culminam na seletividade do sistema penal precisam ser modificadas, começando pela sociedade e o Estado arcando com essa parcela de culpa:

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

Corroborando como os autores, Miranda (2016, p. 129) discorre:

[...] quanto maior monta a situação de pobreza do indivíduo, maior o estado de vulnerabilidade, e menor é o esforço necessário para incitar a fúria do Estado. Quanto mais elevado o status do indivíduo, menor é o estado de vulnerabilidade, e como tal, maior é o esforço necessário para ficar à mercê do sistema punitivo.

Com a interpretação em ambos os textos de Zaffaroni e Pierangeli e Miranda é possível identificar na composição textual a influência que a sociedade tem sobre a situação do indivíduo, que pela falta de oportunidades e condições mínimas de saúde, educação, segurança, etc., acaba encontrando na vida do crime o meio para se manter e manter sua família. Nas palavras de Greco (2006, p. 155) é fato que “o Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado.”

O princípio da coculpabilidade que está idealmente correlacionado com os princípios constitucionais, buscando a garantia de igualdade, liberdade, justiça, fraternidade e humanidade, tem se mostrado pouco atuante no Brasil e por não haver uma legislação própria ou estar disposta no Código Penal, não determina como o juiz deve analisar a situação quando de fato há prova sobre a situação socioeconômica do acusado, o que garantiria uma redução da pena, pois parcela da culpa seria atrelada ao não cumprimento do Estado em prover a igualdade entre os indivíduos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999; TANURE; FERREIRA, 2014; STURZBECHER, 2015).

Do mesmo modo, Zaffaroni et al., (2015) observam que o criminoso de colarinho branco é detentor de benefícios que estão determinados na lei, tais como a possibilidade de penas menores por condutas análogas às cometidas por pessoas que vivem em situação desfavorável destes. Os cidadãos que são tachados como indesejáveis são escolhidos para serem clientes aptos para que haja repressão penal por parte do Estado, o que promove uma grande seletividade do sistema, tanto pelos tipos de comportamentos descritos pela legislação como pela fórmula técnica dos tipos legais.

É possível compreender que para uma mudança efetiva no sistema, não somente no país como no mundo, é necessária que haja modificações intensas no tratamento legislativo e jurisdicional, o que afetaria as camadas sociais mais elevadas, que tem sido privilegiado pelo sistema atual. Todavia, haveria um enfraquecimento dessas classes consideradas mais dominantes, tornando-os fragilizadas tanto quando os indivíduos de camadas sociais desfavoráveis, e principalmente por esse motivo, não se tem uma perspectiva de melhora no Direito Penal. A reformulação levaria ao descontentamento de uma parcela que tem cometido

crime e que tem pago por esse de forma muito mais branda. Além disso, assumindo-se o princípio da culpabilidade tem-se que compreender que a sociedade e o Estado são culpados por não prover o necessário de forma igualitária para todos os indivíduos, o que causa bastante indignação para inúmeros legisladores, juristas e até mesmo para parte da população.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, que reconhece os direitos fundamentais descritos na Declaração Universal de Direitos Humanos, tais como igualdade e dignidade da pessoa humana, estes deveriam ser aplicados a todos os cidadãos brasileiros. Entretanto, fatores socioeconômicos exercem influência profunda na vida das pessoas e este cenário é visto também no Direito Penal. Com a Teoria da Culpabilidade busca-se diminuir os casos de injustiça providas pelo Estado e sociedade, tais como as desigualdades sociais. Muitos pesquisadores, legisladores e juristas afirmam que a desigualdade social existente no Brasil tem levado muitos indivíduos à vida no crime, onde encontram ali, uma forma de sobreviver e auxiliar a família. Como os direitos sociais que deveriam ser garantidos pelo Estado não são (moradia, alimentação, educação, saúde e segurança), pessoas que estão submetidas a viver em condições sub-humanas estão mais propensas a iniciar práticas criminosas.

Na aplicação do Princípio da Culpabilidade busca-se reconhecer que parte da culpa provem do Estado e por este motivo o cidadão deve ser julgado, levando em consideração os aspectos socioeconômicos ao qual está submetido. O princípio funciona como um instrumento no Direito Penal que visa alcançar uma transformação social nos aspectos jurídicos.

Todavia, a partir do ante exposto no trabalho reconhece-se que ainda não há uma decisão unânime de como utilizar o princípio da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro. O fato de não haver legislação própria ou citação no Código Penal prejudica sua utilização, sendo que caberá ao juiz optar ou não por acolher o princípio na jurisprudência.

É de suma importância ressaltar que no Brasil, há ainda muita discriminação e preconceito no Direito Penal, o que consequentemente tem afetado cidadãos que vivem em condições vulneráveis em relação aos considerados “colarinhos brancos” no país. Nesse sentido, o que se vê na maioria das vezes é o princípio da culpabilidade às avessas. Assim, quem possui maiores recursos financeiros consegue diminuição de pena, enquanto os vulneráveis vão encarcerados, até mesmo por crimes considerados leves.

Conclui-se que mesmo com os avanços nos últimos anos do Direito Penal, é necessário a inclusão de novos entendimentos jurisprudenciais, que levem em consideração os aspectos socioeconômicos, a fim de fornecer uma justiça igualitária a todos os indivíduos. Para isso, é imprescindível que o Estado assuma a parcela de culpa que possui por não fornecer os princípios fundamentais que estão garantidos através da Constituição Federal Brasileira. Cabe também aos juristas assumir o preconceito e discriminação existentes no

Direito Penal, bem como o tratamento preferencial dado, na maioria das vezes, aos que possuem maiores poderes socioeconômicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, U. S.; FERREIRA, F. F. **Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão.** Revista Psicologia, Diversidade e Saúde, v. 2, n. 1, p. 24-38, 2014.

ARAÚJO, J. M. **O princípio da coculpabilidade como causa atenuante inominada.** Revista de Jure, v. 12, n. 20, p. 107-152, 2013.

ARAÚJO, M. C. **Só é preso quem quer: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** Volume 1 – Parte Geral. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRAGHIN, J. V. R. **A Dosimetria da Pena no ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas.&text=2%C2%BA%20A%20viola%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei,omiss%C3%A3o%3B%20constitue%20crime%20ou%20contraven%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 1830. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm#:~:text=LEI%20DE%2016%20DE%20DEZEMBRO,Manda%20executar%20o%20Codigo%20Criminal.&text=1%C2%BA%20N%C3%A3o%20haver%C3%A1%20crime%20C%20ou,Lei%20anterior%2C%20que%20o%20qualifique. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRUNO, A. **Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALDEIRA, F. M. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

CAPEZ, F. **Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, I. G.; SOARES FILHO, S. **A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros**. Revista Eletrônica do Curso de Direito, v. 11, n. 3, p. 1029-1056, 2016.

DAHER, R. J. **História do Direito Penal**. Revista Eletrônica FACP, n. 1, p. 19-39, 2012.

DESIGUALDADE SOCIAL. **Fenômenos gerados pela Desigualdade**. 2014. Disponível em: <http://desigualdade-social.info/fenomenos-gerados-pela-desigualdade.html>. Acesso em: 04 abr. 2020.

ESTEFAM, A.; GOLÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, G. **Aplicação da Pena**. 1 ed. São Paulo: Forense, 1997.

FREITAS, P. H. S. **A responsabilidade do estado pela teoria da coculpabilidade penal e a sua contextualização no direito estrangeiro**. Argumenta Journal Law, n. 20, p. 127-142, 2014.

FREUD, S. **Totem e Tabu**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. 13, p. 11-191. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GOIZ, J. A. M. **Um crime de cor, do sistema penal racista ao tribunal racial: reflexões sobre a condenação de Preto Amaral em 1927.** Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFRGS, v. 9, n. 20, p. 164-181, 2017.

GOMES, G. A. Z. G. **Princípios do Direito Penal Brasileiro.** Revista Científica Semana Acadêmica, v. 1, p. 1-12, 2014.

GOMES NETO, P. R. **A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica.** Canoas: Ed. Ulbra, 2000.

GOUGET, G. **Princípio da co-culpabilidade: da resistência à sua aplicação prática.** Revista Jus Navigandi, 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/39645/principio-da-co-culpabilidade-da-resistencia-a-sua-aplicacao-pratica>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2006.

_____, R. **Direito Penal do Equilíbrio.** 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____, R. **Curso de Direito Penal.** 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____, R. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral – Volume 1. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, D. E. **Direito Penal.** Volume 1 – Parte Geral. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORIO, I. D. **Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado.** Revista Jus Navigandi, ano 11, n. 1161, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8884/principio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

LOMBROSO, C. **O homem delinquente.** São Paulo: Ícone, 2013.

MACEDO JUNIOR, R. P. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, F. F. S. **Princípios penais.** Revista Jus Navigandi, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50819/principios-penais>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

MARQUES, O. H. D. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, A. C. B. C. **Do princípio da culpabilidade por vulnerabilidade como antídoto à seletividade penal**. Culpabilidade no Pós-Finalismo, Salvador: Juspodivm, p. 114-129, 2016.

MORRIS, N.; ROTHMAN, D. **The Oxford history of the prison**. The practice of punishment in Western Society. Oxford: USA Trade, 1997.

MOURA, G. M. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

MUNÕZ CONDE, F. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor. 1988.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NINA-e-SILVA, C. H.; ALVARENGA, L. F. C. **A importância histórica e as principais características dos Códigos de Hamurabi e de Manu**. Revista Jurídica, n. 8, p. 89-95, 2017).

_____, G. S. **Código do Processo Penal comentado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, P. A. P. **Utopias desenvolvimentistas e política social no Brasil**. Serviço Social & Sociedade, n. 112, p. 729-753, 2012.

SILVA, L. A. M.; LEITE, M. P. **Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?** Sociedade e Estado, v. 22, n. 3, p. 545-591, 2007.

TANURE, L. L.; FERREIRA, P. H. **Coculpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda**. Revista do CAAP, v. 20, n. 1, p. 121-138, 2014.

TELES, C. M.; SÉLLOS, C. L.; SANTOS, N. **A origem da aplicação da pena**. In: VIII Encontro Latino Americano de Iniciação Científica e IV Encontro Latino Americano de Pós-Graduação. Universidade do Vale do Paraíba, Paraíba, 2004, p. 1015-1019.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1 – Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral**. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

_____, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.