

A APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE INOMINADA NO PROCEDIMENTO COMUM PENAL**THE APPLICATION OF COCULPABILITY AS AN UNNOMINATED MITIGANT IN THE COMMON CRIMINAL PROCEDURE***CARLOS THIERRY DE LIMA RABELO¹**CAMILA PINHEIRO²**EPITÁCIO NEUTON CRUZ NETO³***RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o conceito de Culpabilidade, buscando semelhanças entre o entendimento doutrinário e a aplicação do princípio na jurisprudência pátria, em uma análise bibliográfica com foco nas classificações do Direito Penal. Possui como parâmetro o Procedimento Comum Ordinário do Código Penal e minudencia os julgados que enfatizaram o termo para, além de correlacioná-los com o direito, perquirir a (des)necessidade de readequações para sua aplicação de forma ampla por juristas brasileiros. Observa-se que as circunstâncias fáticas, de uma sociedade marcada pela desigualdade entre indivíduos e omissão do Estado para com esses, tornando salutar uma reanálise da culpa que comporte a culpabilidade estatal. Dentre os resultados, observa-se aplicação da teoria da culpabilidade tem se dado de forma tímida, mas contundente. Conclui-se que o uso da teoria por defensores, promotores e juízes pode ser ainda expandido como um eficaz mecanismo na busca da isonomia e do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade; Culpabilidade; Dosimetria da pena; Igualdade Material; Individualização da Pena.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the concept of Culpability, seeking similarities between the doctrinal understanding and the application of the principle in Brazilian jurisprudence, in a bibliographical analysis focusing on the classifications of Criminal Law. It has as a parameter the Ordinary Common Procedure of the Penal Code and details the judgments that emphasized the term in order, in addition to correlating them with the law, to investigate the (un)need for readjustments for its broad application by Brazilian jurists. It is observed that the factual circumstances, of a society marked by inequality between individuals and the State's omission towards them, make a salutary reanalysis of the guilt that involves state co-culpability. Among the results, it is observed that the application of the culpability theory has been carried out in a timid but forceful way. It is concluded that the use of the theory by defenders, prosecutors and judges can be further expanded as an effective mechanism in the search for equality and due legal process.

KEYWORDS: Culpability; Culpability; Pen dosimetry; Material Equality; Individualization of the Penalty.

¹Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA, E-mail: carlos.rabelo@urca.br

²Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA, E-mail: camila.pinheiro@urca.br

³Orientador. Professor do curso de Direito da URCA – Universidade Regional do Cariri.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo desenvolve uma análise acerca da aplicação da Teoria da Culpabilidade como atenuante inominada no procedimento comum penal. Enfoca-se a teoria sob a perspectiva dos conceitos doutrinários de culpabilidade observando as suas particularidades e influências na divisão da culpa do agente com o Estado.

Para tanto, a priori, foi feita uma análise bibliográfica do conceito doutrinário de Culpabilidade e sua correlação com o cenário jurídico-social brasileiro. Em sequência, expõe-se como a teoria pode ser aplicada ao procedimento comum ordinário, com foco na sua classificação dentro do direito penal e no procedimento no processo penal.

Feito isso, teceu-se uma breve contextualização sobre o a aplicação dada a teoria na jurisprudência brasileira recente, para, assim, compreender a destinação dada a teoria no sistema jurídico vigente. Por fim, discute-se sobre a possibilidade de se incorporar o tema doutrinário aos julgamentos e a necessidade de maior aplicabilidade do mecanismo.

O objetivo deste trabalho é observar a eventual possibilidade de aplicar a teoria da Culpabilidade de Eugenio Raúl Zaffaroni ao procedimento comum ordinário do direito penal Brasileiro. Em termos metodológicos, foi realizada uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e descritiva, instrumentalizada pela análise da produção legislativa nacional e na produção doutrinária brasileira e argentina relativa à temática em pauta.

2. CULPABILIDADE

Antes de adentrar na conceituação de Culpabilidade, cumpre esclarecer a dinâmica atual de entendimento da culpabilidade. De acordo com Von Liszt (1927), a culpabilidade seria “a relação subjetiva entre o autor e o fato, constituindo um vínculo psicológico que liga o autor ao resultado oriundo de sua ação” (LIMA, 2014, p. 10). Portanto, trata-se de uma responsabilidade do agente ante ao fato.

Todavia, Nucci (2011) visualiza a culpabilidade como um juízo de valor social contra o ato ilícito praticado, devendo-se observar ainda a imputabilidade do agente, sua consciência da ilicitude potencial e a eventual inexigibilidade de conduta diversa. Acrescente-se ao pensamento a observação de Heleno Cláudio Fragoso:

Na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito (1985, p. 184).

Desenvolveu-se a Teoria normativa pura (RODRIGUES, Cristiano. Op. cit., p. 19-20), observando a culpabilidade como elemento constitutivo essencial do delito juntamente como tipicidade, antijuridicidade e punibilidade.

Assim, podemos sintetizar a culpabilidade e sua composição da seguinte forma, com base na doutrina (Penna, 2004. Fls. 117): a imputabilidade, que é a capacidade necessária ao agente para que se possa atribuir a culpa, tem como causas de exclusão A) no código penal, do artigo 26 ao 28, a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; a embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior e a menoridade. B) Na lei (Lei n. 11.343/2006, art. 45, caput, a dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas.

Já o potencial conhecimento da ilicitude, observa o critério subjetivo de conhecimento das questões Direito que envolvem o ato; e a exigibilidade de conduta diversa, que passa pela análise igualmente subjetiva do das questões éticas e sociais que envolvem o ato. Quanto à inexigibilidade de conduta diversa, temos notadamente as possibilidades do artigo 22 do código penal: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, desde que em cumprimento à ordem legal.

2.1 DO SUJEITO ATIVO E PASSIVO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni, a teoria da Coculpabilidade apresenta uma responsabilidade estatal subsidiária no ato delitivo do agente desfavorecido social ou economicamente. Ao não efetivar direitos básicos de sua responsabilidade, o Estado estaria colaborando para o crescimento da criminalidade e, por que razão, deveria partilhar as consequências dos ilícitos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 745). De tal sorte, o agente teria também sua culpabilidade mitigada, vez que a culpa foi partilhada com o Estado.

De acordo com a doutrina:

O Princípio da Co-Culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. (MOURA, 2006. P. 36-37)

É possível entender que assiste razão à Moura (2006), quando afirma que ela se apresenta como um princípio constitucional implícito, ou seja, que decorre de uma interpretação da norma constitucional, e determina que o Estado terá uma parcela de culpa quando o delito cometido se der por cidadãos que tiveram sua autodeterminação prejudicada em razão de falhas do ente estatal.

A teoria se apresenta como uma visão redistributiva no direito, reconhecendo as desigualdades históricas e ainda perpetradas na sociedade como de culpa comum (do Estado, do Direito, da sociedade e dos indivíduos em particular) e buscando minimizar os danos do sistema prisional por meio da diminuição da pena daqueles menos favorecidos ou mesmo advogando pela sua extinção total.

Quanto à co-culpabilidade como resultado da inobservância dos deveres sociais por parte do Estado, Grégore Moura aduz que:

Portanto, a co-culpabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo, desta feita, assumir essa “inadimplência” reconhecendo a co-culpabilidade (2014, p. 68).

Também se deve observar que a ideia do doutrinador argentino se pauta na isonomia, pensamento clássico sobre a igualdade que se apresenta ao tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, respeitadas as medidas de suas desigualdades. Portanto, tratar o agente desfavorecido, desinformado ou necessitado de forma igual ao agente favorecido, consciente e que age por pura volúpia não apresenta uma forma de igualdade de fato, mas uma desigualdade de fato, uma violação à isonomia.

Sobre a análise social da culpa, Simone Matos Rios Pinto (2012, p. 21-46) expõe:

Outro fundamento do princípio da co-culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a co-culpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.

Assim, a concepção de reconhecimento da desigualdade vivenciada entre os indivíduos e decorrente da negligência do estado proporciona a devida reinterpretção da culpa no procedimento penal. O princípio da coculpabilidade representa não uma regalia desmedida ao agente, mas uma reanálise do fato delituoso com foco na individualização da pena, observando o fato concreto da negligência frente ao indivíduo.

Outrossim, Juarez Cirino dos Santos analisa a coculpabilidade sob a luz da justiça:

O ser humano concreto, expressão biopsíquico-emocional deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, garantida pela lei e pelo poder do Estado, pela única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual. A abertura do conceito de inexigibilidade para

as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o direito penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos já penalizados pelas condições de vida social. Neste ponto, direito justo é direito desigual porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais.

Assim, delimita-se a ideia que, juridicamente, deve embasar os estudos sobre a coculpabilidade: a inexigibilidade de conduta diversa do agente ante omissão do Estado. O doutrinador apresenta o posicionamento de que o Direito deve reconhecer que as circunstâncias fáticas, que ele mesmo ajudou a construir por meio de sua negligência em efetivar direitos básicos, impelem o agente ao delito. Tal entendimento, entretanto, não deve ser visto como uma isenção de culpa, mas como o dever de reconhecimento da realidade material para a aferição do quantum da culpa.

2.2 COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE INOMINADA

De acordo com Moura (2006), existem quatro possibilidades, dentro do sistema jurídico brasileiro, para se aplicar o princípio da coculpabilidade, quais sejam: como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal), como causa de diminuição de pena (art. 29), como causa de exclusão da coculpabilidade (também no artigo 29 do Código Penal) e com base nas atenuantes genéricas do art. 66 do Código Penal - estas que são o foco deste tópico.

No ordenamento penal brasileiro, têm-se, de acordo com Masson (2013, p. 662), as agravantes e atenuantes genéricas como “circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena” do condenado.

Assim, a localização das agravantes genéricas, no Código Penal, se dá nos artigos 61 e 62, em rol taxativo, dispondo sobre as circunstâncias que prejudicam o acusado. Já as atenuantes genéricas, que são favoráveis ao réu, são encontradas no artigo 65 do código, sendo que, no artigo 66, tem-se uma “grande válvula de escape ao estatuir que ‘a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.’” (MASSON, 2013, p. 662), possibilitando, portanto, maior abrangência por meio do rol exemplificativo.

Para Guimarães (2010, p. 148), a expressão circunstância relevante possui sentido aberto, indefinido, suscetível de vasta interpretação, de forma que ficará ao seu talante aferir se a circunstância – ocorrida antes ou depois do delito, embora não prevista em lei – que contribuiu para a prática do delito é suficientemente importante para que a pena seja atenuada, devendo ser obrigatoriamente fundamentada a fim de evitar a arbitrariedade.

Ocorre que, segundo Guimarães (2010, p. 143), tanto em sede doutrinária quanto em sede de prática forense, as atenuantes dispostas no artigo 65 do Código Penal são as mais utilizadas, de modo que

circunstâncias além delas são pouco exploradas, mesmo diante da existência de previsão legal e mais abrangente no artigo 66 do mesmo código.

De acordo com André Estefam (2018, p. 444-445), o artigo 66 do Código Penal mostra a exemplificação de uma atenuante inominada, sendo demonstrado ainda que o elenco destas circunstâncias é exemplificativo, pois “é fundamental que o dispositivo seja interpretado de modo a não colidir com o artigo precedente”. Ou seja, ampliar o rol de atenuantes não pode chegar ao ponto de negar preceitos do artigo 65 do Código Penal.

Insta salientar que a atenuante inominada, também chamada de atenuante de clemência, caracteriza-se, segundo Nucci (2017, p. 540) como uma “circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la.” Observando, em essência, as particularidades do indivíduo no caso concreto.

Portanto, entender o art. 66 como uma atenuante inominada “possibilita a recepção do princípio da co-culpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de ‘circunstância relevante’ anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social.” (CARVALHO; CARVALHO, 2008, P. 74). Instrumentaliza-se a teoria.

No mesmo sentido, Guimarães explica que:

É na desigualdade de oportunidades/meios para alcançar o fim desejado por todos os cidadãos que reside a possibilidade de aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada ou co-culpabilidade como uma circunstância relevante para abrigar a atenuante inominada ínsita no art. 66 do diploma legal suso mencionado. Vale dizer que a culpabilidade não pode recair somente sobre a pessoa do acusado, devendo ser mitigada, compartilhada com a sociedade e o Estado. (2010, p. 144-145).

Outrossim, para melhor visualização acerca do pensamento em referência, Zaffaroni e Pierangeli destacam que:

(...) se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. Isto leva a considerar, necessariamente, como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais. (2015, p. 715).

Buscando possíveis cenários para sua aplicação, é exemplificado por Guilherme Nucci a seguinte situação:

Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinqüente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. Há quem defenda a aplicação dessa atenuante quando se observar que o agente do crime foi levado à sua prática por falta de oportunidade na vida, situação criada pelo Estado, que deveria zelar pelo bem-estar de todos, invocando a denominada co-culpabilidade. (2017, p. 540)

Para Brandão (2017, p. 21), tem-se que o artigo 66 do Código Penal confere ao julgador a possibilidade/dever de reconhecer, no momento de aplicação da pena, circunstâncias atenuantes não elencadas pelo legislador o que possibilitará uma pena mais ajustada à culpabilidade do autor

Resta claro, portanto, que, nas situações em que o Estado venha a falhar com o seu papel social na vida do indivíduo, restringindo-o de direitos e garantias fundamentais, por exemplo, é possível, diante da disposição legal do art. 66 do Código Penal, mitigar a responsabilidade penal do indivíduo, ora acusado, com base no princípio da coculpabilidade.

2.3 APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO PROCEDIMENTO COMUM PENAL

A aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro ocorre por meio da incidência do sistema trifásico. A sua fixação, por sua vez, apoia-se na teoria das margens, de modo que existem patamares mínimos e máximos colocados pelo legislador. Assim, o art. 68, caput, do Código Penal Brasileiro (DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940) esquematiza as fases desse método, *in verbis*:

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.

À vista disso, explorando o artigo supracitado, tem-se que na primeira fase ocorrerá a fixação da pena-base, com atenção às circunstâncias judiciais normatizadas no art. 59 do Código Penal, posteriormente, na segunda fase, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, a terceira fase, com a aplicação das causas de diminuição e de aumento.

Nessa ótica, insta salientar que, ao que nos interessa, ou seja, o que concerne à aplicação da coculpabilidade como circunstância atenuante inominada no procedimento comum penal, ocorrerá na segunda fase de fixação da pena, esta que considera as circunstâncias atenuantes (artigos 65 e 66 do Código Penal) e as circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 do Código Penal).

Impende destacar que, para tal aplicação, deve-se atentar ao disposto na Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Outrossim, a aplicação em referência, serve ainda como ferramenta para implementação do princípio da individualização da pena, positivado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988. É nesse sentido que Grégore Moreira de Moura discorre:

A co-culpabilidade, como forma de reconhecimento material da reprovação social e pessoal do agente, portanto, concretiza o princípio da individualização da pena, visto que personaliza, individualiza e materializa a aplicação e a execução da pena, levando em conta as condições sociais e pessoais do autor do delito. (MOURA. 2014, p. 94)

Da análise e consulta da jurisprudência dos tribunais brasileiros, é possível verificar que apesar de ser pouco explorada pelos defensores, a coculpabilidade como atenuante inominada já foi apresentada em certas situações. Vejamos:

Para o reconhecimento da atenuante da coculpabilidade, com base no art. 66 do Código Penal, imperiosa a comprovação concreta e efetiva da culpa ou omissão estatal relevante para prática do ato criminoso. 2. Recurso conhecido e não provido. (TJ-DF 07040624520208070010 DF 0704062-45.2020.8.07.0010, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 28/01/2021, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 19/02/2021).

Este julgado evidencia que para identificação da coculpabilidade e utilização desta com base no art. 66 do Código Penal, é imprescindível a comprovação inquestionável da culpa ou da omissão do Estado para prática do delito cometido.

Neste mesmo sentido, apresentam-se os seguintes julgados, que reconhece a aplicação em referência, mas que, do mesmo modo daquele, atenta para necessidade do reconhecimento da culpa do ente estatal.

1. A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da coculpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu. 2. No caso destes autos não há elementos pré-constituídos que permitam afirmar que a conduta criminosa decorreu, ao menos em parte, de negligência estatal, de modo que a aplicação do benefício pleiteado depende de aprofundado exame dos fatos e provas coligidos ao longo da instrução para que se modifique o entendimento da Corte de origem acerca da inaplicabilidade da atenuante. Tal providência, porém, não se coaduna com os estreitos limites do habeas corpus. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 383.506/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIR SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017)

I – Inviável o reconhecimento da participação de menor importância se ficou evidenciado nos autos que o réu conduziu o veículo para o local do crime, aguardou a subtração pelo comparsa e garantiu a fuga na posse do bem, com evidente liame subjetivo e divisão de tarefas, o que configura a coautoria. II - Inviável a aplicação da atenuante genérica descrita no art. 66 do CP, com base na teoria da coculpabilidade, quando não demonstrada nos autos relevante omissão estatal determinante da dedicação à atividade criminosa. III - Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07014451220208070011 DF 0701445-12.2020.8.07.0011, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Data de Julgamento: 10/12/2020, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 19/12/2020).

Vale acentuar que se percebe ainda hoje no ordenamento jurídico brasileiro a variedade de opiniões acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, de modo que tanto os doutrinadores quanto os tribunais se dividem em favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento em questão.

Analisamos, portanto, a transcrição do seguinte julgado que repudia a aplicação:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. (...). ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. (...). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

(...)

2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, 'no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos'(HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.)" HC n. 213.482/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/9/2013, DJe de 25/9/2013.

Já nos seguintes casos, tem-se o seu reconhecimento a partir da análise das particularidades e individualidades do caso e do réu:

Ementa: Roubo - Concurso - Corrupção de menores - Co-culpabilidade. Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de bis in idem - Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o consequente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão - Réu. Recurso improvido, com louvor a juíza sentenciante. (16 fls.). (Apelação Crime nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 21/3/2001). Apelação-crime nº 70002250371.

Furto em residência. Concurso de agentes. Materialidade e autoria comprovadas. Fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. [...] Juízo condenatório mantido.

Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP. Réu semialfabetizado. Instituto da co-culpabilidade. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Com efeito, encontra-se a seguinte situação em que o Superior Tribunal de Justiça destaca o entendimento de que a disposição acerca das atenuantes do art. 66 do Código Penal não possuem ligação com a teoria da coculpabilidade:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI. DOUTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA.1. Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que o recorrente não teve o seu sigilo bancário quebrado e que as irregularidades constatadas advieram da análise de relatórios pertencentes à Caixa Econômica Federal, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.2. Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante.3. De maneira oposta ao que acontece com as agravantes, que devem obediência ao princípio da taxatividade e que não podem ser interpretadas extensivamente em prejuízo do réu, as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que deem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena.4. Apesar de reconhecer que a citada atenuante inominada não está vinculada à teoria da coculpabilidade, não perfilho do entendimento do recorrente de que ela seja obrigatória, uma vez que o julgador deverá analisar o caso concreto e verificar se a circunstância é relevante in casu, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena.5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1394233/RN, RECURSO ESPECIAL 2013/0266536-3, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador SEXTATURMA, Data do Julgamento 03/05/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 16/05/2016)

No que diz respeito à opinião de doutrinadores, destaca Nucci (2010) que a eventual falha de assistência ao réu pelo Estado não deve ser usada como escusa para o cometimento do crime, pois integraria outros crimes e criminosos na mesma propensão sob a fundamentação da aplicação da atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, de modo a vulgarizá-la.

Por outro lado, entende Batista (1990, p. 158) que, em verdade, “a propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença - em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida.”

Por fim, à título de curiosidade, vale enfatizar que o Direito Penal Brasileiro tem reconhecido ainda a aplicação da “cocalpabilidade às avessas”, esta que possui vertente contrária à “cocalpabilidade”, sendo, assim, segundo Soda e Porto (2019), um acréscimo á contabilidade de culpabilidade do agente que efetivamente tinha meios, condições favoráveis, ou seja, aqueles que, apesar de terem acesso à educação e subsídios financeiros, decidiram delinquir.

Vejamos o seguinte Habeas Corpus no qual se tem o reconhecimento da cocalpabilidade às avessas:

[...]11. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, sob a influência da teoria da cocalpabilidade às avessas, as instâncias ordinárias constataram reduzido senso ético-social do paciente, em razão de ter triado o caminho da criminalidade, a despeito das favoráveis condições sócio-econômicas. Tal circunstância, cujos pressupostos fáticos não podem ser alterados nesta sumária via do habeas corpus, sob pena de 27 indevido revolvimento fático probatório, permite concluir pela personalidade criminosa do agente. [...] (HC n. 443.678/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 26/3/2019).

Em conclusão, a teoria da cocalpabilidade é uma possibilidade relevante, na aferição da culpa do agente e, conseqüentemente, na sua pena, que deve ser suscitada pelo defensor desde a exordial. Ademais, o Ministério Público, na sua atuação como custos legis, pode reclamar o uso da atenuante inominada, com base no caso concreto de má atuação estatal. Finalmente, o Magistrado, observando as circunstâncias fáticas de negligência do Estado em direitos e garantias basilares e fundamentais, deverá analisar o seu possível acolhimento na segunda fase da dosimetria da pena, como atenuante inominada no procedimento comum penal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, verificou-se que a teoria da Cocalpabilidade, de autoria de Eugenio Raúl Zaffaroni, apresenta uma visão disruptiva sobre a culpabilidade do agente ao analisar a corresponsabilidade do estado nos atos delituosos. Além disso, observou-se que o sistema jurídico brasileiro, marcado por direitos e garantias fundamentais não concretizadas, é um meio fértil para a aplicação do pensamento doutrinário. A realidade material vivenciada em um país com forte desigualdade, concentração de renda e povos marginalizados reivindica do sistema jurídico formas de contrabalancear a injustiça social marcante. Nesse ínterim, adequada é a correlação entre a teoria da cocalpabilidade com o procedimento comum penal, sendo forte mecanismo para a aplicação de um Direito isonômico.

Por seu turno, perante o sistema jurídico brasileiro em seu art. 66 do Código Penal, a teoria encontra amparo na figura da atenuante inominada ao se visualizar características progressas de relevante interesse jurídico. Ademais, a jurisprudência brasileira, de forma tímida, vem entendendo que, em casos de evidente negligência do Estado na prestação de seus deveres fundamentais, é possível a aplicação da teoria da coculpabilidade ao caso concreto de indivíduos econômica e socialmente vulneráveis.

Por todo o exposto, conclui-se que a teoria da coculpabilidade é um meio hábil para promover a isonomia no ordenamento jurídico dentro do procedimento comum ordinário. Todavia, é visível que nos últimos anos a sua aplicabilidade tem sido subutilizada nos tribunais brasileiros, sendo necessário que os defensores e promotores passem a requerer o seu reconhecimento nos processos penais cabíveis e que os juízes o apreciem como forma de promover uma igualdade de direito frente às desigualdades materiais.

4 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Punidos em Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** Rio de Janeiro: Revan, 1990

BRANDÃO, Luana Pereira. **A (in) aplicabilidade da Coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro.** Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro, n. 15, p. 01-32, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Aníbal Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120).** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Lições de Direito Penal: a nova parte geral,** Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 184

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **A culpabilidade compartilhada como princípio** Revista **Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 16, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016 - ISSN 1677-6402142 mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 46, n. 184, p. 55-65, out./dez. 2009.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **Os princípios da culpabilidade compartilhada e da duração razoável do processo como atenuantes inominadas na dosimetria da pena.** Revista Do Ministério Público Do Estado Do Maranhão, 2010, p. 143-180.

LISZT, Franz Von, **Tratado de Derecho Penal.** Madrid, Ed. Réus, 1927, p. 375.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático – Parte Geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método, 2013.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006, p. 36- 37.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Penna, Manoel Rolim Campbell. **A teoria da co-culpabilidade e a sua aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, p. 117, 2004.

PETECK, Raimunda Michele Rodrigues Neves et al. **A (im) possibilidade da aplicação do princípio da co-culpabilidade no direito penal brasileiro**. Balsas/MA: UNIBALSAS, 2017.

PINTO, Simone Matos Rios. O princípio da co-culpabilidade. **Revista Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte, a. 59, nº 185, p. 21-46, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/542/1/D3v1852008.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SODA, Robson Leandro; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Co-culpabilidade às avessas e suas vertentes quanto a seletividade e os delitos contra a ordem econômica, financeira e tributária. **Prisma Jurídico**, v. 18, n. 1, p. 88-108, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I, p.246.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**/Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.