

Da coculpabilidade à coculpabilidade às avessas: as duas faces do princípio da igualdade no direito penal¹

Júlia Gmeiner Caminhag Lopes²

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira³

RESUMO

O artigo trata da análise da culpabilidade perpassando pela avaliação da teoria da coculpabilidade em suas vertentes. Ao examinarmos as asserções da coculpabilidade, verificamos sua adequação ao tecido social e viabilidade de enquadramento jurídico, notadamente, dentro da aplicação da pena. Feito isso, o artigo centra suas atenções na coculpabilidade às avessas, uma vez que se a coculpabilidade fundamenta-se no isolamento do agente da presença do mínimo vital constitucionalmente previsto seria (in)correto avaliar a possibilidade de assentar uma pena mais elevada, quando o agente, malgrado, tenha várias oportunidades para desenvolvimento de seu potencial como ser humano, envereda-se para a prática de delitos. Nessa perspectiva, ponderamos que a incidência da coculpabilidade às avessas demanda certa modificação legislativa, o que foi aduzido ao final do presente estudo. Em síntese, elucidar o papel dessas figuras dentro da teoria da pena é o objetivo deste artigo.

1 Data de recebimento: 09/06/2020. Data de aceite: 29/05/2020.

2 Advogada; Pós-Graduada em Direito Ambiental e Urbanístico na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: julia.gcaminhag@outlook.com

3 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos – Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Penal e Política Criminal – Universidade de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais – Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Estadual de Londrina; Professor Visitante na Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Poços de Caldas; Professor Adjunto de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo – Libertas Faculdades Integradas e Defensor Público/MG. E-mail: flavioaugustos@yahoo.com.br

Palavras-chave: Culpabilidade. Aplicação da pena. Princípio da igualdade.

1 INTRODUÇÃO

Luis Gracia Martin evidencia, em sua obra, a necessidade de que o Direito Penal Econômico, considerado como uma das espécies do Direito Penal moderno, seja estruturado em conformidade com a teoria clássica do delito. Em outras palavras, que seus aspectos peculiares, em razão da natureza dos bens jurídicos que visa tutelar, sejam contemplados, necessariamente, por premissas compatíveis com a dogmática penal, a fim de que se resguarde sua credibilidade.

Referido autor, afirma, então, que “o discurso da modernização deve se esforçar por constituir seus próprios objetos e por formular seus próprios enunciados fora do âmbito no qual o discurso crítico se desenvolve”. (2005, p. 116).

Essa busca por credibilidade e legitimidade dogmática deve ocorrer, ainda, segundo Gracia Martin, pois a “tarefa fundamental de uma disciplina do Direito penal autenticamente científica é vencer a mencionada resistência e impor o Direito penal moderno ajustado com o nosso tempo histórico e exigido pela ética e pela justiça”. (2005, p. 148).

Nessa perspectiva, clamando pela legitimidade dogmática do Direito Penal Econômico, Jorge Figueiredo Dias, após traçar, temporariamente, as fases de desenvolvimento do Direito Penal Econômico, assevera para que a “a intervenção do direito penal econômico não seja subordinada à obtenção de finalidades puramente políticas; como hoje, mesmo em textos internacionais, se pretende traduzir através das expressões, político-criminalmente inadmissíveis, da luta ou guerra ao crime, ou, ainda menos, do *governing through crime*”. (2012, p. 541)⁴.

⁴ Segue o autor dizendo: “Ponto é que, numa palavra, a intervenção do direito penal econômico em sentido estrito possa, pelo contrário, reivindicar-se a cada momento da fonte de legitimação própria

Importante destacar que nosso subsídio científico se insere no entendimento de que o processo de legitimação do Direito Penal econômico deve ser pautado pelo seguinte contexto:

[...] um processo de constituição de objetos de criminalidade completamente novos e de formulação de enunciados de criminalização desses mesmos objetos, para a formação de um discurso de criminalização completamente novo e fora dos limites do campo discursivo de um Direito penal constituído e estruturado como uma disciplina articulada essencialmente em torno dos postulados sociais e políticos-liberais da Ilustração. (MARTIN, 2005, p. 116).

Ressalta-se que invocar pela independência do Direito Penal, notadamente econômico, no que diz respeito à lógica liberal da ilustração, não implica em desvincular referido ramo da Ciência Penal das premissas dogmáticas finalistas adotadas pelos autores.

Desta forma, almejando alcançar nosso propósito, trabalharemos, inicialmente, com o conceito de culpabilidade e suas vertentes no Direito Penal e, em seguida, trataremos da concepção criminológica de coculpabilidade e coculpabilidade às avessas, para, ao final, formularmos nossa proposta.

2 A CULPABILIDADE COMO MEDIDA DA PENA

Inicialmente, cumpre-nos elucidar que “a culpabilidade apresenta-se nas ciências penais com diversos significados e funções, dentre os quais se destacam as funções de princípio constitucional, limite do poder punitivo e elemento do conceito analítico”. (GUILHERME, 2018, p. 41). Cezar Roberto Bitencourt realiza de forma didática a diferenciação entre as vertentes da culpabilidade, senão vejamos:

Em primeiro lugar, a culpabilidade como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação

de todo o direito penal” (2012, p. 541).

de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma- que constituem os elementos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade- como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, com o identificados e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva. (2009, p. 353).

Estudioso acerca do tema cculpabilidade, Grégore Moura elenca, ainda, seis dimensões da culpabilidade, quais sejam:

a. elemento do conceito analítico de crime – crime é fato típico, antijurídico e culpável; b. fundamento da pena- não basta que o fato seja típico e antijurídico, é preciso que haja culpabilidade- juízo de valor que reprova socialmente o injusto; c. limite e medida da pena- ou seja, o agente só pode ser punido na medida de sua culpabilidade- Vê-se aqui a ligação com o princípio da suficiência e da necessidade acima exposto. d. atua na aplicação da pena, ou seja, a culpabilidade também é utilizada como circunstância judicial na fixação da pena-base pelo magistrado, na forma do art. 59 do Código Penal; e. veda a responsabilidade objetiva do cidadão – com a transposição do dolo e da culpa para o tipo penal, não há o cometimento de fato típico sem culpa em sentido amplo; f. veda a culpabilidade de autor e consagra a culpabilidade de fato – o agente responderá pelo fato que efetivamente cometeu e não pela pessoa que é [...]. (2015, p. 51).

Interessa-nos aqui, especialmente, a percepção da culpabilidade em seu conceito material, como determinação ou medição da pena, a qual nos “permite afirmar uma maior ou menor culpabilidade e,

consequentemente, influir na medida da pena” (SIQUEIRA, 2016, p. 97), notadamente, no que se refere aos crimes do colarinho branco. A respeito da dimensão formal e material da culpabilidade, onde, na primeira vertente, temos os requisitos exigidos para a formulação do juízo de censurabilidade e, no segundo, os aspectos referentes a avaliação concreta da liberdade na conduta. (BUSATO, 2011).

Nessa senda, ressaltamos que o fato de adotarmos como norte a culpabilidade limite da pena, em seu sentido material, implica, necessariamente, em reconhecer, dentre outras, a finalidade retributiva da pena, segundo os ditames do finalismo. (SIQUEIRA, 2016).

Esclarecidas essas premissas, demonstraremos a alocação da culpabilidade, fundamento da pena, no ordenamento jurídico, qual seja, no processo de dosimetria da pena, especificamente como circunstância judicial, vejamos.

Segundo se depreende do art. 68 do Código Penal Brasileiro, o resultado da pena a ser aplicada ao agente será obtido pelo julgador mediante a realização de um processo trifásico, o qual é descrito de forma esclarecedora por Rogério Greco, citamos:

[...] Inicialmente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Nos tipos penais incriminadores existem uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto [...] Depois de fixar a pena-base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 61 e 65). [...] O terceiro momento de aplicação da pena, diz respeito às causas de diminuição e de aumento [...]. (2015, p. 629-631).

Conforme explicitado, na primeira fase, para o cálculo da pena-base, o juiz tem, como critérios norteadores, as circunstâncias judiciais⁵ descritas no art. 59 do Código Penal, dentre as quais se

5 Nos socorremos aos ensinamentos de Luis Régis Prado a fim de elucidar o conceito de circunstâncias

encontra a culpabilidade, limite da pena, objeto de nossa análise.

Neste ponto, a culpabilidade impõe ao julgador que “examine a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu”. (BITENCOURT, 2009, p. 627).

Salienta-se que, no que diz respeito à definição de culpabilidade, a doutrina faz uso da expressão “reprovabilidade da conduta do autor” para se referir à culpabilidade como substrato do crime e, ainda, para referenciar a culpabilidade como limite da pena, o que nos permitiu empregar essa concepção em ambos os contextos.

O desenho da reprovabilidade dentro da culpabilidade deve ser formado, na percepção de Álvaro Mayrink, mencionado por Leonardo Siqueira, levando em consideração, dentre outros fatores, as “circunstâncias culturais e econômicas, pois a vida anterior e a conduta posterior ao injusto possuem um grande significado para os fatores de uma justa resposta penal e para a punição do injusto”. (COSTA, 2016, p. 62), o que de certa maneira, coaduna com o que nos propomos a enfatizar adiante, no âmbito dos crimes do colarinho branco.

Nesse contexto de busca pelo preenchimento da estrutura da culpabilidade⁶, enquanto medida da pena, Zaffaroni desenvolveu a tese criminológica de vulnerabilidade social como fundamento material da culpabilidade, a qual parte da premissa de que “a culpabilidade não

judiciais: “As denominadas ‘circunstâncias judiciais’, são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal. O artigo 59, caput, do Código Penal refere-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. Tais circunstâncias nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base” (2014, p. 428).

⁶ No artigo “Coculpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda”, encontramos a construção do seguinte raciocínio, relacionando culpabilidade com coculpabilidade: “a culpabilidade é um conceito eminentemente graduável, é dizer, admite graus de reprovabilidade, de sorte que, quando os limites da autodeterminação se encontram tão reduzidos que só resta a possibilidade física, mas o nível de autodeterminação é tão baixo que não permite a sua revelação para efeitos da exigibilidade desta possibilidade, estar-se-á diante de uma hipótese de inculpabilidade. Nesse contexto teórico é que vem ganhando espaço a teoria da coculpabilidade, vez que, por questões sociais, determinados sujeitos têm maior âmbito de autodeterminação, o que poderia levar a um maior grau de reprovação, em prol da teoria da coculpabilidade às avessas” (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 125).

é uma reprovação ética, apesar de ter uma base ética, pois a seleção se dá através da vulnerabilidade do agente”. (SIQUEIRA, 2016, p. 122). Parafrazeado o referido autor, Leonardo Siqueira leciona que:

O que ele quer enfatizar aqui é que a criminalização passa por poucos, com o intuito de afirmar que a culpabilidade tradicional- reprovabilidade sobre o autor do fato – perde a sua legitimidade ética, tendo em vista que a seleção ocorre, primordialmente, em relação àqueles que se encontram em uma situação concreta de vulnerabilidade. (2016, p. 122).

Em conclusão, para Zaffaroni, o conceito material de culpabilidade, em sua relação com a medida da pena, “está ligado ao esforço que o agente realiza para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade social, o quão vulnerável ele está para ser ‘fisgado’ pelas agências penais”. (2016, p. 123).

Tendo em conta o fio condutor do presente artigo, ocuparemos, a seguir, da vulnerabilidade social como fundamento material da culpabilidade, também conhecida como coculpabilidade.

3 COCULPABILIDADE OU CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: CONCEITO E ORIGEM

Não há nada mais didático do que iniciar a explanação acerca de um instituto com a sua conceituação. Assim o faremos com relação à coculpabilidade. Para tanto, citamos as lições de Grégoire Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados 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. (2015, p. 59).

Elucidando questões pontuais acerca de terminologia, Grégore Moura assevera que o termo coculpabilidade pode ser entendido como sinônimo de culpabilidade por vulnerabilidade (2015), entendimento ao qual nos filiamos.

Cumpre-nos ponderar, entretanto, acerca da existência de linha de pensamento em sentido diverso, isto é, distinguindo coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade. Este entendimento é capitaneado por Zaffaroni, seguido também por Lázaro Samuel, segundo o qual “a coculpabilidade analisa a vulnerabilidade socioeconômica, ao passo que, a culpabilidade pela vulnerabilidade também engloba a vulnerabilidade psíquica”. (2018, p. 136).

Apesar da diferenciação existente entre as duas nomenclaturas, atribuiremos maior ênfase “à questão socioeconômica do agente, que o faz ser marginalizado e desprovido das condições mínimas de vida digna” (GUILHERME, 2018, p. 137), o que não implicará em maiores consequências com relação à terminologia, tendo em vista os fins do presente trabalho.

Realizadas essas considerações distintivas, com relação ao significado estrutural da palavra coculpabilidade, Grégore Moura atinge a seguinte exegese:

[...] o prefixo ‘co’ quer dizer estar junto, em comum, que divide algo, etc. Dá a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formar de minimizar a criminalidade na busca do bem comum. E o complemento ao prefixo, isto é, o termo culpabilidade, significa que o Estado em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influencia na conduta delitiva, menor reprovabilidade. (2015, p. 63).

O mencionado autor faz, ainda, dois esclarecimentos importantes para a completa compreensão da temática da coculpabilidade.

O primeiro se refere ao fato de que “a palavra culpabilidade não é usada aqui em sua acepção dogmática, mas, sim, como uma forma de responsabilização indireta do Estado dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais”. (2015, p. 63).

O segundo ponto diz respeito à impossibilidade de se conceber que o Estado, através do reconhecimento da coculpabilidade, seja colocado em patamar de réu em sua acepção penal. Dito de outra forma, “o Estado, como detentor do jus puniendi, é incapaz de cometer delitos e sofrer sanções penais”. (MOURA, 2015, p. 63).

Da concepção de Zaffaroni, responsável pelo desenvolvimento da culpabilidade por vulnerabilidade, extraímos o raciocínio de que esta atua como “um corretor fático da culpabilidade pelo ato. Assim, permite-se reduzir a responsabilidade penal do sujeito a partir da vulnerabilidade em que ele está exposto ao exercício do poder punitivo”. (GUILHERME, 2018, p. 134).

Ainda em referência à definição de coculpabilidade, Nilo Batista, citando a missão de individualização judicial da pena, a qual é alcançada pelo instituto em análise, faz as seguintes ponderações:

Trata-se de considerar, no juízo da reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (2007, p. 105).

Importante contextualizar as origens e motrizes da coculpabilidade. Para tal, destacamos três momentos possíveis de seu surgimento, sendo eles; “no século XVIII com as ideias iluministas, nos direitos socialistas⁷ e no início do século XX”. (MOURA, 2015, p. 65).

⁷ Consignamos que “a relação da coculpabilidade com o socialismo é refutada por Jovacy Peter Filho, primeiro por uma razão historiográfica, já que na visão do autor não há nenhum país que tenha experimentado e alcançado um estágio de socialismo real; e outra de ordem lógica, já que o reconhecimento

Diante da impossibilidade do reconhecimento exato de sua criação⁸, nos associamos à posição de Grégore Moura, de modo que a coculpabilidade teve seus fatores ensejadores no período iluminista, porém, veio a se concretizar somente no Direito Penal socialista. Segundo as ilações do referenciado autor:

[...] as ideias trazidas pelos iluministas, quando da sua aplicação pelos Estados liberais, propiciaram um liberalismo e um individualismo exacerbado, o que ocasionou o aprofundamento das desigualdades sociais e a sensação de que o Direito é um instrumento de controle social para manter o controle das classes sociais ditas inferiores. [...] Com efeito, o Direito Penal socialista busca não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, propondo uma análise do direito como produto das condições econômicas de um país. Visto por esse ângulo, a coculpabilidade surgiu no direito socialista, pois não é nada mais do que o reconhecimento da igualdade material, por meio da co-responsabilização indireta do Estado iluminista em não criar oportunidades iguais de inclusão social aos seus cidadãos [...]. (2015, p. 68).

Na obra Coculpabilidade penal, uma questão social, o autor Lázaro

da responsabilidade do Estado pela prática de um crime é próprio das sociedades democráticas, nas quais a desigualdade social é reconhecida e aceita, o que é inaceitável num país socialista". (PETER FILHO, 2011, p.61).

8 Acerca da origem da coculpabilidade, faz-se pertinente mencionar duas teorias criminológicas que, de certa forma, influenciaram em sua formação, quais sejam a teoria da Responsabilidade Social de Enrico Ferri e a readaptação da teoria da anomia de Durkheim, realizada por Roberto Merton. A respeito da tese de Enrico Ferri e sua relação com a coculpabilidade tenciona elucidar que "na responsabilidade social, quando se nega o livre-arbítrio, propõe-se um determinismo social do indivíduo, ou seja, seu comportamento e suas condições fisiopsíquicas são influenciados pelo ambiente no qual se está inserido. A coculpabilidade também propõe uma análise social do delito, no sentido de que o crime é um fato social; logo, na aplicação e na execução da pena, essas condições socioeconômicas devem ser consideradas, bem como deve ser feita a análise do meio ambiente em que vive o indivíduo, até como forma de individualizar o fato-crime por ele praticado. Todavia, não defende a co-culpabilidade a adoção de um determinismo; ao contrário, busca um meio-termo entre a questão do livre-arbítrio e o determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser "contaminada", "viciada", pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade (MOURA, 2015, p.75-76). Relativamente à teoria de Merton, esta pode ser apontada, em maior medida, como uma das peças estruturantes da coculpabilidade, haja vista concluir pela "inadimplência do Estado que não disponibiliza a todos o acesso aos meios institucionalizados, sendo, pois, o grande responsável pelo desequilíbrio entre os objetivos culturais (ter dinheiro, sucesso profissional, consumir, gerar desenvolvimento econômico, produzir, etc.) e os meios institucionalizados para atingir tais objetivos (estudar, seguir as regras de trato social, obedecer às leis, etc.) [...] Com efeito, permite estabelecer menor reprovação penal para aqueles que sofrem maior pressão anômica em virtude da tensão gerada pelo desequilíbrio entre os objetivos culturais e os meios institucionais". (2015, p. 80).

Samuel, de forma mais individualizada, remete o nascedouro da coculpabilidade ao “Plano de Legislação Criminal”, de Jean Paul Marat, político expoente do período da Revolução Francesa e propagador do contratualismo de Rousseau. (GUILHERME, 2018, p. 111).

Partir do pressuposto de que Marat adotava os ideais contratualistas, nos permite afirmar com segurança que sua premissa era a de que “o direito de punir do Estado não pode subsistir quando o próprio Estado não cumpre com sua função de garantir os direitos básicos aos cidadãos” (GUILHERME, 2018), aludindo, portanto, ao que hoje conhecemos como coculpabilidade.

Paul Magnaud, juiz de Direito francês, também pode ser apontado como um dos escultores da coculpabilidade como hoje é conhecida, vez que, em suas decisões, considerava como fator atenuante e até mesmo absolutório, a condição social miserável do agente. Leyret, aludido por Guilherme (2018, p. 116) menciona o seguinte caso concreto decido por Magnaud, vejamos:

Outro caso analisado pelo juiz Magnaud é o de Luisa Ménard (04/ 03/1898), ré confessa do furto de um pão da padaria. Magnaud ressaltou as condições sociais em que vivia a acusada: mãe de um filho de 2 anos, desempregada, sem ter o que dar de comida para seu filho. A situação era tão periclitante, que Luisa e sua mãe estavam há 36 horas sem comer. Ao fundamentar o juízo absolutório, Magnaud destaca que essa condição social adversa, provocada pela própria sociedade, tem o condão de reduzir o campo de livre-arbítrio do ser humano.

Há ainda a vertente defendida pelo professor Nilo Batista, segundo a qual as raízes da coculpabilidade estão na teoria normativa da culpabilidade de Reinhard Frank. Referida teoria parte da premissa de que “determinadas condições sociais e mentalidades morais que influenciam no âmbito de determinação do sujeito e, por isso, têm relevância penal”. (2018, p. 119).

Mais recentemente, apontamos Zaffaroni como responsável por

“desenvolver, de forma mais teórica e dogmática, a coculpabilidade” (GUILHERME, 2018, p. 117), através da culpabilidade por vulnerabilidade. Ainda que resguardadas as diferenças entre as duas expressões, conforme apontado acima, não se pode deixar de entender que, de certa maneira, a culpabilidade por vulnerabilidade é uma evolução da coculpabilidade. O referido autor faz a seguinte introdução acerca da culpabilidade por vulnerabilidade:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI, 2019, e-book).

Zaffaroni tem como fio condutor de seu pensamento o axioma de que “quanto menor for o estado de vulnerabilidade, maior deverá ser o esforço empreendido pelo sujeito. Por outro lado, quanto maior for a sua condição social de vulnerável, menor será a sua atuação para se colocar em vulnerabilidade” (GUILHERME, 2018, p. 135), o que influenciará diretamente na fixação da pena a ser aplicada.

Desta forma, fica refutada a visão míope de que a criminalidade está exclusivamente ligada ao fator pobreza, considerando-se, no resultado crime, outras variantes⁹, atentando-se para o seguinte cenário:

⁹ A fim de aportar uma explicação simplista acerca das variantes que permeiam o fenômeno crime, colacionamos a seguinte explanação: “A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições- de um lado, a natureza individual do delinquente, e, de outro, as relações exteriores, sociais e especialmente as relações econômicas que o cercam”. (VON LIZST, 1899, p.122).

Em resumo, é fato que todas as escolhas são, em largas medidas, determinadas por um conjunto de restrições impostas pelas condições socioeconômicas de cada indivíduo. Do mesmo modo, estar restrito em suas opções não é o mesmo que não ter opção. Tanto que a grande maioria das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social não são delinquentes. Na realidade, em última análise, sempre prevalece a própria vontade do agente, que sabe discernir entre o certo e o errado, pois se assim não fosse seria considerado inimputável, o que não é o caso. Acontece que é a liberdade de escolha desse delinquente que, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar dessa liberdade, pois as circunstâncias adversas impostas pelo Estado na vida dessas pessoas não são eventuais, e sim permanentes. (ARAÚJO, 2013, p. 141).

Nesse enquadramento, a coculpabilidade atua, também, como instrumento amenizador da seletividade penal, ao impor que “a diminuição do poder de autodeterminar-se deve ser reconhecida por meio da co-responsabilidade do Estado e da sociedade”. (MOURA, 2015, p. 148).

Podemos traçar, em conclusão, a seguinte linha do tempo no que diz respeito à evolução da coculpabilidade, referenciando seus autores; Marat com seu “Plano de Legislação Criminal”, Paul Magnaud em suas decisões pautadas pelo bom senso, Reinhard Frank e as circunstâncias concomitantes e, por fim, Zaffaroni com a tese de culpabilidade por vulnerabilidade.

3.1 O caminho da coculpabilidade no sistema penal: entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal

Adentramos, após breve explanação a respeito das origens e conceitos, nas influências político-criminais da coculpabilidade, temática imprescindível, haja vista que “hoje é opinião dominante a de que a Criminologia¹⁰, a Política Criminal e o Direito Penal são

¹⁰ Lázaro Guilherme pontua que “a importância da criminologia da reação social para construção da coculpabilidade é inegável e reconhecida por todos aqueles que se debruçam nos estudos das mazelas

os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes”. (MOLINA, GOMES, 2002, p. 164).

Nessa trilha, adiante, trataremos da aplicação da coculpabilidade na esfera do Direito Penal, isto é, sua acepção dogmática no ordenamento jurídico nacional e no direito comparado. Pois bem.

Podemos apontar como movimentos político-criminais influenciadores e modificadores da legislação penal a coculpabilidade como critério corretor da seletividade do Direito Penal e, ainda, a coculpabilidade como busca do Direito Penal mínimo. (MOURA, 2015).

Essas duas visões acerca da missão do Direito Penal encontraram na coculpabilidade uma forma de corrigir as distorções existentes na referida ciência, desta forma, propagaram e, é bom que se ressalte, continuam promovendo, a positivação ou ao menos o emprego da coculpabilidade, vejamos.

Pertinente ao reconhecimento da seletividade do Direito Penal, parte-se do pressuposto de que a mencionada Ciência é constituída por “valores escolhidos e determinados pela ‘classe dominante’, fazendo do sistema penal um produto ideológico, ou seja, reflete a ideologia política, sociológica e filosófica da classe privilegiada”. (MOURA, 2015, p. 144)¹¹.

O Direito Penal brasileiro revela claramente esse ideário, onde se adotam preceitos bastante lenientes no que cuida da punibilidade nos delitos socioeconômicos, por nos depararmos com o

do sistema penal que tanto se distanciam dos discursos jurídico-penais legitimadores”. (2018. p. 145).
11 Alessandro Baratta aponta: “O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade). Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica: 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 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”. (2002, p.162).

parcelamento como causa suspensiva da ação penal e da fluência do curso da prescrição penal, isso sem mencionar a previsão da lei penal temporária referente à anistia anistia penal temporária do repatriamento. Em ambos, a essência é a mesma, qual seja, o pagamento repele o poder penal, o que não é replicado em infrações penais patrimoniais.

A adoção desse discurso explica, em maior medida, a criação do “criminoso padrão, pessoa pobre, sem formação cultural, que vive nos subúrbios das grandes cidades” (MOURA, 2015, p. 145), figura distante dos agentes do colarinho branco, os quais gozam de elevado status e prestígio social¹².

A segunda vertente político-criminal está alocada no embate entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo. Para os adeptos dessa perspectiva, as consequências da aplicação da coculpabilidade direcionam a um Direito Penal mínimo, haja vista possibilitarem a redução da pena aplicada ao agente e, por conseguinte, viabilizarem a concessão de mais benefícios como o sursis, diminuir a população carcerária e, por fim, proporcionarem o reconhecimento da prescrição em menor tempo. (MOURA, 2015).

Essas duas tendências político-criminais apontam o reconhecimento da coculpabilidade como necessário, a fim de que o Direito Penal alcance um novo paradigma, menos seletivo e, ainda, mais condizente com o princípio da intervenção mínima. (MOURA, 2015).

Pode-se observar, sob um prisma diverso, que as questões político-criminais acima trabalhadas guardam estreita relação com os fundamentos jurídicos que permitem a aplicação da coculpabi-

12 Edwin Sutherland disse: “Aqueles que se tornam criminosos de colarinho branco, na maioria das vezes, iniciam suas carreiras em bons bairros e lares, são graduados em universidades com algum idealismo e, com pouca escolha por parte deles, participam de certas situações negociais em que a criminalidade é praticamente um costume e são introduzidos naquele sistema de comportamento como em qualquer outro costume. Os criminosos da classe baixa geralmente começam suas carreiras em bairros e famílias decadentes, encontram delinquentes disponíveis de quem adquirem as atitudes e técnicas do crime ao se associar com aqueles e em segregação parcial de pessoas que respeitam a lei. O essencial do processo é o mesmo para as duas classes de criminosos. Isso não é um processo de assimilação na sua totalidade, uma vez que inovações são feitas, talvez, com maior frequência no crime de colarinho branco do que no da classe baixa”. (2014, p.102).

lidade, demonstrando a linha direta existente entre criminologia, política criminal e Direito Penal.

A respeito destes fundamentos, Grégore Moura elenca alguns princípios constitucionais dos quais afirma decorrer a coculpabilidade. Em nossa construção teórica trataremos estes princípios sob o ângulo de fundamentos jurídicos que legitimam, isto é, oferecem sustentação jurídica, para a utilização da coculpabilidade, sendo eles o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da individualização da pena e, por fim, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, positivados no artigo 3º, III, da CFRB (2015).

Imprescindível realizar breve introdução acerca do que se denomina igualdade formal e igualdade material, a fim de que se obtenha uma melhor compreensão da relação entre o princípio da igualdade e a coculpabilidade. Na igualdade formal “convencionam-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política e afins”. (FERRAJOLI, 2002, p. 726).

Na “igualdade substancial, se convencionam, ao invés, que eles devem ser considerados tão iguais quanto possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais”. (FERRAJOLI, 2002, p. 727).

Esse é o ponto fulcral da conexão entre igualdade e coculpabilidade. A coculpabilidade busca efetivar a igualdade material. Assim, em maior medida, a busca pela concretude do princípio da igualdade, o qual é positivado em âmbito constitucional¹³, legitima a aplicação da coculpabilidade, pois esta reconhece “os iguais e diferenciando os desiguais na medida da sua desigualdade, uma vez

13 A respeito do princípio da igualdade citamos textual o caput, artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

que trataremos de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado". (MOURA, 2015, p. 89).

O princípio da dignidade da pessoa humana, em breve síntese, se interliga com a coculpabilidade na proporção em que "o ser humano, para ser digno, deve estar incluído socialmente" (MOURA, 2015, p. 90), para tal, o Direito, em todas as suas ramificações, possui instrumentos de fazer com que essa premissa seja alcançada. No Direito Penal, notadamente, "a coculpabilidade é exatamente essa proteção dada ao hipossuficiente" (2015, p. 90), visando o objetivo maior dignidade humana.

A individualização da pena se mostra como princípio angular, quando o assunto a ser tratado é a coculpabilidade. É imprescindível que se alcance as finalidades da pena, a individualização da pena é um princípio norteador desse objetivo que, por conseguinte, tem como meio de alcançá-lo, a coculpabilidade, de igual forma, a coculpabilidade às avessas, tema que será abordado no próximo tópico. Colacionamos as seguintes elucidações acerca desse discurso:

A coculpabilidade, 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. Isso que resultará na maior efetividade no que tange às funções por ela – sanção penal- propostas. [...] Assim, a pena do agente será ainda mais individualizada não só no aspecto abstrato por meio da previsão legal de mais uma circunstância que altera o limite da pena, mas também na sua concretização, quando de sua aplicação e execução, pois se estará considerando as diversas nuances que permeiam o delito, fazendo-se justiça no caso concreto. (MOURA, 2015, p. 94).

Não bastassem os argumentos já expostos, citamos, por fim, a ligação evidente entre a coculpabilidade e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, a erradicação da

pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, todos expressos no artigo 3º, III, da CFRB.

Fato incontestável é a inadimplência do Estado com relação ao cumprimento dos objetivos acima referenciados, haja vista a grande parcela de brasileiros enquadrados na linha da miséria, os quais lutam para sobreviver com apenas R\$ 145,00 mensais, renda insuficiente para satisfação das necessidades básicas¹⁴. Não se discute aqui os motivos dessa inadimplência, que são de variadas ordens. Propugna-se, no entanto, a aplicação da coculpabilidade como forma de amenizar essa omissão estatal. (MOURA, 2015).

Nessa perspectiva de ideias, demonstrados os vários fundamentos jurídicos que legitimam a aplicação da coculpabilidade, cumpre-nos abordar o Direito Penal comparado¹⁵ como mais uma forma de reafirmar a aceitabilidade e adequação da coculpabilidade, haja vista ser amplamente reconhecida e positivada em diversos ordenamentos jurídicos.

Não poderíamos deixar de reverenciar a abordagem da coculpabilidade na Argentina, país do mais expoente doutrinador acerca do assunto, Eugenio Raul Zaffaroni. O Código Penal argentino traz a coculpabilidade “como uma circunstância legal que agrava ou atenua a pena” (MOURA, 2015, p. 101), com o seguinte texto:

ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

14 Apresentando dados estatísticos acerca da extrema miséria vivenciada por parte dos brasileiros, referenciamos a seguinte matéria: JIMENEZ, 2020.

15 Observa-se que “a co-culpabilidade foi desenvolvida tendo em vista as peculiaridades econômico-sociais dos países subdesenvolvidos, isto é, seu maior âmbito de aplicação se dá e se faz necessário naqueles países em que o Estado é omissor no cumprimento de suas obrigações, mormente no que tange à inserção social, cultural, intelectual e econômica de seus cidadãos. Entretanto, podemos notar que a aplicação da co-culpabilidade também se faz mister em países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América e França”. (MOURA, 2015, p. 101).

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

O Direito Penal Português é ainda mais claro e objetivo, senão vejamos:

Artigo 71º Determinação da medida da pena

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

- a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
- e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;
- f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. (PORTUGAL, 2019).

No Direito brasileiro, podemos encontrar na Lei nº 9.605/1988, conhecida com Lei de Crimes Ambientais, e no Código de Proces-

so Penal, na parte atinente ao interrogatório¹⁶, de forma tímida e dissociada da expressa menção à coculpabilidade, os seguintes dispositivos que deixam clara a intenção do legislador em considerar as circunstâncias sociais do agente quando da fixação da pena, vejamos:

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

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

Ainda em âmbito legislativo, mencionamos que o Projeto de Lei nº 236/2012, o qual tem como finalidade alterar a Parte Geral do Código Penal, não prevê a coculpabilidade em nenhum de seus dispositivos, ao contrário, deixa de prever as circunstâncias inominadas, instrumento utilizado atualmente para se reconhecer as condições sociais e econômicas do agente na aplicação da pena. (MOURA, 2015). Caracterizado, portanto, verdadeiro retrocesso legislativo.

Em que pese à notória debilidade legislativa em positivar de forma expressa a coculpabilidade, encontramos na esfera doutrinária diversos apelos no sentido de se reconhecer em sede legal o supramencionado instituto. (MOURA, 2015).

Esta parcela da doutrina fomentadora da coculpabilidade aponta duas formas de utilizá-la com escólio no atual arcabouço legisla-

16 Imprescindíveis são as elucidações de ARAÚJO (2013, p. 147): “Entre o rol de perguntas a serem feitas ao acusado na primeira parte do interrogatório (perguntas em razão da pessoa do acusado), há os questionamento acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignadas no interrogatório, podendo ser utilizadas tanto pela defesa quando pela acusação, haja vista o interrogatório ter natureza jurídica mista, isto é, pode ser meio de defesa e meio de prova [...] E serão estas informações, colhidas na instrução processual, que nortearão o julgador no momento da fixação da pena”.

tivo, isto é, sem necessidade de alteração legislativa, quais sejam, como atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal e, ainda, como circunstância judicial da pena-base, prevista no artigo 59 do Código Penal, ambas acarretando consequências na dosimetria da pena. (GUILHERME, 2018).

Grégore Moura, de forma mais vanguardista, traz em sua obra sugestões para a positivação da coculpabilidade, mediante alteração do Código Penal Brasileiro, sendo elas as seguintes:

[...] como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal. (2015, p. 127).

Segundo o autor supramencionado, a positivação da coculpabilidade no art. 59 do Código Penal é “a mais tímida entre as demais, visto que será inócuo o reconhecimento da coculpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal, pois é cediço que as circunstâncias judiciais não podem trazer a pena aquém do mínimo legal”. (MOURA, 2015, p. 128)¹⁷.

Sobre a positivação do supramencionado instituto como atenuante genérica o autor pondera que esta hipótese “reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade de interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do mesmo diploma legal”. (MOURA, 2015, p. 128).

No entanto, assim como no caso da circunstância judicial, a pena não seria fixada aquém do mínimo legal.

A terceira proposição do autor, classificada por ele como a mais efetiva, pois viabiliza a diminuição da pena aquém do mínimo legal,

¹⁷ Nessa quadra, a matéria no que cuida das atenuantes é objeto da Súmula 231, do STJ. Anotamos, de relevante, que o entendimento sumular é ilegal por inexistir marco positivado que restrinja a atividade do julgador.

é a positivação da coculpabilidade como um parágrafo do art. 29 do Código Penal, com a redação a seguir:

[...] se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas e sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido. (MOURA, 2015, p. 129).

Como hipótese derradeira, o autor Grégore Moura defende que, após análise do caso concreto, seja a coculpabilidade empregada como fundamento para exclusão da culpabilidade penal do agente. Nessa hipótese “a coculpabilidade interfere no elemento da exigibilidade de conduta diversa, uma vez que, pelo fato da sua liberdade ser mitigada pela estrutura estatal sonegadora de seus direitos sociais, não pode ser lhe exigível uma atuação conforme o Direito”. (2011, p. 101).

Em suma, o referido autor pugna que a coculpabilidade seja positivada como causa excludente da culpabilidade e sem prejuízo, poder-se-ia cogitar, excepcionalmente, nessa teoria como elemento para concessão de perdão judicial em determinadas situações a serem regulamentadas. No entanto, entendemos ser esta uma possibilidade distante de nossa realidade jurídica, considerando a resistência por parte do Estado em reconhecer este instituto até mesmo como atenuante da pena e pela dificuldade em normatizar tal preceito.

Dentro dessa perspectiva, o autor Lázaro Samuel aduz que a coculpabilidade pode ser tratada como exculpante legal e supralegal, sendo desnecessária sua positivação (2018), entretanto, faz a seguinte ressalva:

Essa exculpante supralegal deve ser vista como algo que excede a norma, por isso, é necessária uma visão institucional do Direito, não podendo ser vista, como os positivistas, como algo extrajurídico e, portanto, sem previsão legal para sua aplicabilidade. Dessa forma, ainda que não

positivado, o conflito de deveres é a busca pela isonomia material e implementação das políticas públicas constitucionais. (2018, p. 159).

Por fim, analisamos a utilização da coculpabilidade no campo jurisprudencial. Para tanto, nos valem da pesquisa realizada por Lázaro Samuel acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática.

Em suas buscas pelos sítios eletrônicos do STJ, no ano de 2018, Lázaro Samuel identificou apenas 15 (quinze) acórdãos nos quais se abordou o assunto coculpabilidade, sendo que em todos eles foi negada aplicabilidade ao referido instituto com base¹⁸, na maioria das vezes, no argumento de que este carecia de expressa positividade legal. (GUILHERME, 2018).

A despeito desse fundamento desarrazoado, o mencionado autor traz a seguinte crítica:

Essa explicação inicial mostra-se necessária diante da não aplicação da coculpabilidade sob o argumento de ausência de previsão legal o que revela um perigoso ranço legalista dos nossos julgadores, que parecem desconsiderar o ordenamento jurídico como um todo, composto também por princípios que devem ser sopesados e interpretados conjuntamente com as regras, para se buscar a melhor hermenêutica de aplicação do Direito ao caso concreto, que diante dos ditames constitucionais, devem sempre almejar pela proteção da dignidade da pessoa humana. (2018, p. 173).

Escassas decisões favoráveis à aplicação da coculpabilidade foram encontradas nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁹, considerada como circunstância judicial, na primeira fase da dosimetria da pena e, ainda, como atenuante genérica, prevista no

¹⁸ Dentre os acórdãos analisados pelo autor, nos quais o STJ negou aplicabilidade à coculpabilidade citamos os HC 63.251/ ES e o HC 186.631.

¹⁹ Com relação aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde se verificou a incidência da coculpabilidade referenciamos o ACR 70002250371 e o ACR 70013886742.

artigo 66 do Código Penal. A coculpabilidade como excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa também serviu de escólio para a decisão de recurso em sentido estrito no processo de nº 2001.51.01529656-0 de 2004 do TJRS. (GUILHERME, 2018).

A fim de verificar possível mudança no entendimento dos Tribunais Pátrios, no corrente ano, realizamos pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do TJRS, TJMG e TJCE, sendo que em todos eles houve a negativa de aplicação da coculpabilidade, entretanto, com fundamentos diversos.

Nos acórdãos do TJRS²⁰ observou-se que o argumento predominante é o de que a prática de conduta criminosa que não pode ter sua culpabilidade compartilhada em razão de desigualdades sociais, na medida em que a criminalidade alcança todos os níveis sociais, não sendo necessariamente relacionada à situação econômica do acusado. Nas decisões do TJMG²¹ infere-se que a principal argumentação relaciona-se à negativa de reconhecimento no sentido de que eventual deficiência do Estado em atender de forma satisfatória as necessidades fundamentais do indivíduo autoriza sua responsabilização pela prática delitiva do agente.

Por fim, o TJCE²² adota o fundamento de que a condição econômica do Réu não se relacionou à prática do delito.

Como visão de um panorama geral da coculpabilidade na jurisprudência Lázaro Samuel finaliza seu estudo com a seguinte conclusão:

[...] Verifica-se que o reconhecimento e aplicação da coculpabilidade pelos julgadores brasileiros ainda é acanhada e só é feita de forma esporádica e eventual. Imprescindível a conscientização desses julgadores de que o juízo de culpabilidade não pode ser realizado de forma isolada

20 (Apelação Criminal, Nº 70083989673, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-04-2020)

21 (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.18.008375-6/001, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/02/2020, publicação da súmula em 14/02/2020)

22 (Relator (a): ANTONIO PADUA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 11ª Vara Criminal; Data do julgamento: 29/04/2020; Data de registro: 29/04/2020).

da realidade social, especialmente, daqueles que vivem à margem dos direitos sociais mínimos. (2018, p. 187).

À vista de todo o exposto neste tópico, observa-se a existência de arcabouço doutrinário suficiente a embasar a aplicação da coculpabilidade. No mesmo sentido, verifica-se que a legislação penal vigente, através do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, viabiliza o seu reconhecimento como atenuante genérica a ser considerada na dosimetria da pena, o que não é acompanhado pelos tribunais pátrios, os quais negam reiteradamente a sua incidência.

Apresentado esse cenário com relação à coculpabilidade, apresentaremos, adiante, nossa contribuição acadêmica na defesa da positividade da coculpabilidade às avessas, com a finalidade de que esta se preste a ser mais um instrumento de aperfeiçoamento do Direito Penal com vista a atender ao princípio da igualdade.

4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS: CONCEITO E POSITIVAÇÃO COMO AGRAVANTE GENÉRICA DO CÓDIGO PENAL

Cléber Masson explica que: “Na sequência da teoria da coculpabilidade, surgiu a coculpabilidade às avessas” (2014, p. 471), a qual “pode se manifestar na legislação de três formas: 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”. (MOURA, 2015, p. 69).

Nos debruçaremos na tarefa de analisar a última vertente da coculpabilidade às avessas, especificamente na possibilidade de sua incidência visando ao aumento da reprovação social e penal no que diz respeito aos crimes do colarinho branco. Em breve síntese, a lógica a ser adotada será a seguinte:

Cuida-se da face inversa da coculpabilidade; se os pobres,

excluídos e marginalizados merecem um tratamento penal mais brando, porque o caminho da ilicitude lhes era mais atrativo, os ricos e poderosos não tem nenhuma para o cometimento de crimes. São movidos pela vaidade, por desvios de caráter e pela ambição desmedida, justificando a imposição de pena de modo severo. (MASSON, 2014, p. 471).

Cumpre-nos consignar que escassos são os estudos a respeito da coculpabilidade às avessas, onde não se possui, atualmente, material doutrinário indicando suas origens exatas. Todas as obras consultadas tratam como tema central a coculpabilidade, mencionando, apenas, as possíveis formas de manifestação da coculpabilidade às avessas no nosso ordenamento, o que já foi exposto acima por nós.

Desta forma, optamos por adotar como referência para o desenvolvimento da nossa tese de aplicação da coculpabilidade às avessas as análises realizadas sobre a coculpabilidade no tópico anterior.

Pois bem. Passemos à construção do nosso raciocínio a respeito da coculpabilidade em sua vertente de maior reprovação do agente, considerando sua vulnerabilidade social, ou melhor dizendo, levando em conta o alto nível de inserção social e econômica do agente perante a sociedade, facilidade de acesso ao vital para desenvolvimento de suas potencialidades como cidadão, o que deverá atuar como fator de elevação da pena na forma a ser proposta.

Parte da doutrina se insurge, com razão, no que diz respeito à aplicação da coculpabilidade às avessas, como agravante genérica, haja vista a “(a) falta de previsão legal; e (b) em se tratando de matéria prejudicial ao acusado, não há espaço para a analogia”. (MASSON, 2014, p. 471). Ressaltamos, com a atual disposição das agravantes no Código Penal não há possibilidade de se sustentar a aplicação da coculpabilidade às avessas.

Cleber Masson pontua, ainda, que a hipótese mais viável da aplicação da coculpabilidade às avessas, no Código Penal, sem que ocorra alterações legislativas, é “na pena-base, levando em conta as

circunstâncias judiciais desfavoráveis (conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime), com fulcro no art. 59, *caput*, do Código Penal”. (2014, p. 471).

Refutamos essa possibilidade, haja vista sua vagueza conceitual, o que possibilita, quase como regra, que o juiz, ao realizar a dosimetria da pena, acabe por ignorar a análise das condições sociais do agente em sua vertente de coculpabilidade às avessas. Assim como ocorre com a circunstância judicial da personalidade, os magistrados acabariam por não analisar seus aspectos, sob o fundamento de não haver provas suficientes para tal exercício.

De outra ordem, o autor Grégore Moura formula sua crítica pertinente à utilização da coculpabilidade às avessas, de maneira mais abrangente, afirmando que “a co-culpabilidade como forma de agravamento da reprovação social e penal irá de encontro às finalidades para as quais foi desenvolvida resultando em uma extensão e revisão de seu conceito”. (2015, p. 73).

Ousamos discordar. Alinhando nosso raciocínio de forma teleológica, isto é, buscando o real intento da criação do instituto da coculpabilidade, podemos concluir que sua premissa maior é garantir a concretização da igualdade material no Direito Penal, propondo, para tanto, a consideração das condições socioeconômicas do agente, no momento da reprovação pelo cometimento de um delito. Ora, é evidente que a coculpabilidade às avessas visa o mesmo fim, a efetivação da igualdade material no Direito Penal, também conhecida como princípio da isonomia.

A coculpabilidade às avessas iria preencher o princípio da igualdade na vertente da necessidade de criação de um direito justo, ou seja, um direito que crie normas de conduta que sirvam para reproduzir aspectos importantes no que cuida da circulação de riquezas, da concessão de oportunidades para o desenvolvimento de suas potencialidades e acesso ao piso mínimo vital.

Ao pregarmos a validade da coculpabilidade como elemento que

sirva minimamente para reconhecer parcela da culpa estatal, por seu insequente descumprimento de normas constitucionais programáticas, nada mais correto, por força de respeito ao princípio da igualdade, reconhecer a maior reprovabilidade penal de um fato na hipótese em que o agente, a despeito de ter acesso ao fundamental para seu desenvolvimento, optou por praticar uma infração penal visando a lucros e atentando contra a economia.

Referido princípio impõe a obrigação, seja em âmbito legislativo ou judicial, de se “tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades”. (MASSON, 2015, p. 96), justamente o que propõe a coculpabilidade e a coculpabilidade às avessas, ao considerarem as circunstâncias de vulnerabilidade social vivenciadas ou não pelos agentes criminosos.

Essa afirmação é respaldada pelo pensamento de Canotilho, segundo o qual a igualdade deve nortear não somente a aplicação do Direito, mas, antes disso, a própria criação do Direito, atentando-se, ainda, para o fato de que não se faz suficiente somente a garantia da igualdade formal da lei, é necessário que a criação de uma lei guarde consonância com a igualdade material, isto é, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. (2003, p. 427/428).

Pode-se entender que “a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”. (MELLO, 2013, p. 23), a coculpabilidade às avessas tem por escopo concretizar esta última função do princípio da igualdade, especificamente em âmbito penal, pois considerará a real culpabilidade de quem comete crimes, mesmo possuindo condição financeira abastada e, ainda, se utilizando desta.

Ainda com relação ao cumprimento das finalidades do princípio da isonomia, há de se observar que, para a validade de uma norma que busque afastar privilégios, o “vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o quid determinante da validade ou invalidade de uma regra”. (MELLO, 2013, p. 37).

Esmiuçando o referido raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello nos explica que “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”. (2013, p. 38).

Em nosso caso, o vínculo de conexão lógica é a necessidade de se combater a seletividade do Direito Penal ao punir somente a criminalidade de massa, sendo que o nosso elemento diferencial é a condição socioeconômica abastada do agente criminoso, usando-se desta para agravar a culpabilidade do mesmo na dosimetria da pena.

Nessa perspectiva de ideias, Canotilho sustenta o pensamento de que para uma norma garantir a igualdade materialmente considerada, ou seja, tratar os indivíduos na medida de suas desigualdades, sem entrar em campo arbitrário, é imprescindível que se possa fazer um uma valoração a partir dos próprios elementos contidos na lei, citamos:

O princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade, Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. (2003, p. 428).

O nosso fundamento material que permite a valoração da lei em parâmetro de uma igualdade justa é corporificado pela observância das condições socioeconômicas do agente, isto é, a sua não experimentação de vulnerabilidade social a ensejar maior reprovabilidade penal, pois, mesmo diante desse quadro, ainda se curvou ao mundo do crime.

Após esta breve demonstração da correlação existente entre o que propomos e os vetores constitucionais, podemos afirmar, com segurança, que o princípio da isonomia é a base constitucional sólida que legitima a posituação da coculpabilidade às avessas como agravante no Código Penal.

Não só isso, a posituação da coculpabilidade às avessas visa, de igual forma, a concretização do princípio da individualização da pena no campo legislativo, na proporção em que preconiza que “distribuir a cada individuo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime”. (MASSON, 2015, p. 85).

Bitencourt, parafraseando Hungria, assevera acerca da individualização da pena que esta tem por escopo “a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso” (2012, p. 863), exatamente o que se realiza com a coculpabilidade às avessas, vez que esta levará em conta as condições sociais do agente.

Nessa senda, Jorge de Figueiredo Dias, corroborando o que aqui defendemos, constrói o raciocínio de que os crimes econômicos ensejam maior reforço da exigência de retribuição da culpabilidade. Nesta afirmação, observa-se evidente analogia ao que denominamos coculpabilidade às avessas, justificando maior reprovação nestes crimes, a fim de que se alcance as finalidades da pena, senão vejamos:

Há numa parte da doutrina – em especial da doutrina de inspiração germânica- a ideia de que, nesta operação, o juiz deve servir-se de exclusivamente de pontos de vista de prevenção, não de retribuição da culpa: é a hoje muito reclamada Stellenwerttheorie, que à letra- com sentido também em português- se poderia traduzir por – teoria do valor de posição- A ideia parece-me- seja qual for a validade que lhe deva ser atribuída no direito penal geral – de duvidosa procedência no direito penal econômico, onde, como disse, se fazem sentir acrescidas exigências de retribuição de culpa, com as consequentes implicações

no nível de prevenção de integração necessário para a defesa da ordem jurídica e reforço dos modelos desejados de comportamento. (1998, p. 68).

Ainda justificando a maior reprovação dos crimes do colarinho branco, em razão do cumprimento das finalidades da pena, o mencionado autor assevera:

Uma vez escolhida a pena, coloca-se ao juiz o problema da determinação da sua medida concreta. Ainda aqui parece deverem reconhecer-se certas especificidades do direito penal econômico. Pois bem, pode acontecer que só uma particular quantidade de pena permitida pela culpa cubra as necessidades de prevenção geral de integração e as legítimas exigências de intimidação que dentro daquela se fazem sentir; e, em especial, que só ela permita à pena contribuir para a transformação necessária das representações e da consciência comunitárias face a atividades antieconômicas. (1998, p. 69).

A questão do Direito Penal do autor também merece especial atenção dentro da temática da coculpabilidade às avessas. Num primeiro momento, em análise superficial e desvinculada da técnica necessária, eventuais questionamentos podem surgir, relacionando Direito Penal do autor e coculpabilidade às avessas, o que não ocorre em nenhuma medida, conforme será demonstrado.

O Direito Penal do autor, rechaçado por nosso ordenamento jurídico, em sucinta definição, pode ser entendido da seguinte forma:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc. (ZAFFARONI, 2019, *e-book*).

Lançamos olhos, então, à diferenciação de Direito Penal do autor com relação à coculpabilidade às avessas. Zaffaroni, partindo do pressuposto de que a personalidade do agente será considerada no Direito Penal do autor e no Direito Penal do fato, porém, de formas diversas, nos explica que:

No cabe duda que en la culpabilidad por al acto también se tomará en cuenta la personalidad, pero en un sentido diferente e inverso, pues se le reprochará lo que hizo en función de su catálogo de posibles conductas condicionado por su personalidad (en la culpabilidad de autor se le reprocha la personalidad, de la que su acto es sólo un síntoma). En la culpabilidad de acto se le reprocha el de ilícito en función de su personalidad y de las circunstancias, en la de autor se le reprocha lo que es en función del injusto. (2004, p. 139).

A análise das circunstâncias sociais e da personalidade do agente criminoso, como ocorre na coculpabilidade às avessas, não implica, por si só, em aceitação do Direito Penal do autor. Ela incidirá somente na dosimetria da pena, elevando a pena proposta dentro dos limites do preceito secundário de determinado tipo penal.

Em outras palavras, não se está a defender a criação de um tipo penal que puna o criminoso do colarinho branco unicamente em razão de seu *status* econômico, o que se posiciona é o aumento da pena de um tipo penal legitimamente previsto, em virtude da ausência de vulnerabilidade social do agente, fator este que, em regra, o distanciaria do mundo do crime.

Indo mais longe em seu raciocínio dogmático, Zaffaroni afirma que a culpabilidade por vulnerabilidade complementa a culpabilidade, pois na medida em que esta se presta somente a limitar o poder punitivo estatal, aquela serve, ainda, de corretor da seletividade do Direito Penal, em suas palavras:

[...] o poder punitivo sempre conservará um caráter irracional por sua própria estrutura, e a culpabilidade, tal como entendida pelo autor, funcionaria como limite a irracional-

lidade seletiva do sistema penal aos vulneráveis e, como consequência, os seus defeitos éticos. Dessa maneira, a culpabilidade funcionaria contra seletivamente a seleção irracional realizada pelo poder punitivo, administrando-o racionalmente na medida de seus limites. (2010, p. 259).

Esta correção da seletividade, segundo Zaffaroni, deve ser exigida de todas as instâncias envolvidas no processo de criminalização. O que nos propomos é aportar nossa contribuição científica, através da coculpabilidade às avessas, a ser incorporada em sede legislativa, senão vejamos:

[...] debemos exigir a las agencias jurídicas que agoten su poder jurídico de contención neutralizando hasta donde les sea posible la selectividad estructural del poder punitivo, para lo cual no alcanza con la mera culpabilidad de acto que, al no tomarlo en cuenta, sólo indica el límite máximo tolerado por un estado de derecho, que nunca puede pretender sancionar a sus habitantes por lo que son, so pena de autodestruirse, de asumir formas teocráticas o de invitar a la psicotización omnipotente de sus jueces. (2004, p. 137).

Referindo-se especificamente aos agentes que estão equidistantes do campo da vulnerabilidade social, enquadramento que serve aos criminosos do colarinho branco, Zaffaroni assevera que “son poco comunes los casos de personas que, por partir de un estado alto, les costaría muy poco alcanzar la situación de vulnerabilidad, pero que sin embargo realizan un esfuerzo descomunal para llegar a ella”. (2004, p. 145).

Resta claro que estes agentes, por não experimentarem situação de vulnerabilidade social, realizam maior esforço para adentram na vida criminosa, o que implica no merecimento de maior reprovação. Dito de outra maneira, a coculpabilidade às avessas deve proporcionar maior punição àqueles que “se esforçam voluntariamente para se colocar na situação de vulnerabilidade” (SIQUEIRA, 2016, p. 144), entendida como situação criminosa.

Em suma, Zaffaroni defende que somente a culpabilidade não é suficiente para o Estado Democrático de Direito, sendo necessária a consideração da coculpabilidade, no intuito de que se corrija a seletividade do direito penal. Alçando mais longe o pensamento, defendemos a mesma ênfase à coculpabilidade às avessas, comparando esta a uma das lentes de óculos, sendo a outra lente formada pela coculpabilidade, ambas visando a correção da seletividade do Direito Penal.

5 A TIPIIFICAÇÃO DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ultrapassadas eventuais críticas e ponderações a respeito da coculpabilidade às avessas, apresentamos nossa proposta de alteração legislativa no Código Penal.

Poder-se-ia, em um primeiro momento, cogitar na positivação do desvio corretivo normativo da desigualdade social em textos legislativos esparsos, ou seja, promover o acréscimo legal em algumas legislações penais em que haja ataque a algum bem jurídico que derive da ordem socioeconômica.

Partindo dessa premissa, estaríamos diante de vozes que admitiriam a aplicação do direito penal do autor, o que não deixaria de apresentar certo grau de correção.

Assentado que o melhor caminho seria a regulamentação da questão dentro do Código Penal, devemos perguntar qual seria a melhor técnica legislativa para a introdução desse preceito dentro da aplicação da pena.

De início, caberíamos pensar a possibilidade de inseri-la expressamente dentro das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, o que nos apresentaria como de difícil realização, notadamente, pela dificuldade de encerrar dentro de poucas palavras os limites para reconhecimento dessa futura circunstância judicial.

Alternativamente, calha aventar a possibilidade de inserção da coculpabilidade às avessas como causa de aumento de pena. O entrave para a adoção desse método está na inexistência de paralelo envolvendo outras circunstâncias dessa natureza dentro do direito penal brasileiro. Assim, a previsão como majorante implicaria em uma quebra injustificada do tratamento jurídico-penal e, igualmente, um excesso no agravamento da pena.

Entendemos, após estudos sobre o tema, e, com as ressalvas acima indicadas, que a maneira mais efetiva e viável, considerada dogmaticamente, seria a positivação da coculpabilidade às avessas como agravante genérica do Código Penal, devendo ser criado o inciso III, do artigo 61, com a seguinte redação:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...] **III-** ser o crime cometido em detrimento de bens jurídicos supraindividuais ou, em prejuízo dos interesses da coletividade, ainda que indiretamente:
[...] **a)** num contexto em que, após análise das circunstâncias sociais do agente, a exemplo do seu grau de instrução, cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, seja comprovada a ausência de vulnerabilidade social.

Consideradas na segunda fase da dosimetria da pena, as agravantes genéricas “são 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”. (MASSON, 2015, p. 719).

É importante ressaltar que as “agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes na dosimetria da pena” (MASSON, 2015, p. 720), o que cumpre exatamente com nosso objetivo, isto é, positivar a coculpabilidade às avessas a fim de que ela não seja

ignorada pelos juízes, em evidente postura de discurso da resistência.

Pertinente ao aumento de pena que poderá ocorrer mediante o reconhecimento da agravante genérica do art. 61 do Código Penal, faz-se salutar esclarecer que o legislador não quantificou essa elevação da pena, sendo certo que o limite para tal é a pena máxima fixada no tipo penal em seu preceito secundário. Na prática, o reconhecimento da agravante resultará no aumento máximo de um sexto da pena base, segundo nos explica Bitencourt:

[...] sustentamos que a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para agravante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, umas das outras, exatamente pelo grau de gravidade que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante. (2012, p. 861).

O resultado desse aumento, acarretará, se considerarmos uma pena-base de 04 anos, a média alcançada nos crimes do colarinho branco, o aumento de 8 (oito) meses de pena a ser cumprida pelo agente delitivo.

Há de se considerar, ainda, que o que propomos aqui já está positivado em nosso ordenamento jurídico, em diversos dispositivos, seja sob *nomen juris* diversos ou, ainda, sem intitulação. Como exemplo, referenciamos o art. 76, iv, a, da Lei nº 8.078/90 e o art. 4º, § 2º, da Lei nº 1.521/51, senão vejamos:

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: [...] IV - quando cometidos: **a)** por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura: [...] **IV** - quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

No que concerne à agravante prevista no Código de Defesa do Consumidor, a qual faz menção expressa à condição financeira do agente, imprescindíveis são as ilações de Antônio Cesar Lima da Fonseca, a fim de que se possa compreender a *mens legis*, textual:

[...] repercute no plano social. [...] A condição diz respeito ao econômico-social e não ao cultural, porque quando o agente se prevalece da inteligência para o cometimento do crime é de se verificar se não o pratica “dissimulando a natureza lícita do procedimento”, o que faria incidir o inciso III do art. 76 comentado [...] A condição social, sozinha, embora muitas vezes esteja ligada à ótima situação econômica, igualmente, pouco significa. Pode ocorrer de um fornecedor deter condição social proeminente, às vezes decorrência de laços familiares, e não possuir também uma forte condição econômica, suficiente a atender a circunstância. (1996, p. 136/137).

Pertinente é a ressalva dada pelo mencionado autor no que diz respeito a quais agentes, em regra, serão alcançados por essa agravante, o que nos interessa, pois, de certa forma, acaba por delinear um esboço do que seriam os agentes do colarinho branco, vejamos:

Não se pode deixar de relacionar a agravante com a situação de “classes aquisitivas positivamente privilegiadas” de que nos falava Max Weber, que são ‘os comerciantes, armadores, empresários, industriais, empresários agrários, banqueiros e empresários financeiros e, em certas circunstâncias, profissionais liberais com capacidade ou formação especial e trabalhadores com qualidades monopólicas (próprias ou adquiridas)’. (1996, p. 136).

Resta bem delineado, após essa explicação, o que se exige da condição econômico-social do agente, não se olvidando que “a pena só pode ser agravada se alguém se utilizar de sua riqueza para impor

sua vontade ao consumidor, assim cometendo o crime” (FONSECA, 1996, p. 137), sob pena de se admitir responsabilidade penal objetiva, o que refutamos em nossa proposição.

Alcançando o ponto fulcral de nossa tese e corroborando o que aqui argumentamos, isto é, no sentido de que é mais acentuada a culpabilidade do agente que possui abastada condição financeira e se vale desta circunstância para a prática de crime, Cezar Roberto Bittencourt, ao esmiuçar a razão da existência da agravante do Código de Defesa do Consumidor que aqui mencionamos, nos ensina que:

Aqui a agravante se aplica em razão da qualidade ou condição do sujeito ativo do crime. A sua incidência se justifica, em respeito ao princípio da culpabilidade, na medida em que se constate que o crime foi praticado com afronta ao princípio da equidade, isto é, em detrimento da pretensão de igualdade e equilíbrio entre as partes que integram a relação de consumo. (2016, p. 601).

Nessa perspectiva de ideias, merece destaque o julgamento da Apelação 863/SP, pelo STF de Rel. Min. Edson Fachin, conhecido como Caso Maluf, no qual durante a dosimetria da pena, a pena-base foi aumentada, em virtude de ter sido considerada a culpabilidade do agente mais intensa²³, pois este ocupava cargo público e gozava de confiança dos cidadãos, demonstrada através dos votos que recebeu.

Extraímos trecho do referido julgado:

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Colegiado identificou vetoriais negativas do art. 59 do CP (6) suficientes para fixar a pena-base acima do mínimo legal, mas ligeiramente abaixo do termo médio, quais sejam: a) O juízo de reprovação que recai sobre sua conduta é particularmente intenso, na medida em que se trata de quem exerce há longa data representação popular, obtida por meio da confiança depositada pelos eleitores em sua atuação. A transgressão da lei por parte de quem usualmente é depositário da

23 Nesse sentido citamos a condenação do ex – diretor da Petrobras, Renato Duque, por corrupção passiva, no processo de nº Nº 50365187620154047000, no qual os desembargadores reconheceram a acentuada culpabilidade em virtude do cargo que Duque ocupava, isto é, diretor da empresa.

confiança popular para o exercício do poder, enseja juízo de reprovação muito mais intenso do que seria cabível em se tratando de um cidadão comum; b) Do ponto de vista da reprovabilidade, igualmente merece destaque negativo, no que diz respeito à capacidade de compreensão da ilicitude do fato, a circunstância de ser o acusado homem de longa vida pública, acostumado com regras jurídicas, às quais, com vantagem em relação aos demais cidadãos, tem a capacidade acentuada de conhecer e compreender a necessidade de observá-las; c) No que diz respeito às circunstâncias do crime, merece maior reprovação o fato de que a lavagem ocorreu num contexto de múltiplas transações financeiras e de múltipla transnacionalidade, o que interfere na ordem jurídica de mais de um Estado soberano. Ainda, a origem pública dos valores lavados é circunstância que impõe um juízo de reprovabilidade mais acentuado; d) Quanto às consequências, estas devem sofrer, nessa fase de aplicação da pena, maior juízo de reprovação quando vão além das consequências usuais dessa modalidade criminosa. Nesse tópico, o crime praticado pelo réu violou o bem jurídico tutelado pelo tipo de forma muito mais intensa do que o usual, tendo em vista a vultuosidade dos valores envolvidos”.

Na sentença de Sergio Cabral, proferida no processo de nº 0504113-72.2017.4.02.5101 (2017.51.01.504113-8), na qual este foi condenado pelo Juiz Marcelo Bretas em razão de corrupção passiva, encontra-se evidente reconhecimento da coculpabilidade às avessas, no momento em que o juiz fundamenta o aumento da pena dos condenados. A título de exemplo, na condenação de Luiz Carlos Bezerra, amigo e integrante do esquema de corrupção de Sergio Cabral, Bretas faz a seguinte fundamentação:

[...] sem dúvida tinha a exata dimensão da ilicitude que seu comportamento representava, tendo perseverado na prática de crimes ao longo de anos, contribuindo com os vários membros da organização criminosa que agia na Administração Pública Estadual, em que pese este apenado não exercesse suas atividades ilícitas com total autonomia. Diante de tais constatações, a culpabilidade desse acusado deve ser considerada elevada. A instrução revelou que os motivos que levaram à prática criminosa são reprováveis

na medida em que esse réu agiu imbuído de ambição desmedida muito embora já possuísse situação econômica acima da média”.

Salientamos que o Juiz Marcelo Bretas realizou a análise dessas circunstâncias na primeira fase da dosimetria da pena, isto é, nas circunstâncias judiciais, art. 59 do Código Penal.

A consideração desses vetores negativos representa, de forma ampla, o reconhecimento da coculpabilidade às avessas por parte do judiciário. É inegável que, de certa forma, o Judiciário e, até mesmo o Legislativo, estão encampando a teoria da coculpabilidade às avessas, assim o fazendo, de forma assistemática e sem parâmetros.

Positivar a ideia da coculpabilidade às avessas, na forma de uma agravante genérica, especificamente, no artigo 61 do Código Penal, é uma forma de racionalizar o que, de certa forma, já é adotado em algumas vertentes, conforme restou demonstrado.

Impondo maiores balizas ao magistrado no momento da dosimetria da pena e, ainda, oferecendo maior segurança jurídica ao eventual condenado, tudo conforme deve ser o Direito Penal, ramo do Direito que lida com a liberdade do indivíduo.

Deixamos a ressalva de que não apoiamos a responsabilidade objetiva dos criminosos do colarinho branco. Ao contrário, a incidência da agravante genérica por nós proposta deverá ser pautada pela razoabilidade, realizando-se a seguinte ponderação:

[...] analisar-se-á se o crime cometido é mais reprovável quando as condições sociais e econômicas indicarem a falta de justificativa e a consciência da ilicitude, de forma que a prática delituosa foi uma decisão dentre as inúmeras oportunidades. É o caso comum, por exemplo, daquele indivíduo com oportunidade de estudo, de trabalho digno e escorado em sólida base familiar, resolve ingressar no tráfico de entorpecentes, visando apenas saciar sua aspiração de viver desse modo que sabe, pela ampla base de autodeterminação, ser inaceitável pela sociedade. Há também aqueles que se valem justamente do seu poder político ou

econômico para o cometimento de crimes. Diferentemente, à evidência, não se aumentará a reprovabilidade do agente “incluído social” que comete estupro, apenas levando-se em conta sua condição socioeconômica, visto que esta não é a causa a determinação para esse tipo de delito. (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 135).

Entenda-se, “o que se afirma aqui é que, sob a ótica exclusivamente socioeconômica, a reprovabilidade daquele que já goza de boas oportunidades na sociedade será maior quando perpetrar delitos simplesmente para aumentar sua renda”. (TANURE, FERREIRA, 2014, p. 125).

À vista de todo o exposto, concluímos que a positivação da coculpabilidade às avessas, como agravante genérica, alocada no Código Penal, coaduna com o atual contexto da dogmática penal, delineado por nós, o qual deixa de adotar como eixo central os ideais liberais e individuais, na medida em que passa a tutelar os bens jurídicos supraindividuais. Mais que isso nossa proposta tem como ponto de partida um conceito criminológico, qual seja a culpabilidade por vulnerabilidade, em sua vertente inversa, sem deixar de ser compatível com os pilares da dogmática penal finalista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, em resposta à assertiva de Gracia Martin, no sentido de que o Direito Penal Econômico, considerado como uma das espécies do Direito Penal moderno, seja estruturado em conformidade com a teoria clássica do delito, abordou o conceito de culpabilidade e suas vertentes no Direito Penal.

Tratamos das asserções relacionadas à coculpabilidade, apontando pela existência de arcabouço doutrinário suficiente a embasar sua aplicação. No mesmo sentido, verificou-se que a legislação penal vigente, através do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, viabiliza o

reconhecimento do instituto em comento como atenuante genérica a ser considerada na dosimetria da pena, o que não é acompanhado pela jurisprudência, que nega reiteradamente a incidência da coculpabilidade.

Delineamos, ainda, as nuances da coculpabilidade às avessas, para, ao final, formularmos nossa proposta de positivação como agravante genérica do Código Penal, devendo ser criado o inciso III, do artigo 61, com a seguinte redação legal: Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...] III- ser o crime cometido em detrimento de bens jurídicos supraindividuais ou, em prejuízo dos interesses da coletividade, ainda que indiretamente: [...] a) num contexto em que, após análise das circunstâncias sociais do agente, a exemplo do seu grau de instrução, cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, seja comprovada a ausência de vulnerabilidade social.

O estudo em comento buscou demonstrar a necessidade de se positivizar e se aplicar a teoria da coculpabilidade no Direito Penal, sendo certo que deve se verificar a sua incidência como ferramenta auxiliar no ajustamento de uma norma penal que seja atenta à injustiça na repartição de rendas, na concessão de oportunidades para desenvolvimento de suas potencialidades como ser humano e, em suma, seja fidedigno as promessas constitucionais descumpridas pelo Estado.

Posto isso, poderíamos cogitar na aplicação da coculpabilidade no direito penal brasileiro, mas não como mera circunstância judicial do artigo 59, do Código Penal, mas sim, como atenuante geral, e, não encaixável no artigo 66, do mesmo diploma legal. Lado outro, apura-se que a legislação penal especial contempla exemplos de agravante lastreada na coculpabilidade às avessas.

Um dos mecanismos de ajustamento da legislação penal ao princípio da igualdade viria com a positivação da coculpabilidade, em

suas duas vertentes, com a previsão de requisitos para sua avaliação pelo julgador.

Em arremate, concluímos que a aplicação da coculpabilidade e da coculpabilidade às avessas, nos moldes apresentados, se ainda não é uma solução, pelo menos é um começo em busca de um Direito Penal mais humanista, voltado para o cenário nacional e condizente com o princípio da igualdade material e da individualização da pena.

FROM THE CO-CULPABILITY TO THE CO-CULPABILITY IN REVERSE: THE TWO FACES OF THE PRINCIPLE OF EQUALTY IN THE PENAL LAW

RESUME

This article analyse the culpability passing through the avaliation of the coculpability theory in it's strands. When we analyse that theory we look forward to verify it's adequation to the social tissue and the viability to adjust in the penal law in the criminal sanction. Done that, the article focus the attention in the upside down coculpability, once that if the coculpability fundaments in the agent privation of the constitutional obligations it would be (in) correct to avaiate the possibility of applying a more severe sanction when the agent, despite many oppotunities to develop its potential as human being decides to commit criminal violations. In this perspective we sustain that the co-culpability in reverse demands a legal modification, which was treated in this article. In summary, to elucidate the role of this figures inside the sanction theory is the goal of this article.

Keywords: Co-culpability. Application of the penalty. Principle of equality.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Jader Máximo de. *O princípio da coculpabilidade como causa atenuante inominada*. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, p. 107-152., jan./jun. 2013. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100945>. Acesso em: 3 set. 2019.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro; Revan, 11. ed., 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUSATO, Paulo Cesar. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, nº 8, set-dez. 2011, p.45/87. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Edições Almedina. Coimbra, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal. Parte Geral**, vol. 1. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Econômico entre o passado, o presente e o futuro. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 22, n.º 3, jul-set, Coimbra Editora. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor; Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1996
- GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal**: uma

questão social. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. Ed – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JIMÉNEZ, Carla. Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis. **El País**, São Paulo. 06 NOV. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html. Acesso em: 24 jun. 2020.

MARTIN, Luiz Gracia. **Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático** – Parte geral – vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. 2014.

_____. **Direito Penal Esquemático** – Parte geral – vol. 1. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Malheiros, 2013

MOLINA, Antonio García- Pablos; GOMES, Luiz Flávio Gomes.

Criminologia. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOURA, Grégoire Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PETER FILHO, Jovacy. **Reintegração Social**: um diálogo entre a sociedade e o cárcere. São Paulo, Universidade de São Paulo, USP, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol. 7. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. UFRGS VOL. 2, N.º 2, p.93-103. 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/0>>.

TANURE, Lucas Lacerda; FERREIRA, Paulo Henrique. Culpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. **Revista do CAAP**, v. 20, n.1, p. 121-138. Belo Horizonte, Disponível em: <<https://revistadoacap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/387>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

VON LISZT, Fran. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro. F. Briguiet e Cia, 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. **Revista anthropos**, Barcelona, n. 204, p. 136-151, 2004. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126187>.

Acesso em: 11 set. 2019.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 2010.