

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Lílian Cristina da Silva Vaz

MANHUAÇU / MG

2018

**LÍLIAN CRISTINA DA SILVA VAZ**

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no  
Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências  
Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Área de Concentração: Direito Penal

MANHAUÇU / MG

2018

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	4
2. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE PENAL .....	6
2.1 A culpabilidade como elemento do crime.....	8
2.2 A culpabilidade como princípio em um Estado Democrático de Direito ..	10
3. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988 .....	12
3.1 A origem do princípio da cculpabilidade.....	12
3.2 O princípio da cculpabilidade na CF/88 .....	14
3.3 A cculpabilidade e a atual política criminal.....	16
3.4 Pena: Individualização e Finalidades .....	21
4. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	24
4.1 A responsabilidade do Estado diante da prevenção criminal .....	24
4.2 A reincidência no ordenamento jurídico penal .....	26
4.3. A responsabilidade civil do Estado e a cculpabilidade .....	29
4.4 O princípio da cculpabilidade nos Tribunais Superiores .....	33
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	37
6. REFERÊNCIAS.....	41

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a coculpabilidade do Estado no ordenamento jurídico pátrio diante da criminalidade a partir das situações em que o Estado se torna omissos, deixando de observar e concretizar importantes princípios constitucionais e penais. Assim, a partir das ideias de Cesare Beccaria (2000) e Marat (2000), será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e método hermenêutico, cuja reflexão pautar-se-á da grande desigualdade socioeconômica e da omissão do Estado em concretizar direitos fundamentais, eclodindo como uma das consequências o aumento da criminalidade e a possibilidade da corresponsabilidade do Estado, devendo ser utilizado como orientação pelos julgadores em suas decisões para garantir a igualdade e a individualização da pena.

**Palavras-chave:** Princípio da Coculpabilidade. Princípio da individualização da pena. Estado Democrático de Direito. Responsabilidade do Estado.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar o princípio da cocalpabilidade do Estado no ordenamento jurídico penal brasileiro e principalmente diante da reincidência do apenado.

O princípio da cocalpabilidade pode ser definido como uma divisão da culpabilidade, do juízo de reprovação entre o agente que cometeu o delito e o Estado, este último no seu poder-dever de prevenir o delito e punir quem transgrida as normas por ele mesmo imposta. Para o reconhecimento do mencionado princípio faz-se necessário o preenchimento da omissão do Estado, ou seja, não garantir os direitos fundamentais sociais previstos na atual Constituição Federal de 1988, podendo levar em consideração também as razões de fatores socioeconômicos que levaram o indivíduo a reincidir.

Nesse sentido, Moura (2006) define o princípio da cocalpabilidade como sendo um princípio constitucional implícito, reconhecendo 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 (MOURA, 2006, p.41).

Destaca-se ainda, que em um Estado Democrático de Direito, o Estado é a única entidade dotada de poder soberano com o direito de punir os indivíduos, sendo esse poder um direito e um dever do Estado. Portanto, o Estado conserva a exclusividade do *jus puniendi* (CAPEZ, 2012, p.45) e, a responsabilidade dela advinda.

Assim, quando um indivíduo comete determinado delito, violando as normas penais, nasce para o Estado o *jus puniendi*. Acontece, que esse poder-dever de um Estado Democrático de Direito, vem acompanhado de outras obrigações que, de igual modo, devem ser cumpridas pelo Estado, como o devido processo legal, a observação dos princípios e garantias fundamentais e sociais no momento da aplicação da pena e sua execução e, principalmente

fazer com que a finalidade da pena seja atingida, para que haja a devida individualização da pena.

Desse modo, de acordo com o Código Penal, em seu artigo 59, é possível perceber a observação que o mencionado dispositivo faz em relação às finalidades da pena, adotando a finalidade de retribuir ao indivíduo um mal injusto por ele praticado e prevenir a prática de delitos na sociedade. Com isso, para o Estado exercer o seu direito-dever de punir, deverá, certamente, observar as teorias da pena, fazendo cumprir suas finalidades.

Dessa forma, para o Estado exercer o seu direito *jus puniendi* além de observar as teorias das penas adotadas pelo ordenamento jurídico penal brasileiro, deverá oferecer aos cidadãos as garantias fundamentais e sociais previstas na Constituição Federal vigente. Diante essa constatação, surge a seguinte indagação: Quando um Estado Democrático de Direito não realiza premissas essenciais de garantias mínimas, poderá atrair para si a c culpabilidade penal na prática de delitos por reincidentes?

Beccaria (2000) afirma que as vantagens de uma sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros. No entanto, numa reunião de homens, é possível notar a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade e só deixar para a maioria miséria e debilidade (BECCARIA, 2000, p.15). É por essa razão entre outras que será discutida no decorrer da pesquisa, a c culpabilidade do Estado diante as mazelas do Estado em não garantir o mínimo existencial e especialmente sua incidência em relação à reincidência, analisando, portanto, em que medida o Estado poderá ser considerado Corresponsável quando não cumpre com suas funções e deveres a ele estipulado no ordenamento constitucional e penal pátrio.

Justifica-se o presente estudo na grande relevância jurídica e social, no Estado democrático de direito, uma vez que o reconhecimento do princípio da c culpabilidade nas sentenças condenatórias e execuções penais garante ao infrator uma pena individualizada, respeitando os direitos fundamentais e sociais protegidos pela Constituição Federal vigente a cada indivíduo.

Diante do exposto, o presente trabalho se desenvolverá por meio de uma pesquisa bibliográfica, cuja abordagem será a qualitativa, utilizando-se o método hermenêutico para a investigação *in loco* dos conceitos e análise do tema, possuindo como marco teórico as ideias de Cesare Beccaria (2000) e Marat (2000).

Para tanto, será desenvolvido no primeiro capítulo o princípio da cocalpabilidade penal, abordando o conceito e a aplicação deste no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Em seguida, no segundo capítulo, será demonstrada a proteção do mencionado princípio na Constituição Federal de 1988. No terceiro capítulo, será abordada a responsabilidade do Estado perante a reincidência do apenado e diante da prevenção criminal e, por fim, as considerações finais.

## **2. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE PENAL**

A palavra “cocalpabilidade” é formada pelo prefixo “co”, que quer dizer estar junto, e o substantivo “culpabilidade”, esta, por sua vez, em sentido jurídico, dentro de uma concepção finalista, é o juízo de reprovação de uma conduta típica e antijurídica.

Nesse sentido, Moura (2006) ressalta que o prefixo “co” quer dizer estar junto, em comum, que divide algo, etc. É a partir daí que se extrai a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, sendo responsável também, de forma indireta, pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum (MOURA, 2006, p.39).

O princípio da cocalpabilidade pode ser definido como uma divisão da culpabilidade, do juízo de reprovação entre o agente que cometeu o delito e o Estado, este último no seu poder-dever de prevenir o delito e punir quem violar as normas por ele mesmo imposta. Destaca-se, que para o reconhecimento do mencionado princípio faz-se necessário o preenchimento da omissão do Estado, ou seja, não garantia dos direitos fundamentais sociais previstos na atual Constituição Federal de 1988, podendo levar em consideração também as razões de fatores socioeconômicos que levaram o indivíduo a reincidir.

Nesse sentido, Moura (2006) define o princípio da cocalpabilidade como sendo um princípio constitucional implícito, reconhecendo 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 (MOURA, 2006, p.41).

Destarte, o agente no momento em que é julgado pela prática de determinado crime em que se faz presente o princípio da cocalpabilidade, ocasião em que a sociedade não prestou nenhuma assistência ao indivíduo ou, ainda, negando-lhe a contraprestação dos serviços, previstos na Constituição Federal vigente como sendo direitos fundamentais e sociais, o Estado, sem dúvida, se torna responsável, seja de forma integral ou parcial, pelos fatos decorrentes em relação a sua omissão em não garantir eficazmente os direitos mais essenciais a subsistência de cada indivíduo, a fim de evitar que delitos possam ser cometidos. É nesse sentido que se posiciona Batista (BATISTA, 2005, p.105), asseverando a respeito da cocalpabilidade:

Trata-se de considerar, no juízo de 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 cocalpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu [...].

Percebe-se, então, que segundo Batista (2005), o princípio da cocalpabilidade é um instrumento que faz uma compensação sobre a omissão do Estado quando este não oferece aos indivíduos os direitos fundamentais e sociais estabelecidos na Constituição Federal vigente. Esse princípio é uma forma existente de penalizar o Estado pela sua omissão quanto aos deveres e funções estipulados na Carta Magna em relação à sociedade (BATISTA, 2005, p.105).

A cocalpabilidade é um princípio que não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, todavia encontra guarida, implicitamente, em alguns princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, a justiça, entre outros, a fim de garantir uma individualização da pena de cada agente que viola as normas jurídicas penais pátria (MOURA, 2006, p. 41).

É importante mencionar que para melhor compreensão do princípio da cocalpabilidade, é de suma importância abordar a culpabilidade como elemento do crime, uma vez que a cocalpabilidade possui uma ligação com o princípio da culpabilidade (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 631)

## **2.1 A culpabilidade como elemento do crime**

Para abordar a culpabilidade como elemento do crime faz-se necessário, em síntese, fazer uma explanação a respeito da conceituação do crime.

O conceito de crime sob o aspecto analítico é o critério utilizado pelos operadores do direito com o objetivo de analisar a estrutura dogmática do crime, buscando, sob um prisma jurídico, estabelecer estruturais que integram o delito (CAPEZ, 2012, p. 94).

E sob esse aspecto, no entendimento de Fernando Capez (2012), pode-se perceber que há duas concepções diferentes sobre os elementos que compõem o conceito de crime: a bipartida, segundo a qual crime é todo fato típico e ilícito (ou antijurídico), e a tripartida, para quem o crime é todo fato típico, ilícito e culpável (CAPEZ, 2012, p.94).

No entanto, apesar das variações técnicas, em geral, o delito é uma conduta humana típica, antijurídica e culpável. Sendo assim, a tipicidade, a ilicitude ou antijuridicidade e a culpabilidade são atributos negativos da conduta humana (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 417).

Dessarte, apesar de a culpabilidade ser um requisito do conceito de crime, existem alguns autores que defendem que a culpabilidade não se enquadra no conceito de crime, mas é notório que nas escolas penais é dominante o posicionamento de que crime é fato típico, antijurídico e culpável. Assim sendo, como já dito, há quem defenda que o crime é composto tão somente de fato típico e ilícito, afirmando que a culpabilidade é tão somente pressuposto da pena. Sabe-se que atribuir ao conceito de crime como fato típico e antijurídico não é correto, porque Welzel considera a culpabilidade como seu requisito. Desta maneira, não se pode chegar a tal entendimento apenas porque o código penal pátrio não se refere a culpabilidade de modo expresso. Dessa forma, caberá ao intérprete definir sua posição dogmática no momento em que fizer menção às excludentes de punibilidade. Portanto, a culpabilidade é tanto requisito do crime como pressuposto da punibilidade da

mesma maneira que o fato típico e a ilicitude também os são, uma vez que não se pode afirmar que haja a aplicação da pena se o fato for reconhecido como sendo atípico ou lícito (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 604-605).

Assim, sabe-se que o conceito de crime passa por algumas etapas: Inicialmente, para que determinado fato seja considerado crime deve existir um comportamento humano, ou seja, uma ação ou omissão do agente; segundo, esse comportamento deve adequar-se ao que está escrito no tipo penal; terceiro, não pode haver na lei nenhuma permissão que autorize o comportamento típico. Desse modo, ao ser verificado um comportamento típico e antijurídico, resta, por último, verificar se o sujeito também é culpado pelo delito (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 418).

Para Martinelli e Bem (2018), a culpabilidade é definida como requisito que se incorpora ao injusto penal para completar o conteúdo do delito. Crime é fato típico, antijurídico e culpável, autorizando, assim, a aplicação de uma pena com a presença dos requisitos da punibilidade. Segundo eles, em consonância com o entendimento majoritário, enquanto o injusto penal é uma categoria “impessoal” do fato que se fundamenta em sua oposição ao ordenamento, a culpabilidade é a possibilidade de atribuir e responsabilizar a pessoa por esse fato. Dessa forma, a culpabilidade encontra seu conteúdo naquelas condições necessárias para que se possa declarar um juízo personalizado de reprovação individual sobre o fato (MARTINELLI e BEM 2018, p. 604).

A culpabilidade possui duas concepções primordiais ao ordenamento jurídico penal pátrio. A primeira refere-se ao princípio que impede a punição penal do resultado provocado sem dolo ou culpa, ou seja, o princípio da culpabilidade tange a responsabilidade penal objetiva. A segunda concepção diz respeito à culpabilidade sendo requisito do delito. Sabe-se que não basta a prática de um fato típico sem a existência de causas de justificação; existe a necessidade de poder responsabilizar o sujeito por seu comportamento. Desta maneira, apesar de a culpabilidade estar ligada, de forma direta, à responsabilização individual, não deixa de ser um requisito do crime, uma vez que fundamenta e limita a pena aplicável. Portanto, sem tosquenejar, o fato, apesar de típico e antijurídico, é também culpável, sendo atribuível ao indivíduo como destinatário da punição (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 604).

A culpabilidade, funcionando como limite e fundamento da pena, ela assume uma função dupla, afirmar a pena e definir a sua medida. Ou seja, além da culpabilidade integrar o conceito de crime ou ser um fundamento da pena, também se apresenta como um critério para a determinação da pena. A culpabilidade possui duas vertentes distintas que se complementam na legitimação da intervenção estatal. É notório, desse modo, não haver crime sem a culpabilidade, tendo como consequência a impossibilidade de aplicar a pena. Para tanto, a culpabilidade deve ter seu fundamento no juízo de reprovação do comportamento ilícito do agente, objetivando buscar a explicação dos motivos pelos quais uma pessoa deve responder pelo injusto praticado. Dessa maneira, os fundamentos da culpabilidade devem servir, simultaneamente, para legitimar a aplicação da pena criminal e limitar o poder punitivo do Estado, justificando, assim, por meio das condições prévias, a reprovação da culpabilidade (MARTINELLI e BEM, 2018, p.609).

Em suma, para afirmar que o injusto penal também é culpável faz-se necessário, ainda, a comprovação da existência dos elementos da culpabilidade, que são: imputabilidade, que é a capacidade de o agente responder criminalmente por sua conduta ilícita; potencial conhecimento da ilicitude, a qual é reconhecida quando o agente é capaz de definir que sua conduta é proibida juridicamente; e exigibilidade de conduta diversa, esta, por sua vez, é a viabilidade de se exigir um comportamento diferente do injusto penal (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 613).

Diante do exposto, quando um indivíduo comete delito, violando as normas penais, nasce para o Estado o *jus puniendi*. Sendo assim, o Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir, podendo alguns entenderem poder-dever de punir. Portanto, o Estado conserva a exclusividade do *jus puniendi* (CAPEZ, 2012, p. 45).

## **2.2 A culpabilidade como princípio em um Estado Democrático de Direito**

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, reservando o princípio da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Nesse sentido, Dometila de Carvalho (1992) assevera que a Constituição Federal de 1988, criando o Estado Democrático de Direito na dignidade da pessoa humana previsto em seu artigo 1º, inciso III, teria que contemplar, como consequência dessa dignidade, o princípio da culpabilidade previsto no inciso LVII do seu artigo 5º, ao qual estabelece conexão com outros princípios, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena, entre outros que materializam o devido processo legal (CARVALHO, 1992, p. 64).

O princípio da culpabilidade, no entendimento de Lopes (1999), está implicitamente ligado a vários artigos da Constituição Federal vigente no artigo 1º, III, que aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, corroborado pelo artigo 4º, II, que fala sobre a prevalência dos direitos humanos e artigo 5º, *caput*, sobre a inviolabilidade do direito à liberdade. Ele ainda fala sobre a vinculação da culpabilidade com o princípio da igualdade prevista no artigo 5º, *caput*, que vedo o mesmo tratamento ao culpável e inculpável, alertando, ainda, a inclusão no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte do seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena (LOPES, 1999, p. 101).

Assim, é possível afirmar que a culpabilidade possui duas concepções, como fundamento da pena e do próprio *jus puniendi* do Estado, ou como limite da intervenção punitiva estatal. À vista disso, Carvalho (1992), ao analisar a dupla função do princípio da culpabilidade, constatando a sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, assevera (CARVALHO, 1992, p. 65):

Considerada a importância ética dessa dupla atuação do princípio, ligado umbilicalmente, à dignidade da pessoa humana, apontada na Constituição, como fundamento do Estado por ela criado e que, por isso mesmo, não pode deixar de ser visualizada pelas normas penais como seu princípio reitor.

Por conseguinte, pode-se entender segundo Carvalho (1992), que o princípio da culpabilidade possui a finalidade de assegurar julgamentos justos, obedecendo na aplicação da pena, princípios constitucionais que protegem o devido processo legal, reafirmando, assim, o Estado Democrático de Direito, fundamentado na garantia dos direitos fundamentais do condenado,

principalmente o princípio da presunção de inocência antes do trânsito em julgado (CARVALHO, 1992, p.65).

### **3. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 dispõe a respeito de vários princípios, objetivando assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais a todo cidadão brasileiro, independentemente de ser nato ou naturalizado, no caso deste último, há exceções expressas no próprio texto constitucional. Sendo assim, a Constituição Federal vigente trouxe uma série de proteção, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, todos eles expressos no artigo 5º, *caput*, para que o Estado propicie a todos os nacionais uma vida digna, sem mencionar também a garantia dos direitos sociais previstos no artigo 6º (BRASIL, 1988, online).

Em vista disso, o princípio da cculpabilidade não possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988. Contudo, Moura (2006) defende que o supracitado princípio está implícito na vigente Carta Magna, afirmando que o Estado possui uma corresponsabilidade quando determinado indivíduo comete delitos, por não possuir autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, ensejando consequências práticas, tanto na aplicação da pena como na execução da mesma, sem relatar as que ocorrem no processo penal (MOURA, 2006, p. 41).

#### **3.1 A origem do princípio da cculpabilidade**

O Estado possui o direito de punir aquele que violar as normas penais provindo de partes das liberdades de cada um, sacrificadas em prol da vida em sociedade. No entanto, Beccaria (2006) elucida que a liberdade deixa de existir sempre que as leis vierem a permitir que em determinadas situações um cidadão deixa de ser um homem para vir a ser uma coisa que se possa pôr a prêmio (BECCARIA, 2000, p. 97).

Beccaria (2000) publicou a obra “Dos Delitos e Das Penas” no ano de 1764. Com isso, surgiu uma nova visão no Direito Penal. A obra do mencionado autor contrapõe-se às concepções do antigo Direito Penal, que a

propósito, gerou grande influência na Europa e no mundo. A obra defende a aplicação das penas de forma moderada, certa e rápida, indagando os exageros praticados por aquele que possuía a legitimidade de punir e a falta de garantias protetoras em face do Direito Penal naquela ocasião. Beccaria (2000) repudia a ideia de vingança divina contra aquele que comete algum delito, dizendo que há possibilidade de prevenir os crimes, como por exemplo, o aperfeiçoamento da educação, considerando como meio seguro para alcançar tal finalidade (BECCARIA, 2000, p. 97).

É a partir das ideias de Beccaria (2000) na obra “Dos Delitos e Das Penas” que houve o início do combate pela racionalização e proporcionalidade das penas, buscando instrumentos que limitassem a arbitrariedade do poder.

Na era da Revolução Francesa, Beccaria (2000) foi um dos poucos pensadores que contribuiu para a formação da cultura iluminista. Além de Beccaria(2000) pode-se mencionar Marat (2000), que reuniu ideias que revolucionaram a filosofia do Direito Penal, por meio da obra “Plano de Legislação Criminal”, publicado em 1780. A obra do aludido autor foi publicada a fim de ser apresentada no âmbito internacional, em que menciona a justiça distributiva como a única resposta à desigualdade reinante nas sociedades. Marat (2000) que a natureza tem estabelecido grandes diferenças entre os homens e a fortuna gera diferenças maiores; segundo ele, quem não vê que justiça precisa sempre considerar as circunstâncias em que o culpado se encontra, podendo agravar ou atenuar o delito (MARAT, 2000, p. 81).

As ideias de Marat (2000), na época da Revolução Francesa, foram rejeitadas, exatamente pelo seu aspecto revolucionário, que defendiam os direitos humanos e rebatendo as injustiças sociais naquele tempo. Nessa ocasião, Marat (2000) em consonância com as ideias de Rousseau alertou que o Estado deveria garantir a subsistência dos cidadãos, havendo, só então, o dever de obediência às leis que o Estado cria (MARAT, 2000, p. 81).

À vista disso, observando as ideias de Marat (2000) percebe-se que, se a sociedade viesse abandonar o homem, negando qualquer ajuda possível, este, provavelmente, voltaria ao estado de natureza, agindo assim pela própria força. Desse modo, o homem sendo livre para resistir ou ceder as normas penais, não encontrando apoio social, se encontraria em situação de dominação, se tornando fraco por estar dependente (MARAT, 2000, p.81).

À época da Revolução Francesa, Marat (2000) lutava a favor da dignidade social do homem, pleiteando a necessidade de “socorros públicos” reputados como “uma dívida sagrada”, cabendo à sociedade amparar aqueles que não possuíssem recursos financeiros (MARAT, 2000, p. 81).

Sendo assim, o princípio da cocalpabilidade encontrou sua origem firmada na legislação criminal francesa, de 1780, elaborado por Jean Paul Marat, que defendia uma posição baseada no contrato social, em que os indivíduos marginalizados do grupo social, aos quais não tinham suas garantias mínimas dos seus direitos fundamentais realizadas, não poderiam, neste caso, serem obrigados a obedecer a lei. Em outras palavras, pode-se dizer que o Estado somente terá o direito de punir as pessoas que violam suas leis somente depois de ter cumprido com todas as suas obrigações perante a sociedade (ZANOTELLO, 2013, p. 61 *apud* MARTINELLI e BEM, 2018, p. 631).

### **3.2 O princípio da cocalpabilidade na CF/88**

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º consagra os direitos e garantias fundamentais assegurados a todo cidadão brasileiro, como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988, online).

É notório que as garantias fundamentais nasceram a fim de assegurar às pessoas a possibilidade de ter uma vida digna, livre e igualitária. Esses direitos e garantias fundamentais estão previstos na Carta Magna em seu capítulo I abordados em direitos e garantias individuais, civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos (BRASIL, 1988, online).

Além dos aludidos direitos, que são princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o artigo 6º que dispõe sobre os direitos sociais, que são: o direito ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma prevista da mencionada carta cidadã (BRASIL, 1988, online).

À vista disso, sabe-se que o princípio da cocalpabilidade não possui previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, entretanto encontra proteção implicitamente nos princípios dos direitos à vida, à igualdade, à liberdade e direitos sociais estampados na Constituição Federal de 1988.

Sobre esse entendimento, Grégoire Moura (2006) se manifesta, dizendo (MOURA, 2006 p. 41):

O princípio da cocalpabilidade 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.

Diante disso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, traz ainda outro princípio de suma importância, a dignidade da pessoa humana, servindo como fundamento para o Estado Democrático de Direito brasileiro. Logo, pode-se concluir que a cocalpabilidade pode ser um dos meios para que se faça respeitar na esfera penal pátria a dignidade de todo ser humano (BRASIL, 1988, Online).

O princípio da cocalpabilidade deve ser levado em consideração no momento da aplicação da pena pelo magistrado, identificando uma relação razoável entre a omissão estatal e o fato danoso por ele cometido. Nesse sentido, Salo de Carvalho (CARVALHO, 2002, p. 276) afirma:

[...] O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Desse modo, observando a lição de Salo de Carvalho (2002), percebe-se que o princípio da cocalpabilidade objetiva impedir as injustiças sociais, em razão de diversas situações existentes, pois a desigualdade de oportunidade é inerente ao Estado organizado (CARVALHO, 2002, p. 276).

Destacando, em suma, o princípio da igualdade, este está consolidado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Cidadã de 1988, consagrando que todos são iguais perante a lei, sem fazer distinção de qualquer natureza (LENZA, 2018, p. 1196).

Segundo Lenza (2018), não se deve buscar apenas a igualdade em seu sentido formal aludido logo acima, mas, também, no sentido material, tratando

os iguais de maneira igualitária, e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas diferenças (LENZA, 2018, p. 1197).

Percebe-se, então, à luz do direito constitucional da igualdade, que essa ideia de igualdade (formal e material) está conectada ao princípio da cculpabilidade que não possui previsão expressa, devendo considerar que o indivíduo mais desfavorecido socialmente precisa de um tratamento diferenciado no juízo de reprovação em relação àquele que sempre teve uma situação mais favorável em seu favor. Portanto, é baseado no princípio da igualdade que a cculpabilidade poderá ser aplicada ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, os autores Martinelli e Bem (2018) afirmam que decisões que afastam a aplicação da cculpabilidade pelo simples fundamento da falta de previsão legal, devem ser banidas da jurisprudência, uma vez que, se essa argumentação simplista fosse levada a sério, a teoria do domínio do fato, a exemplo, não poderia jamais ser utilizada pelos tribunais, pois não está expressa em lei (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 631).

Assim, o princípio da cculpabilidade encontra-se em diversos princípios constitucionais, de forma implícita, como defende Moura (2006), com fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e outros princípios, como o da igualdade e da individualização da pena, que visam tratar o agente que cometeu crime como verdadeiro ser humano (MOURA, 2006, p.41).

### **3.3 A cculpabilidade e a atual política criminal**

A necessidade de regulamentação jurídica das normas a fim de manter uma ordem social cria uma relação, na esfera penal, entre direito penal, processual penal e política criminal. Desse modo, sabendo que delito é uma conduta humana típica, antijurídica e culpável, sendo tais atributos negativos da conduta humana (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 418), nasce para o Estado o dever de exercer o seu direito de punir quem transgredir as normas por ele implantadas, uma vez que em um Estado Democrático de Direito, o Estado é a única entidade dotada de poder soberano com o direito de punir os indivíduos que cometem ilícitos, conservando a exclusividade do *jus puniendi* (CAPEZ, 2012, p. 45).

À vista disso, sendo o delito considerado uma violação às normas penais e a um direito subjetivo, a doutrina pátria tem demonstrado que para cada preceito penal existe um direito subjetivo tutelado. Dessa forma, é a função do Direito Penal proteger o bem jurídico penalmente tutelado, como também evitar uma lesão a esse bem jurídico. A respeito disso, Hans Welzel (2004) reitera que o bem jurídico é um bem vital que pertence a um grupo ou a um indivíduo, que, pelo fato de sua importância, acha-se protegido juridicamente; ele afirma ainda que (WELZEL, 2004, p. 32):

Por conseguinte, segundo Welzel (2004) a função primordial do direito penal é proteger os valores sociais considerados fundamentais, visto que, somente ele possui o pleno poder de aplicar a pena como efeito do mal injusto praticado pelo condenado.

Ainda sobre os bens jurídicos amparados pelo poder penal, Toledo (1994) afirma que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Então, com clara evidência, um bem jurídico possui grande relevância no âmbito social e penal (TOLEDO, 1994, p. 06).

É imprescindível destacar que a pena é uma sanção penal, que possui caráter afitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença àquele que é considerado culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, tendo como finalidade aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social e prevenir que novas transgressões ocorram pela intimidação dirigida à coletividade. Sendo assim, a pena é considerada uma característica essencial que destaca o direito penal em detrimento aos demais ramos do direito (CAPEZ, 2003, p. 332).

À vista disso, Marques (1999), no mesmo sentido, assevera que o Estado pune e castiga porque alguém agiu de forma reprovável que atentou contra os valores primordiais e básicos da convivência social, afirmando ainda que as sanções extrapenais não são suficientes, em tal situação, capaz de reparar o mal praticado, e sendo assim, o Estado reage com mais energia e rigor, para punir o delinquente de forma de forma que ele mereça (MARQUES, 1999, p. 139).

É importante destacar que o objetivo, no presente tópico, não é discutir as finalidades da pena, nem os critérios que levam a proteção do bem jurídico. No entanto, necessário se faz demonstrar alguns posicionamentos doutrinários acerca desses temas abordados logo acima a fim de adentrar melhor no assunto que será apresentado.

Observando o *jus puniendi* que o Estado possui ao punir o delinquente, como já foi relatado anteriormente no mencionado trabalho, aquele atrai para si a responsabilidade de proteger os bens jurídicos penais e punir quem os violar, assegurando, conforme artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988, online).

Conceituando o que vem a ser política criminal, Liszt (2009) afirma que a política criminal é a reunião ordenada de princípios, que conduzem a luta da ordem jurídica contra o crime, ou o conjunto sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e as consequências da pena, segundo as quais, o Estado deve conduzir a luta contra o crime, por meio da pena ou mecanismo semelhante a ela (LISZT, 2009, apud D'AVILA, 2009, online).

D. Barbosa e I. Santana (2018) afirmam que as políticas criminais na atualidade são fundamentadas com base nas pesquisas acadêmicas realizadas nas universidades de vários países, destacando dentre elas a tese do direito penal mínimo, do direito penal máximo e a tese do abolicionismo do direito penal (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

A tese abolicionista impulsionada por pesquisadores europeus defende que o sistema penal deve desaparecer, sendo substituído por outras formas de solução dos conflitos, que não seja repressiva; defendem também a deslegitimação do poder punitivo estatal, em razão da sua falta de capacidade de gerir os conflitos aos quais lhe é submetido. Esta corrente é formada por pensadores que são bastante preocupados e comprometidos com a dignidade da pessoa humana, por entender que o Direito Penal é direcionado aos pobres, miseráveis e para toda classe de cidadãos marginalizados (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Edmundo Oliveira (apud GRECO, 2009 p. 11) assevera que “ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes”. No entendimento de D. Barbosa e I. Santana (2018), isso reforça a tese abolicionista de que a construção de uma sociedade mais justa será possível alcançar se tão somente colocar fim ao sistema penal, uma vez que já se encontra manchado pela violação à dignidade da pessoa humana (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Em contraposição à tese do abolicionismo, o código penal máximo tem ganhado resistência, sendo sua principal materialização realizada por meio do movimento de lei e ordem que tem como discurso a efetividade da ação repressiva em se tratando de matéria criminal (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Nesse sentido, Greco (2009) assevera que a sociedade acredita que o Direito Penal é a solução de todos os males que a afligem e, desse modo, o convencimento é feito por meio de sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, causando repulsa social (GRECO, 2009 p. 12).

Como consequência disso, tem-se a criação de leis ainda mais severas, como aconteceu no Brasil na década de 90, com a publicação da lei dos crimes hediondos com pressão feita pela própria sociedade e mídia (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Todavia, em conformidade com Zaffaroni (2005), vende-se a ilusão de que quanto mais sanciona leis que reprema aos poucos vulneráveis e marginados que se individualizam, aumenta-se a arbitrariedade policial, ao legitimar, direta ou indiretamente, toda forma de violência, terá alcançado uma segurança urbana ainda maior contra o delito comum. Portanto, pode-se concluir que a repressão, por si mesma, não combate à criminalidade a fim de garantir a ordem social (ZAFFARONI, 2005, p. 24).

Além dessa corrente, outra tese tem se destacado, o Direito Penal do Inimigo, que tem como fundamento a fragilidade pela qual a sociedade passa diante dos grandes números de criminalidade e violência (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Sobre essa teoria, o alemão Gunter Jakobs (2005) assevera que “o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma (prevenção geral e

negativa), e o direito Penal do Inimigo combate o perigo" (JAKOBS, 2005, p. 30). Ainda Jakobs afirma: "Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas" (JAKOBS, 2005 p. 42).

À vista disso, fica evidente que tal teoria afasta o direito penal da regra que objetiva a tutela de um bem jurídico, uma vez que para essa corrente não importa o ato ou ação, mas o autor, as suas características e sua personalidade (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Em contradição à mencionada teoria, Zaffaroni (2008) afirma que a teoria do Direito Penal Mínimo se refere a "uma corrupção do Direito Penal, a qual deve reconhecer e respeitar a autonomia moral da pessoa, jamais tendo legitimidade para punir o ser, mas somente o seu agir, já que o Direito Penal regula as condutas humanas" (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, apud CANTERJI, 2008, p. 54).

Entretanto, o direito penal máximo, a teoria do direito penal mínimo defende que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos necessários e vitais ao convívio social, ao qual não é protegido pelos demais ramos do direito (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Nesse sentido afirma GRECO (2009, p. 24):

O Direito Penal do Equilíbrio tem como ponto central, orientador de todos os outros que o informa, o princípio da dignidade da pessoa humana. O Homem aqui deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importante e necessário ao convívio em sociedade.

No entanto, é Ferrajoli (2002) quem faz um paralelo entre o direito penal máximo e mínimo dizendo que "a certeza pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido"; ele afirma ainda que o Direito Penal Máximo perseguido pelo Direito Penal Mínimo, a sua certeza se encontra em que nenhum inocente seja punido à custa da falta de certeza de que também algum culpado possa ficar impune (FERRAJOLI, 2002, p. 84-85).

Para D. Barbosa e I. Santana (2018) fica demonstrado que as teorias, desenvolvida nas academias de vários países, em regra, devem ser analisadas com responsabilidade, para que possa ser aplicada na sociedade, servindo como instrumento prático de efetivação do Direito Penal (D. BARBOSA e I. SANTANA, 2018, online).

Diante do exposto, a respeito da política criminal, é possível compreender que o princípio da cocalpabilidade, mesmo não sendo encontrado no ordenamento jurídico pátrio de forma expressa, ele pode ser aplicado por equidade e justiça, uma vez que “a atuação do Estado se dá de forma seletiva, tanto na concreção dos direitos sociais fundamentais, quanto ao executar seu poder punitivo, consolidando-se, assim, a estratificação social por meio da imposição de uma disciplina marginalizante sobre os corpos dominados” (MARTINELLI e BEM apud ZANOTELLO, 2013 p.146-147).

### **3.4 Pena: Individualização e Finalidades**

Segundo Capez (2012), a pena possui caráter aflitivo imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de determinado crime, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico que possui a finalidade de aplicar a retribuição punitiva aquele que cometeu delito, promover a sua readaptação social e prevenir que haja novas transgressões pela intimidação dirigidas a toda sociedade (CAPEZ, 2012, p. 223).

Capez (2012) afirma ainda que a sanção penal pode ser dividida em duas espécies, quais sejam: a pena e a medida de segurança (CAPEZ, 2012, p. 223).

Há três teorias a respeito das finalidades da pena: a Teoria Absoluta ou da Retribuição, a Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção, e a Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória (CAPEZ, 2012, p. 223-224).

Aqueles que defendem a Teoria Absoluta ou da Retribuição apontam que a finalidade da pena é de punir o autor de uma infração penal. Para eles, a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo que tenha previsão no ordenamento jurídico - *punitur quia peccatum mest* (CAPEZ, 2012, p. 223).

Por outro lado, os defensores da Teoria Relativa, Finalista, utilitária ou da Prevenção afirmam que a pena possui um fim prático imediato de prevenção geral e especial do crime - *punitur ne peccetur*. Segundo essa teoria, a prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meio de impedi-lo de voltar a cometer novos delitos. Já a prevenção geral possui a finalidade de intimidar a coletividade, para que as pessoas não delinquem por medo de receber a punição (CAPEZ, 2012, p. 224).

A terceira teoria, a mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória acredita que a pena tem dupla função: a de punir o criminoso e prevenir a prática do crime pela reeducação e intimidação coletiva - *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. Na doutrina brasileira adotou-se essa teoria (CAPEZ, 2012, p.224).

O Código Penal atual em seu artigo 59, “*caput*”, segue a teoria mista ou eclética da seguinte maneira: a) teoria da prevenção especial negativa - a pena atua como fator de ressocialização do condenado, acolhida pela Lei de Execução Penal; b) teoria da prevenção geral positiva - tem fundo racional-comunicativo, uma vez que vê na pena um meio de transmitir mensagens opostas àquelas decorrentes do crime, ou seja, a pena visa assegurar a vigência da norma, reforçando expectativas normativas (LOPES, 2014, p. 01).

À vista disso, quanto à individualização da pena, está previsto na Constituição Federal vigente em seu artigo 5º, inciso XLVI, o princípio supracitado, que dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes formas - a privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos (PAULA, 2016, online).

Nesse sentido, a individualização da pena ocorre em três fases: cominação, aplicação e execução. A cominação é a fase em que o legislador seleciona os tipos penais no plano abstrato, valorando assim os bens que serão protegidos pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade. Já a aplicação é o momento em que o magistrado aplica a lei. Se o fato praticado pelo delinquente é típico, ilícito e culpável, o magistrado irá individualizar a pena correspondente, obedecendo ao critério trifásico, fixando a pena-base, analisando as circunstâncias atenuantes e agravantes, e, em seguida, as

causas de diminuição e aumento de pena. Agora, quanto à execução, será o momento em que o condenado for classificado, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução da pena (PAULA, 2016, online).

Desse modo, é dever do Estado garantir aos condenados a devida assistência material, assistência à saúde, assistência jurídica, assistência à educação, assistência social, assistência religiosa, assistência à reinserção social e ao egresso de cada apenado (RESSEL, 2007 p. 01).

Sendo assim, se o Estado permanecer inerte em não oferecer ao cidadão ou até mesmo ao condenado as assistências supramencionadas acima, bem como os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna vigente, então se pode afirmar que a aplicação do princípio da cocalpabilidade se faz necessário nessas ocasiões, uma vez que o Estado como garantidor de tais premissas, se tornou omissos em suas funções. Nesse sentido, mais uma vez é importante demonstrar o posicionamento de Moura (2006) a respeito da cocalpabilidade do Estado, *in verbis* (MOURA, 2006, p. 41):

O princípio da cocalpabilidade 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.

Diante disso, destaca-se que o Estado deve ser cauteloso, a fim de exercer suas funções e garantir a todos os direitos e garantias constitucionais, para que não seja considerado omissos, nem ser considerado corresponsável pelo delito praticado por determinada pessoa (MOURA, 2006, p. 41).

Assim, quando determinado sujeito cometer delito o Estado deverá exercer o seu poder-dever de punir, mas jamais deixando de resguardar os direitos e garantias que o acusado faz jus em decorrência das disposições do texto constitucional, como o direito à vida, o direito ao contraditório e a ampla defesa em caso de julgamentos, o direito de ter a dignidade protegida, entre outros (BRASIL, 1988, online).

#### **4. O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

O princípio da cculpabilidade no ordenamento jurídico penal encontra suas raízes no plano de legislação criminal francês no ano de 1780, elaborado por Jean Paul Marat. Segundo o autor, os indivíduos marginalizados do grupo social, aos quais não se realizam as garantias mínimas dos seus direitos fundamentais, não podem ser obrigados a respeitar a lei em razão disso, porque o Estado somente terá direito de punir as pessoas que violarem suas leis depois de haver cumprido com todas as obrigações para com todos os membros da sociedade (ZANOTELLO, 2013, p. 61 apud MARTINELLI e BEM, 2018, p. 631).

Desse modo, embora não haja previsão expressa no texto constitucional vigente tampouco na legislação penal pátria, o princípio da cculpabilidade pode ser também aplicado por equidade e justiça, visto que a atuação do Estado se dá de forma seletiva, tanto na concreção dos direitos sociais fundamentais, bem como ao executar seu poder punitivo, consolidando-se a estratificação social por meio da imposição de uma disciplina marginalizante sobre os corpos dominados (MARTINELLI e BEM, 2018, p. 633).

##### **4.1 A responsabilidade do Estado diante da prevenção criminal**

Entende-se que o crime não é uma doença que atinge a população, no entanto, é considerado um grave problema da sociedade. Sendo assim, como vivemos num Estado Democrático de Direito, é necessário que ocorra a prevenção criminal, sendo esta parte integrante da “agenda federativa”, passando por todos os setores do Poder Público, e não apenas pela Segurança Pública e pelo Judiciário. Além disso, no modelo federativo brasileiro tanto a União como os Estados, Distrito Federal e Municípios devem agir concomitantemente, objetivando a redução criminal (FILHO, 2018, p. 106-107).

Dessa Maneira a função dos entes federativos pátrios em relação a criminalidade deverá ser aquela que objetiva alcançar a prevenção criminal, a qual consegue chegar às ações dissuasórias do delinquente, inclusive com parcela que intimida o sujeito com a pena cabível ao crime em vias de ser cometidas; a alteração dos espaços físicos e urbanos com novos desenhos

arquitetônicos, aumento da iluminação pública etc, bem como atitudes que tem como finalidades impedir a reincidência, fornecendo ao condenado oportunidade laborais, ou seja, reinserindo-o na sociedade de forma que não volte a delinquir (FILHO, 2018, p. 107).

Por conseguinte, a responsabilidade do Estado em relação a criminalidade está em fazer com que haja a prevenção de delitos nos meios sociais. Assim, o Estado deve-se utilizar de armas eficazes para que consiga alcançar tais objetivos, como por exemplo, promover a prevenção primária, secundária e terciária (FILHO, 2018, p. 107).

Logo, se o Estado, utilizando-se da prevenção primária, conseguirá atacar a raiz do conflito que envolve a educação, emprego, moradia, segurança, entre outras garantias fundamentais insculpidas no texto constitucional. Assim, desponta inelutável necessidade de o Estado, de forma célere, implantar os direitos sociais progressiva e universalmente, atribuindo, dessa forma, a fatores exógenos e etiologia delitiva; essa garantia primária está relacionada à garantia de educação, saúde, trabalho, segurança e qualidade de vida social, instrumentos preventivos de médio e longo prazo (FILHO, 2018, p.107).

Utilizando-se da prevenção secundária, o Estado poderá promover esse método que se destina a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de forma seletiva, ligando-se à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações, entre outras (FILHO, 2018, p.107).

Outra forma de prevenção é a terciária, em que o Estado poderá voltar a sua atenção ao recluso, visando sua recuperação e evitando a reincidência (sistema prisional), que se realiza por meio de medidas socioeducativas, como a laborterapia, a liberdade assistida, a prestação de serviços comunitários, entre outros (FILHO, 2018, p.107).

Portanto, o Estado ao garantir o cumprimento dessas medidas de prevenção criminal concomitantemente, irá atingir de forma positiva a raiz do problema social, a criminalidade, irá atingir também setores da comunidade por meio de assistência social e policiais, e ao preso, reeducando-o para a sociedade (FILHO, 2018, p.108).

Dessa forma, percebe-se que o Estado existe para propiciar o bem comum social administrado, o que não poderá ser alcançado sem a

manutenção dos direitos mínimos dos integrantes da sociedade (FILHO, 2018, p.108).

Dessarte, o Estado se torna omissivo quando não propicia aos cidadãos os direitos e garantias fundamentais, contribuindo dessa forma para que ocorra a criminalidade. Nesse sentido, é o que dispõe Batista (2005, p.105), in verbis:

[...] no juízo de 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.

Portanto, o Estado existe a fim de garantir o bem comum social administrado, o que não pode ser alcançado sem a manutenção dos direitos e garantias constitucionais que pertencem a cada cidadão (FILHO, 2018, p.108).

#### **4.2 A reincidência no ordenamento jurídico penal**

Os primeiros delineamentos da reincidência podem ser identificados na Bíblia Sagrada. No livro de Levítico em seu capítulo 26, versículo 14 aos 28, quando Deus falou ao povo de Israel que seriam castigados sete vezes mais, em razão dos pecados cometidos de forma reiterada. Assim, o livro de Levítico escrito por Moisés revela a reincidência daquele povo na prática de pecados, e não de crimes, mas pode-se perceber que naquela época não existia uma autonomia e criação direta de reincidência, apenas de forma indireta foi possível a sua identificação por meio da sanção aplicada por Deus àquela nação que insistia na conduta reprovada pelo seu Senhor (PIMENTEL, 2015, p. 13).

Pimentel (2015) deixa claro que ao citar a reincidência na Bíblia através de seus textos mencionados acima, não quer dizer que seja uma verdade, porque foram inúmeros os seus escritores. Dessa forma, a influência de outras opiniões para a sua construção deixa certa dúvida no contexto, justamente por ser transmutada no tempo, mas com caráter empírico. Contudo, mencionar a Bíblia nesse contexto é importante entender e expor a origem da reincidência, e não adentrar em questões contenciosas sobre religião e sociedade (PIMENTEL, 2015, p.13).

Destarte, a reincidência no Direito Romano já possui um conceito, uma vez que se aplicava em certos crimes, como exemplo, o furto e o roubo, e a busca para formar um conceito que atingisse toda a sociedade Romana de maneira abstrata ou com eficácia geral, era uma obrigação que os juristas daquele tempo possuíam (BRUNO, 1967, p.112-3 *apud* PIMENTEL, 2015, p.14).

No período do Direito Romano, com a edição da Lei das XII Tábuas, houve a passagem de um direito natural para a figura de um direito concreto, que era aterrorizador, impositivo e imperativo, sendo sua dinâmica apresentada pelo Direito Romano a instituição de normas fundadas na especialidade, ou seja, na formação de novos institutos jurídicos. Desse modo, segundo Pimentel (2015), a reincidência acompanhou tal panorama com a finalidade de se fazer presente em diversos crimes, como aqueles que são praticados contra o patrimônio (PIMENTEL, 2015, p.14).

Com o passar dos séculos, a reincidência se modificando e aperfeiçoando seu conceito. Assim, na Idade Média, ocorreu a postergação dos efeitos do instituto, ensejando a segunda pena mais repressiva do que a primeira, podendo chegar à morte caso o indivíduo continuasse na prática delitiva. É importante mencionar, nesse período, fazendo uma comparação com a pós-modernidade, verifica-se uma incongruência ou controvérsia da finalidade das penas, ou seja, naquele período o objetivo da pena era corporal e de repressão, e não de educação e ressocialização do apenado nos dias atuais (PIMENTEL, 2015, p. 14).

Deve-se observar que a aplicação do Direito se dá em períodos históricos, sendo que para cada época existe um direito a ser seguido, no entanto, é necessário respeitar o que já foi conquistado, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Então, se isso ocorresse nos dias atuais, seria uma violação aos preceitos constitucionais que defendem a dignidade da pessoa humana, sem falar que seria um retrocesso dos direitos já alcançados (PIMENTEL, 2015, p. 14).

Assim, sem mais demora, o conceito de reincidência se evolui no decorrer dos tempos, passando também pelo Direito Canônico, onde o foco era o

arrependimento, e não em penas brutais, e chegando no período da Revolução Francesa em 1789, que guardava os ideais de igualdade, solidariedade, incidindo diretamente no panorama penal. Dessa forma, a transformação da realidade social dos países europeus corroborou para o aperfeiçoamento do conceito do supracitado instituto (PIMENTEL, 2015, p.14-15).

Por conseguinte, é importante ressaltar a identificação da origem, o desenvolvimento e mutação do conceito de reincidência, ensejando, desse modo, uma pequena discussão acerca do instituto e o Direito Penal Brasileiro, apenas de forma expositiva, a sua aplicação na sociedade contemporânea brasileira (PIMENTEL, 2015, p.15).

O instituto da reincidência no Brasil esteve presente no Código Penal de 1824 e no Código Penal do Império de 1830. Dessa maneira, o Brasil também acompanhou a evolução do instituto por causa das Revoluções que ocorreram na França, ficando visível que a reincidência não teve origem no Brasil, mas a maneira de utilizá-la foi embasada nas definições apresentadas por outras nações (PIMENTEL, 2015, p.15).

O Código Penal de 1890 é visto como um marco inicial na separação dos conceitos sobre reincidência já existente, objetivando dar uma nova aplicação a mesma. Assim, o que se buscava naquele tempo era renovar e estender os seus efeitos e não somente as mesmas espécies de crimes, como também não deixar tão abstrato o tempo que fosse necessário para se considerar reincidente. Por consequência, estas foram uma das modificações que empurraram para evitar uma arbitrariedade e ser aplicada ao instituto (PIMENTEL, 2015, p.15).

Já o Código Penal de 1940 em relação à reincidência, traz em seu bojo dois efeitos, que são aplicados na atualidade, sendo o primeiro, o efeito que as sentenças estrangeiras transitada em julgado serviram de substratos fáticos e jurídicos, que embasam a aplicação do instituto; e o segundo, é a expansão de finalidade de não se limitar apenas ao requisito de incidência em crimes específicos, mas também naqueles crimes genéricos. Em outras palavras, é a possibilidade de aplicação da reincidência não comente em crimes da mesma

natureza específica, mas também em qualquer outro crime previsto no vigente Código Penal (PESCUMA, 2015, p.04 *apud* PIMENTEL, 2015, p.16).

A palavra reincidência, segundo Ferreira (2001), “s.f.1 o ato ou efeito de reincidir. 2. Méd. recidiva” (FERREIRA, 2001, p.593 *apud* PIMENTEL, 2015, p.16).

Dessa forma, ao abordar o mencionado instituto na esfera criminal, é possível verificar que a reincidência é abordada no artigo 63 do Código Penal vigente, *in verbis*:

Art. 63 Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (BRASIL,1988, online).

E, por essa razão, a reincidência ocorre quando um indivíduo comete um novo delito depois de transitar em julgado a sentença que o condenou por crime cometido anteriormente (PIMENTEL, 2015, p.17).

Rogério Greco (2008) afirma que são três os fatos indispensáveis para que haja a caracterização da reincidência no artigo 63 do vigente Código Penal, sendo “a prática de crime anterior; trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (GRECO, 2008 p. 568 *apud* PIMENTEL, 2015, p.17).

Desse modo, Pimentel (2015) afirma que a reincidência criminal no Brasil evoluiu nas suas características, que por meio da ampliação e limitação dos seus efeitos transformou o conceito do instituto, ocasionando conflitos entre tribunais e doutrinadores, mas de forma pacífica a sua aplicação e autonomia no ordenamento jurídico penal (PIMENTEL, 2018, p.17).

#### **4.3. A responsabilidade civil do Estado e a cocalpabilidade**

Diante do exposto da reincidência, passamos abordar também a responsabilidade civil do Estado em face do reincidente.

À vista disso, Gagliano e Pamplona Filho (2010) conceituam a responsabilidade civil sendo aquela que “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa reparar in natura o estado

anterior da coisa" (GAGLIANO e FILHO, 2010, p.51 *apud* PIMENTEL, 2015, p. 21).

Existem no ordenamento jurídico pátrio duas espécies de responsabilidade civil, a objetiva e a subjetiva. Assim, na objetiva, o dano causado à vítima por uma pessoa qualquer vislumbra a possibilidade de reparar o dano, uma vez que a vítima possui o direito de requerer a indenização direta ao causador do problema, pois a culpa nessa teoria é presumida, e, neste caso, para o agente causador do dano se abster da responsabilidade de arcar com a reparação do fato danoso será necessário provar a ausência de sua culpa, por todos os meios de provas admitidos no direito. Já a responsabilidade subjetiva se dá em decorrência da conduta dolosa ou culposa do agente em causar dano a alguém, cabendo ao autor da ação comprovar a culpa ou o dolo do réu (PIMENTEL, 2015, p. 21).

Sendo assim, o Código Civil Brasileiro de 2002 adota como regra geral a teoria da responsabilidade subjetiva, apresentando algumas exceções, como as que estão expressamente previstas em seus artigos 929, 930, 936, 937, 938 e 940, configurando a responsabilidade objetiva, a qual também está configurada em outros ramos do direito pátrio (PIMENTEL, 2015, p. 21-22).

Diante disso, necessário se faz abordar a responsabilidade criminal, uma vez que é por meio dela que são aplicadas as sanções através dos crimes e penas previstos no Código Penal. Assim sendo, o agente é responsabilizado pelo cometimento do delito que pode ser tanto doloso como culposo, devendo cumprir a pena imposta pela lei penal (PIMENTEL, 2015, p. 22).

É importante ressaltar que a responsabilidade civil se forma pelo acontecimento de uma situação que acaba ensejando um dano por meio de uma conduta voltada a prejudicar ou não determinada pessoa. Assim, o agente causou o dano deverá repará-lo na forma prevista pela legislação civil vigente (PIMENTEL, 2015, p.23).

A natureza jurídica da responsabilidade que está sendo abordada é a de sanção. Em decorrência disso, para Gagliano (2013), a natureza jurídica deste instituto será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como indenização, compensação pecuniária ou pena (GAGLIANO, 2013 *apud* PIMENTEL, 2015, p. 23).

Consequentemente, uma forma de compensar a vítima do dano causado por determinada pessoa é reparando-o, seja pela omissão ou ação, não deixando de ser uma punição ao ofensor, deixando claro diante da sociedade o caráter impositivo das normas, devendo ser respeitados por todos (PIMENTEL, 2015, p. 23).

Assim, para que haja a responsabilidade civil, necessário se faz a menção de alguns requisitos para caracterizá-la, como a conduta humana (seja com dolo ou culpa), dano e nexo causal (PIMENTEL, 2015, p.230).

Diante do que foi demonstrado acerca da responsabilidade civil, é importante também analisar a responsabilidade civil do Estado, o qual é a maneira das pessoas verem que aqueles direitos violados pelo Estado poderão ser restituídos (PIMENTEL, 2015, p.27).

Ao longo do tempo, o Estado adotou diversas teorias sobre a responsabilidade, seja por uma irresponsabilidade ou responsabilidade moderada ou até mesmo a responsabilidade absoluta, a qual independe de comprovação de dolo ou culpa (PIMENTEL, 2015, p. 27).

Pode-se, então, perceber que nos Estados Absolutistas, o Estado não era considerado responsável pelos danos que ele causava ao seu povo, ensejando aí a Teoria da Irresponsabilidade. Nessa época, entendia-se que o rei não errava, não havendo qualquer forma de se evitar as decisões do Estado, ficando a vítima sem qualquer reparação do dano (PIMENTEL, 2015, p. 27).

Mais uma vez, com o passar do tempo, os administrativistas verificaram as injustiças cometidas pelos Estados que adotaram a supracitada teoria, buscando ansiosamente por mudanças nesse cenário. Os administrativistas defendiam a responsabilidade voltada para o agente do dano, requerendo, desse jeito, a presença da vontade ou a intenção das condutas em serviços públicos (PIMENTEL, 2015, p. 27).

Sendo assim, o disposto acima trata das teorias subjetivistas. A primeira é a teoria da culpa civilística, a qual imperava a irresponsabilidade, uma vez que o indivíduo encontrava certa dificuldade de comprovar a existência de dolo ou culpa do agente público (PALHANO, 2201 *apud* PIMENTEL, 2015, p.28).

A segunda teoria é da culpa administrativa que enseja sobre o integrante da administração, e não mais era visto como sendo representante do Estado, assim caso sua conduta gerasse um dano a responsabilidade estava sobre o

próprio Estado. É exatamente aqui que se pode perceber o início da transição entre a responsabilidade civil com culpa e a responsabilidade que independe de dolo ou culpa (PALHANO, 2010 *apud* PIMENTEL, 2015, p. 28).

Por sua vez, a terceira teoria é da culpa anônima, a qual se encontrava dificuldade em saber qual agente público cometeu um fato que ocasionou dano ao cidadão. Logo, exige-se nesta teoria apenas o nexo de causalidade entre o dano e a atividade pública (PORTELLA, 2008 *apud* PIMENTEL, 2015, p. 28).

Agora, a quarta teoria é a da culpa presumida, a qual é um pouco semelhante ao da administrativa, diferenciando-se no reconhecimento da culpa do Estado, adotando o critério da inversão do ônus da prova (PIMENTEL, 2015, p. 28).

A quinta e última teoria da responsabilidade subjetiva é a da ausência do serviço Estatal, caracterizando, dessa forma, a ausência do serviço da administração pública, não necessitando de investigação da existência de dolo ou culpa estatal, mas tão somente a falta de serviço em si. Portanto, caso ocorra um atraso, mau funcionamento, falta de capacitação de funcionários, omissão entre outros problemas, ficará configurada a aludida teoria (PIMENTEL, 2015, p. 28).

Em contrapartida, foi sendo enxergada a necessidade de oferecer tanto ao cidadão como a sociedade mais proteção, uma vez que nas teorias acima eram necessárias a comprovação de *animus* da conduta do Estado feitas pelos seus agentes públicos. Na condição de hipossuficiência, sendo parte mais fraca, o cidadão sofria com a necessidade de provar determinadas condutas. Nascia, então, a teoria objetiva e suas ramificações, com a finalidade de afastar a culpa e o dolo, defendendo que a conduta estatal deverá ser objeto de responsabilidade civil, desde que esteja presente o dano e o nexo causal (PIMENTEL, 2015, p.28).

Desse modo, existem três teorias acerca responsabilidade civil objetiva, as quais serão abordadas a seguir.

A primeira teoria é a do risco administrativo, a qual se obriga a indenizar o cidadão pelo dano causado em circunstância do simples fato lesivo, sem discutir a falta do serviço ou da culpa do agente (PIMENTEL, 2015, p. 28).

A segunda teoria é a do risco integral, onde a responsabilidade do Estado frente aos danos causados pelos seus agentes públicos é integral,

independentemente se foi por culpa de terceiro ou fenômeno natural, desde que haja culpa e o nexo causal, deverá, assim, ser examinada (LOPES, 2011 apud PIMENTEL, 2015, p. 29).

Já a terceira e última teoria objetivista é a do risco social, trazendo consigo a ideia de que a sociedade é protegida pelo Estado e por ele harmonizada, por conseguinte, é seu dever promover o bem social. Assim, ocorrendo algum dano a essa estabilidade é dever do Estado repará-lo (CARVALHO FILHO, 2009 apud PIMENTEL, 2015, p. 29).

Diante do que foi demonstrado sobre as responsabilidades, o Estado brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, sendo presumida de culpa, dispondo, nesse sentido, a nossa Carta Magna, em seu artigo 37, § 6º. Portanto, havendo uma quebra do nexo causal, excluirá a responsabilidade estatal (PIMENTEL, 2015, p. 29).

Destarte, na sociedade pós-moderna, o Estado brasileiro atuando de forma omissa irá responder subjetivamente, devendo haver a comprovação de culpa. Assim, quando o Estado deixa de garantir ao cidadão brasileiro, de forma concreta, os seus direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento constitucional pátrio, acaba se tornando omissso, contribuindo em muitos casos para o cometimento de delitos, sendo considerado responsável pela sua omissão (PIMENTEL, 2015, p. 31).

#### **4.4 O princípio da coculpabilidade nos Tribunais Superiores**

A coculpabilidade, segundo Moura (2006), é um princípio constitucional implícito (MOURA, 2006, p.41). Além de Moura, existem vários outros doutrinadores, profissionais do Direito brasileiro, que defendem o mencionado princípio, reconhecendo que o Estado, ao não oferecer, de modo concreto, a todos os cidadãos, os direitos e garantias fundamentais, acaba atraindo para si certa parcela de culpa quando determinada pessoa que não tem acesso às garantias fundamentais previstas no texto constitucional, como o direito à dignidade, à educação, à saúde, etc., entra no mundo do crime. No entanto, o supracitado princípio não é recepcionado por alguns tribunais, como será mostrado a seguir, por diversas razões, mas o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou a favor da teoria da coculpabilidade no julgado do Habeas Corpus n. 403.252 SC 2017/0139515-1, *in verbis*:

HABEAS CORPUS Nº 403.252 - SC (2017/0139515-1) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA PACIENTE : LORI WILLIAN DA SILVA COLACO (PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Lori Willian da Silva Colaço contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação n. 0006783-37.2016.8.24.0023. Narram os autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Florianópolis/SC condenou o paciente às pena de 6 anos, 11 meses e 9 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 14 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal, em concurso formal com o delito previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Apresentado recurso pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento, redimensionando a pena para 6 anos, 2 meses e 20 de reclusão, e 13 dias-multa, nos seguintes termos (fl. 234): APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO (CP, ART. 157, § 2º, I E II) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 8.069/90, ART. 244-B) SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA CORROBORADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL EMPREGO DE ARMA BRANCA E CONCURSO DE AGENTES DEMONSTRADOS DOSIMETRIA PRETENSA APLICABILIDADE DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO A TÍTULO DE ATENUANTE INOMINADA (CP, ART. 66) INVIABILIDADE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL QUE NÃO PODE JUSTIFICAR A ADOÇÃO DO CRIME COMO MEIO DE VIDA DIMINUIÇÃO DO FRACIONÁRIO RELATIVO À CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ROUBO AO MÍNIMO LEGAL VIABILIDADE AUMENTO NO PATAMAR DE 2/5 AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SÚMULA 443 DO STJ RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Agora, alega-se, em suma, a existência de constrangimento ilegal, pois embora o PACIENTE viva em situação de extrema vulnerabilidade social, a ele não se aplicou a atenuante inominada. Outrossim, o TJSC manteve o regime inicial semiaberto, de forma absolutamente desproporcional (fl. 11). Aduz-se que a vulnerabilidade social é manifesta, pois conforme relatado nos autos por assistente social, a história de vida do PACIENTE é marcada pela violação de direitos, abandono do genitor e pelo falecimento da genitora"(fl. 125).(fl. 6). Sustenta-se que o argumento lançado pelo TJSC para afastar a atenuante inominada - no sentido de que a teoria da cculpabilidade do Estado não foi recepcionada pela jurisprudência (fl. 230) - não é legítimo, porque se limitou a apresentar um argumento meramente formal (a jurisprudência não acolhe a tese), sem enfrentar os argumentos concretos apresentados (fl. 7). Alega-se, por fim, que o regime inicial para cumprimento da reprimenda, independentemente da pena aplicada, deverá ser o aberto, por ser o mais adequado à situação concreta, em que o indivíduo já se encontra socializado (fl. 9). Requer-se, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação em relação ao excesso de pena ora impugnado, com efeitos imediatos no cumprimento da pena, até julgamento final do writ (fl. 11). No mérito, pede-se seja reconhecida a ilegalidade do acórdão, para reduzir a pena imposta ao paciente, com aplicação da atenuante inominada e que seja aplicado regime aberto para o início do cumprimento da pena. É o relatório. Dúvidas não há sobre o caráter excepcional do deferimento de liminar

em habeas corpus. Assim, há necessidade de se comprovar, de plano, patente ilegalidade. E, em um juízo de cognição sumária, afigura-se inadequada a pretensão de discutir, aqui, questões relativas à dosimetria, em especial sobre o excesso, ou não, da pena imposta ao ora paciente. Com efeito, a motivação que ampara o presente requerimento demanda o exame detido e aprofundado de todo o conteúdo fático-probatório, o que, nesse exame preliminar, não é viável, mormente porque, há necessidade de analisar, com maior profundidade, as circunstâncias do caso concreto. Ademais, fixada a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, mostra-se correta a aplicação do regime inicial semiaberto, em observância ao comando contido no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Assim, com essas considerações, não tendo, por ora, como configurado constrangimento ilegal passível de ser afastado mediante o deferimento da liminar ora pretendida, indefiro-a. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Florianópolis/SC. Após a juntada das informações, dê-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília, 13 de junho de 2017. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator. (STJ - HC: 403252 SC 2017/0139515-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 19/06/2017).

Desse modo, o STJ, contrariando a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decidiu que a aludida sentença, que manteve o regime inicial semi-aberto, foi considerada absolutamente desproporcional, uma vez que a vulnerabilidade social é manifesta, pois conforme foi relatado nos autos do habeas corpus supracitado por assistente social, a história de vida do paciente é marcada pela violação de direitos. Então, o STJ afirma que o argumento lançado pelo TJSC a fim de afastar a atenuante inominada, no sentido de que a teoria da cocalpabilidade não foi recepcionada pela jurisprudência, não pode ser considerado legítimo, porque se limitou apresentar um argumento meramente formal (a jurisprudência não acolhe a tese), sem enfrentar os argumentos concretos que foram expostos. Portanto, como é possível perceber, o STJ decidiu acerca do regime do condenado informando ser o aberto (HC 403.252 SC 2017/0139515-1 Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Publicação: DJ 19/06/2017).

Em contrapartida, a 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao julgar o recurso de Apelação Criminal n. 20140111568797, não reconheceu no processo o princípio da cocalpabilidade no caso julgado pelo mesmo. Assim, decidiu o TJDF, *in verbis*:

TORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE. TERCEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA DE APLICAÇÃO DE CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006). NÃO BIS IN IDEM. NÃO INCONSTITUCIONALIDADE. CONOTAÇÕES DISTINTAS. TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PROVA IRREFUTÁVEL DA OMISSÃO ESTATAL. INAPLICABILIDADE. 1 – A partir do robusto conjunto probatório, devidamente apurada a autoria e materialidade do crime tráfico de entorpecente, adequada a condenação da ré na forma da denúncia. 2 – O pontuar da reincidência na segunda fase da pena e também na terceira, impedido a aplicação do § 4º, do art. 33, Lei nº 11.343/2006, não configura vedado bis in idem, tampouco afronta aos preceitos constitucionais. A reincidência considerada como agravante é providência legal que particulariza a situação jurídica – ainda mais reprovável – de todo aquele que voltar a praticar uma conduta delituosa, seja ela qual for. Por outro dizer, ainda que por si mesmo já configure instituto singularizador, tem ele caráter genérico, pois é consequência geral a aplicável a todos os crimes. Doutro modo, na específica situação do Tráfico de Entorpecentes, é a sua consideração para afastar a aplicação do benefício; cenário ainda mais específico, conferindo um segundo grau de individualização da pena. Isto por questões de política criminal, as quais o legislador optou por ponderar junto à situação somente daquele que tem a incursão no submundo das drogas como fato isolado em sua vida. Portanto, embora os dois pontos retratados tenham como pedra angular o instituto da reincidência, está claro que a legislação ordinária toma este fato para aplicar consequências jurídicas totalmente distintas. Precedentes. 3 – Em que pese as deficiências estatais nos mais variados âmbitos de sua competência, o encampamento da teoria da coculpabilidade estatal para eclosão do evento delituoso depende de precisa caracterização de atos e/ou omissões que inexoravelmente sujeitaram a ré a imiscuir-se no submundo das drogas, oprimidas por condições que não lhe trouxeram qualquer possibilidade de escolha diversa. Caso contrário, não há falar em concorrente culpa estatal, abrandando-lhe a pena. Precedentes. 4 – Apelação conhecida e desprovida.

(TJ-DF - APR: 20140111568797, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 11/02/2016, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/02/2016 . Pág.: 111).

Dessa forma, o TJDF asseverou que embora as deficiências estatais nos mais variados âmbito de sua competência, o encampamento da Teoria da Coculpabilidade do Estado para a eclosão do fato criminoso necessita de uma precisa caracterização de atos e/ou omissões que inexoravelmente sujeitaram a ré a se submeter na realidade das drogas, sendo oprimidos pelas condições que não lhe deram nenhuma possibilidade de escolha diversa. Assim, caso contrário, o TJDF entendeu que não tem como falar em concorrente culpa estatal, abrandando-lhe a pena (TJ-DF - APR: 20140111568797, Rel. Cesar

Laboissiere Loyola, data de julgamento: 11/02/2016, 2<sup>a</sup> Turma Criminal. Data de publicação no DJE 19/02/2016).

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a Teoria da Culpabilidade estatal não pode servir de justificativa para a prática de delitos, sendo exposta sua decisão da seguinte maneira:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO SIMPLES - ABSOLVIÇÃO - DEPENDÊNCIA QUÍMICA - ART. 45 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - PROVA ISOLADA - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CP - TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO - INVIABILIDADE - SÚMULA 231 DO STJ. Não há isenção de pena em razão da inimputabilidade originária da dependência de drogas, diante da ausência de qualquer prova apta a demonstrar que o agente era à época dos fatos inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A teoria da culpabilidade estatal não pode servir de justificativa para a prática de delitos.

(TJ-MG - APR: 10362140007042001 MG, Relator: Flávio Leite, Data de Julgamento: 01/12/2015, Câmaras Criminais / 1<sup>a</sup> CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/01/2016).

Diante de todo exposto, pode-se compreender que o princípio da culpabilidade gera bastante discussão nos tribunais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como entre doutrinadores. A aplicação do aludido princípio, depende de cada caso concreto, devendo ser respeitado como princípio constitucional, como assevera Moura (MOURA, 2006, p.41).

Nesse sentido, decisões que afastam a aplicação da culpabilidade pelos simples argumento da ausência de previsão legal expressa devem ser rechaçadas da jurisprudência. Assim, caso essa argumentação fosse levada a sério, a teoria do domínio do fato, por exemplo, nunca poderia ser utilizada pelos tribunais, por não estar expressamente em lei (MARTINELLI e BEM, 2018, p.631).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dentre suas atribuições, o Estado possui o direito de punir todo aquele que infringir as normas penais pátria, visto que o Estado é a única entidade dotada de poder soberano com o direito de punir, sendo esse poder tanto um

direito como um dever estatal. Portanto, o Estado conserva a exclusividade do *jus puniendi* (CAPEZ, 2012, p. 45).

No entanto, ao aplicar a pena ao acusado, o Estado deverá analisar a possibilidade de aplicar o princípio da cculpabilidade, a fim de reconhecer se houve ou não a omissão estatal que possa ter contribuído para que o indivíduo se envolvesse no mundo criminal, se o acusado realmente não vivia em condições sociais consideradas desfavoráveis, garantindo a individualização da pena de forma justa. Nesse sentido, Guimarães (2010) assevera que a cculpabilidade funciona como princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento penal. Logo, percebe-se que a cculpabilidade é de suma importância para o ordenamento jurídico penal brasileiro (GUIMARÃES, 2010, p. 91-93).

Além do mais, ainda que o princípio da cculpabilidade não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação penal vigente, o aludido princípio pode ser aplicado por equidade e justiça, pois a atuação do Estado se dá de forma seletiva, tanto na concreção de direitos sociais fundamentais, como ao executar seu poder punitivo, consolidando-se a estratificação social por meio da imposição de uma disciplina marginalizante sobre os corpos dominados. É importante ressaltar, as decisões que afastam a aplicação da cculpabilidade pelos simples fundamento da ausência de previsão legal devem ser banidas da jurisprudência, porque se essa argumentação simplista fosse levada em consideração, a teoria do domínio do fato, por exemplo, nunca poderia ser utilizada pelos tribunais, visto que não está expresso em lei (MARTINELLI e BEM, 2018, p.633).

Rangel (2013), na defesa do aludido princípio, se posiciona, afirmando que não basta estar apenas implicitamente positivado, segundo ele, necessário se faz que o princípio da cculpabilidade seja normatizado, a fim de garantir a eficácia e trazer uma maior segurança para seu objetivo, que consiste em levar em consideração as condições sociais e econômicas do agente delituoso na aplicação da pena, devendo estar reconhecido no Direito Penal (RANGEL, 2013, p. 21 *apud* GASPAR, 2014).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, constitui-se em um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988, online).

Dessa forma, ao dizer que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito deve-se reconhecer o conteúdo transformador da realidade que este conceito abarca, assim, vislumbra-se que a Carta Magna de 1988 impôs mais do que a positivação de direitos, a sua efetivação, no momento em que declarou os direitos humanos em todas as suas dimensões como sendo os direitos fundamentais assegurados a toda a sociedade (ZANOTELLO, 2013, p. 4).

Assim, cabe tanto ao Direito como também ao Estado promover os direitos fundamentais aos cidadãos. No entanto, evidencia-se que o Estado não assegura a todo o seu povo os direitos sociais fundamentais elencados no texto constitucional vigente e acaba contribuindo para o aumento da criminalidade (ZANOTELLO, 2013, p.4).

Zanotello (2013), assim como Rangel (2013), também defende a necessidade de ocorrer a positivação do princípio da cculpabilidade, uma vez que, tanto pela mentalidade dos operadores do Direito em que se vislumbra certo temor em oferecer validade prática a um conceito que ainda não possui previsão expressa, quanto pelo receio da repercussão que suas consequências jurídicas provocarão, permitindo que aconteça uma verdadeira transformação na orientação político-criminal brasileira, principalmente no que diz respeito aos critérios de seletividade do Direito Penal e na afirmação do Direito Penal Mínimo (ZANOTELLO, 2013, p. 8).

Como existem divergências no ordenamento jurídico brasileiro a cerca da aplicação do princípio da cculpabilidade, principalmente nos tribunais, provocando diversas interpretações e argumentos por parte dos julgadores, este se faz outro importante argumento no sentido de positivar o referido princípio, porque somente quando ele estiver escrito em lei que terá a devida atenção pelos julgadores (ZANOTELLO, 2013, p.8).

É notória que há quem reconheça o supracitado princípio como circunstância atenuante, outros defendem como sendo causa de diminuição de

pena e, ainda, que pode ser aplicado por equidade e justiça. Também existem aqueles que negam a validade da cocalpabilidade por considerá-la proposta de impunidade (ZANOTELLO, 2013, p. 8).

Dessa maneira, se ficar constatado, em cada caso específico, que a autodeterminação do sujeito se encontra reduzida, como também atestar a sua inferiorização em decorrência de condições sociais adversas, existirá um imperativo fático imposto pela sociedade e pelo Estado e deverá ser reconhecido o estado de vulnerabilidade do agente, tendo como consequência a redução, ou até mesmo, a exclusão da sua responsabilidade penal, dependendo de cada caso concreto (ZANOTELLO, 2013, p. 8).

Com isso, há evidências que o princípio da cocalpabilidade se faz elemento jurídico capaz de proteger o valor supremo da dignidade da pessoa humana em face da restrição do espaço social em que a camada menos favorecida da sociedade se encontra (ZANOTELLO, 2013, p. 8).

Em tal caso, o princípio da cocalpabilidade necessita ser reconhecido na legislação pátria, bem como pelos profissionais do Direito, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana como princípio adotado pela Constituição Federal vigente (ZANOTELLO, 2013, p.8).

## 6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Diogo Evangelista; SANTANA, Israel José. **Breve Estudo Sobre a Política Criminal na Atualidade e os Constantes Riscos de Violação aos Direitos Humanos.** Âmbito Jurídico. com. br: Rio Grande, 2018. Disponível em: <[ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=900&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=900&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 02/10/2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 10 ed. Revan: Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,** online. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 23 de out. de 2018.

BRASIL, Código Penal de 1940. **Código Penal de 1940. Código Penal brasileiro de 1940,** online. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 23 de out. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 403.252 SC 20170139515-1.** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Data de publicação: DJ 14/06/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia1470043114/habeas-corpus-hc-403252-sc-2017-0139515-1>> Acesso em: 24 de nov. de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **TJDF - APR n. 20140111568797.** Rel. Cesar Boissiere Loyola, data de julgamento: 11/02/2016. 2ª Turma Criminal. Data de publicação: DJE 19/02/2016 pág. 111. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/306820930/apelação-criminal-apr-20140111568797>>. Acesso em: 24 de nov. de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **TJMG APR N. 10362140007042001.** Rel. Flávio Leite. Data de julgamento: 01/12/2015. Câmaras Criminais / 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 22/01/2016.

- Disponível em:  
<<https://tj.mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299711890/apelação-criminal-apr-10362140007042001-mg>>. Acesso em: 24 de nov. 2018.
- BECCARIA, Césare. **Dos Delitos e Das Penas**. Martim Claret: São Paulo, 2000.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado: Parte Geral**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1992.
- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.
- CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008.
- D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: Escrito Sobre a Teoria do Crime Como Ofensa a Bens Jurídicos**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.
- FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8 ed. Saraiva: São Paulo, 2018.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4 ed. Impetus: Niterói-RJ, 2009.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **A Culpabilidade Compartilhada Como Princípio Mitigador da Ausência de Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais**. vol. 14. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

LOPES, Beatrice. **A Finalidade da Pena Criminal**: Artigo Jurídico. Jusbrasil: 2014. Disponível em: <<https://beatrice.jusbrasil.com.br/artigos/117590717/a-finalidade-da-pena-criminal>>. Acesso em: 23 de out. de 2018.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos de Direito Penal**. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Impetus: Niterói-RJ, 2006.

PAULA, Wedsley Ferreira de. **Princípio da Individualização da Pena**: Artigo Jurídico.jusbrasil: 2016. Disponível em: <<https://ferreiradeaula.jusbrasil.com.br/artigos/393960741/principio-da-individualizacao-da-pena>>. Acesso em: 23 de out. de 2018.

PIMENTEL, Giovaniny Fonseca. **A Hipótese de Indenização por Acordo Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro em face da Reincidência Criminal**. Monografia: Universidade Federal do Rio Grande do Norte: Caicó-RN, 2015.

RESSEL, Sandra. **Execução Penal**: Uma Visão Humanista. Discussão Sobre As Penas Aplicadas e Sua Execução Propostas para uma Execução Penal Humanista. In: Âmbito Jurídico: Rio Grande, 2007. Disponível em <[www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2305](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305)>. Acesso em 23 de out. de 2018.

RODRIGUES, Valesca. **Teoria da Co-culpabilidade**. Disponível em: <<https://valescarodrigues.blogspot.com/2006/04/teoria-da-coculpabilidade-do-estado-e.html>>. Acesso em 27 de ago de 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PERANGELLI, Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. rev. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

ZANOTELLO, Marina. **O Princípio da Co-culpabilidade Como Circunstância Constitucional Atenuante ou Excludente de pena.** Dissertação Mestrado. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

WELZEL, Hanz. **Direito Penal.** Trad. Alonso Celso Rezende. Romana: Campinas-SP, 1999.