



Universidade Federal  
de Campina Grande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

DEUSIMAR PIRES FERREIRA

**A COCULPABILIDADE E A SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE E SUA  
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE  
JURISPRUDENCIAL**

SOUSA – PB  
2022

F383c

Ferreira, Deusimar Pires.

A coculpabilidade e a seletividade pela vulnerabilidade e sua aplicação no Direito penal Brasileiro : uma análise jurisprudencial / Deusimar Pires Ferreira. - Sousa, 2023.

47 f. : il. color.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Profa. Ma. Carla Rocha Pordeus."

Referências.

1. Direito Penal Brasileiro. 2. Culpabilidade. 3. Justiça Brasileira. 4. Vulnerabilidade Social. I. Pordeus, Carla Rocha. II. Título.

CDU 343.2/.7(043)

DEUSIMAR PIRES FERREIRA

**A COCULPABILIDADE E A SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE E SUA  
APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE  
JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de conclusão apresentado do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de especialista em direito Penal e processual Penal.

Aprovado em 30 de novembro de 2022

Comissão Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> Me. Carla Rocha Pordeus  
Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Carla Pedrosa de Figueiredo  
Membro Interno do Programa – CCJS-UFCG

---

Prof. Giliard Cruz Targino  
Membro Externo do Programa – CCJS-UFCG

## RESUMO

Buscou-se com essa pesquisa, trabalhar com um tema bem relevante, porém pouco difundido no direito penal brasileiro, que são as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade, as quais, admitem que a negligência do Estado em não promover condições mínimas que garantam os direitos sociais elencados na Constituição Federal aos seus cidadãos, acaba promovendo a marginalização, que afeta diretamente a liberdade dos mais vulneráveis. O objetivo foi compreender como a marginalidade socioeconômica dos agentes que cometem crimes estaria relacionada com a culpabilidade deles. Para a realização e desenvolvimento dessa pesquisa, foram utilizados métodos bibliográficos e exegéticos jurídicos, como doutrinas, artigos científicos, códigos, leis e jurisprudências. Para tanto, fez-se uma síntese dessas teorias e se caberia ao Estado-juiz, reconhecer se a ausência de políticas públicas propiciaria, de certa forma, a ocorrência de fatos típico e antijurídico capazes de culminar no resultado do quantum da pena do acusado de ilícitos penais. A justificativa em abordar tais assuntos, está no conceito e origem dessas teorias, disseminadas por Raúl Zaffaroni a partir das influências iluministas trazidas pela Revolução Francesa do século XVIII, e na possibilidade de sua aplicação como atenuante genérico disposto no artigo 66 do Código Penal Brasileiro. A amplitude do tema promoveu um delinear investigativo sobre a aplicação dessas teorias no nosso direito penal e processual penal, para tanto, a metodologia utilizada foi baseada na leitura e pesquisas bibliográficas, incluindo doutrinas, leis, artigos científicos e por fim um estudo analítico sobre as jurisprudências de alguns tribunais pátrios, como intuito de ver se as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade, estariam ou não sendo reconhecidas e acolhidas pela justiça brasileira.

**Palavras-chave:** Coculpabilidade; Vulnerabilidade social; Justiça brasileira.

## **ABSTRACT**

The aim of this research was to work with a very relevant theme, although not very widespread in Brazilian criminal law, which are the theories of co-culpability and selectivity due to vulnerability, which admit that the State's negligence in not promoting minimum conditions that guarantee the social rights listed in the Federal Constitution to its citizens, ends up promoting marginalization, which directly affects the freedom of the most vulnerable. The objective was to understand how the socioeconomic marginality of agents who commit crimes would be related to their culpability. For the realization and development of this research, bibliographic and legal exegetical methods were used, such as doctrines, scientific articles, codes, laws and jurisprudence. To this end, a synthesis of these theories was made and it would be up to the State-judge to recognize whether the absence of public policies would, in a way, propitiate the occurrence of typical and anti-legal facts capable of culminating in the result of the quantum of the sentence of the accused of criminal offenses. The justification for approaching such matters lies in the concept and origin of these theories, disseminated by Raúl Zaffaroni from the Enlightenment influences brought by the French Revolution of the 18th century, and in the possibility of its application as a generic mitigating factor provided for in article 66 of the Brazilian Penal Code. The breadth of the theme promoted an investigative outline on the application of these theories in our criminal law and criminal procedure, therefore, the methodology used was based on reading and bibliographical research, including doctrines, laws, scientific articles and finally an analytical study on the jurisprudence of some national courts, in order to see if the theories of co-culpability and selectivity due to vulnerability, were or were not being recognized and accepted by the Brazilian justice system.

Keywords: Coculpability; Social vulnerability; Brazilian justice.

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b> – Sexo dos acusados na Primeira Instância.....	35
<b>Tabela 2</b> – Sexo dos acusados na Segunda Instância.....	35
<b>Tabela 3</b> – Tipos Penais na Primeira Instância.....	36
<b>Tabela 4</b> – Tipos Penais na Segunda Instância.....	36
<b>Tabela 5</b> – Reincidência legal na Primeira Instância.....	37
<b>Tabela 6</b> – Reincidência legal na Segunda Instância.....	37
<b>Tabela 7</b> – Representantes em Primeira Instância.....	37
<b>Tabela 8</b> – Representantes em Segunda Instância.....	37
<b>Tabela 9</b> – Argumentos principais das defesas – Primeira Instância.....	38
<b>Tabela 10</b> – Argumentos principais das defesas – Segunda Instância.....	38
<b>Tabela 11</b> – Argumentos principais dos juízes singulares.....	39
<b>Tabela 12</b> – Argumentos principais dos desembargadores.....	39

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 A TEORIA DA COCULPABILIDADE.....</b>	<b>9</b>
2.1 CONCEITO E ORIGEM DA TEORIA DA COCULPABILIDADE.....	9
2.2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	13
2.3 A COCULPABILIDADE NO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E NA DOSIMETRIA DA PENA, DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL.....	14
2.4 A COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	16
<b>3 A TEORIA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE.....</b>	<b>19</b>
3.1 CONCEITO DE CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE.....	19
3.2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ESTADO E SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE.....	21
3.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE E A REALIDADE BRASILEIRA.....	26
<b>4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA COCULPABILIDADE E DA SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....</b>	<b>28</b>
4.1 A INCIDÊNCIA DAS TEORIAS NAS TESES DE DEFESAS E SUA RECEPTIVIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.....	28
<b>4.1.1 A incidência das teorias em análise no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....</b>	<b>28</b>
<b>4.1.2 A incidência do tema no Tribunal de Justiça paulista.....</b>	<b>31</b>
<b>4.1.3 A verificação das teorias em estudo no Tribunal de Justiça da Paraíba.....</b>	<b>33</b>
4.2 A ANÁLISE EMPÍRICA-QUANTITATIVA DAS DECISÕES DA JUSTIÇA MINEIRA, EM RELAÇÃO A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE.....	35
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é propor uma análise objetiva sob as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade, que foram desenvolvidas por juristas, tendo como seu maior expositor o argentino Raúl Zafaronny, bem como investigar de que forma essas teorias vêm influenciando na evolução da estrutura conceitual a luz da culpabilidade do agente cometedor de ilícitos penais e suas incidências no direito penal, processual penal e na justiça brasileira.

O princípio teórico da coculpabilidade é marcado pela quebra do contrato social entre o Estado e o cidadão, quando aquele não cumpre com seus deveres em assegurar o básico de subsistência para a sociedade, de modo, que se afasta a prevalência punitiva em desfavor do delinquente, devendo, portanto, arcar com uma parcela de responsabilidade do delito, que por ventura esse indivíduo possa a vir cometer.

Destaca-se assim, que o surgimento da teoria da coculpabilidade, como marco histórico, surge com a Revolução Francesa no século XIII, e os ensinamentos de Zaffaroni foram fundamentais para sua propagação no meio jurídico.

Já a compreensão do que seria a seletividade pela vulnerabilidade se explica pelo fato de que a maioria das pessoas cometem crimes, mas poucas pessoas e poucos crimes são selecionados e capturados pelo sistema penal repressor, haja vista que esse sistema é limitado e as agências de criminalização não dão conta de perseguir todas as condutas incriminadas, gerando uma concentração na punição de crimes específicos, muitas vezes cometidos por pessoas socialmente vulneráveis.

Nesse viés, para a realização e desenvolvimento dessa investigação, fez-se necessário a utilização dos métodos bibliográficos e exegéticos-jurídicos, com pesquisas a doutrinas, artigos científicos, códigos, leis e jurisprudências, objetivando aprimorar o tema abordado: A coculpabilidade e a seletividade pela vulnerabilidade e suas aplicações no direito penal e na justiça brasileira.

O capítulo inicial aborda os conceitos e a origem da teoria da coculpabilidade, que foi influenciada pelas ideias iluministas advindas da Revolução Francesa do século XVIII e aperfeiçoada por juristas pós-modernos, a exemplo do já citado Zafaronny. Será tratado, nesse capítulo, como a coculpabilidade está inserida dentro no ordenamento jurídico penal brasileiro, dando ênfase a dois institutos fundamentais da processualística penal, que são: o princípio da individualização e o da dosimetria

da pena, provocando uma discussão sobre a possibilidade da sua aplicação como atenuante genérica, prevista do artigo 66 do código Penal brasileiro.

Em seguida, foi tratado o conceito de estado, situação e seletividade pela vulnerabilidade, analisando como a sociedade, os meios de comunicação e as agências estatais de criminalização formam no senso comum, verdadeiros estereótipos criminais, na sua maioria ligados aos crimes contra o patrimônio, podendo esse estereótipo ser comprovado por uma breve análise da população carcerária brasileira, que em geral, são jovens negros, pobres, de baixa escolaridade e moradores da periferia.

Após a análise detalhada dos conceitos, características e requisitos das teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade, foram abordadas as hipóteses de incidência dessas teorias no direito penal e na justiça brasileira. Para tanto, foi exposto no terceiro capítulo, uma pesquisa jurisprudencial dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Paraíba e mais profundamente, de Minas Gerais, esse último apoiado no estudo empírico-quantitativo em que a autora da pesquisa analisou em 235 decisões da justiça estadual mineira, que trataram sobre os temas em estudo.

Dessa forma, o intuito do trabalho é trazer para o meio jurídico uma melhor compreensão do tema e abordar a evolução do pensamento progressista do direito penal, especialmente no que se refere ao reconhecimento da mea-culpa do Estado quando esse não oferta condições dignas para os cidadãos, restringindo as escolhas dentro de um espectro limitado de boas oportunidades.

## 2 A TEORIA DA COCULPABILIDADE

O conceito de coculpabilidade tem origem histórica no pensamento iluminista que influenciou a Revolução Francesa, que com seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” culminou na evolução epistemológicas dos direitos fundamentais, inclusive em matéria penal.

### 2.1 CONCEITO E ORIGEM DA TEORIA DA COCULPABILIDADE

Bonavides (2001) leciona que a Revolução Francesa no século XVIII, foi “precípua para esculpir todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, abarcando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização”.

No seu “Plano de Legislação Criminal”, o médico Jean Paul Marat (2008) abordou em sua publicação, datada em 1790, os princípios fundamentais de uma legislação justa, e traz, especialmente, o aspecto da ordem social e a defesa dos indivíduos marginalizados da sociedade, que não possuíam seus direitos fundamentais garantidos.

Nesse contexto, nasce o princípio teórico da coculpabilidade, marcada pela quebra do contrato social entre o Estado e o cidadão, quando aquele não cumpriu com seus deveres de assegurar o básico de subsistência para a sociedade, de modo que se afasta a prevalência punitiva em desfavor do delinquente, devendo, portanto, arcar com uma parcela de responsabilidade do delito, que por ventura esse indivíduo possa a vir cometer.

Na conjuntura pós-moderna, Zaffaroni e Pierangeli (2011) foi um dos principais responsáveis por disseminar as linhas de pensamento definidas por Marat. Para ele, o Estado deve reconhecer suas falhas na garantia dos direitos básicos aos cidadãos, e com isso, partilhar da responsabilidade pela prática de condutas punidas penalmente, de modo a diminuir e até mesmo afastar a culpabilidade do agente infrator.

Extrai-se dos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2011) que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado, em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade

– por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma coculpabilidade, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que esse conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código penal mediante a disposição genérica do artigo 66 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 525).

A compreensão da teoria da coculpabilidade está diretamente relacionada às desigualdades sociais e a segregação das classes que são a marca de muitas sociedades, incluindo a brasileira.

Apesar da nossa Constituição Federal trazer como direitos sociais do cidadão a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer, dentre outros, tais direitos não atingem todas as camadas sociais, especialmente os mais pobres, que muitas vezes não têm acesso à escola, ao atendimento médico e a ao emprego.

A ausência de políticas públicas, a carência de recursos e de oportunidades de melhoria de vida, aliadas a exclusão e a falta dos direitos sociais elencados na Constituição Federal, promovem a marginalização e afetam diretamente a liberdade dos cidadãos mais vulneráveis, que se vêm muitas vezes sem escolhas e acabam se envolvendo na prática de crimes

Ao realizar a análise acerca do conceito de culpabilidade, no estudo da teoria do delito, Luiz Regis Prado, a define como: “[...] a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atenuar conforme as existências do ordenamento jurídico” (PRADO, 2014, p. 455).

Em relação ao conceito normativo de culpabilidade, desenvolvido pelo finalismo de Welzel, que agrega a exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude como elementares do tipo penal, há para uma boa parte da doutrina, uma resistência quanto a ideia de liberdade de escolha como um dos fundamentos da culpabilidade.

Corroborando, Paulo César Busalo discorre que “[...] o próprio sistema punitivo é um produtor de criminalidade e um forte elemento condicionante da possibilidade sociológica de obediência ou não das regras de convivência jurídico, penalmente impostas” (BUSALO, 2011, p. 46).

Dessa forma, a crítica que se observa na doutrina é que se supere a ideia de livre arbítrio pleno, ante a impossibilidade de demonstração de que um sujeito poderia ter agido de outro modo, que por sua vez impediria no julgamento e reprovação da sua conduta, já que essa liberdade de escolha, para muitos, não existe ou é apenas relativa.

Para melhor compreender essa teoria, basta olhar para o exemplo de um cidadão, com filhos e esposa, que vivem num cenário de desemprego, de fome, residindo com sua família em uma comunidade da periferia da sua cidade dominada pelo tráfico de drogas. Esse cidadão, que nunca recebeu qualquer assistência do Estado, recebe a proposta de “trabalho” de um traficante local, serviço esse que consistia em entregar drogas para os “clientes” e pelo qual receberia dinheiro para alimentar sua família. O dito cidadão, que passou o dia procurando emprego e não encontrou devido a sua baixa escolaridade, se viu obrigado a aceitar o “serviço” proposto, já que aquele foi a única oportunidade de levar alimentos e algum dinheiro para casa (ALMEIDA, 2016).

Nessa situação, pela teoria em análise, se o referido cidadão fosse preso e condenado pelo tráfico, sua culpabilidade e pena deveriam ser atenuada ou até dispensada em razão de o Estado ter se omitido e gerado toda a situação de vulnerabilidade do desempregado, visto que não lhe proporcionou educação na infância e oportunidade de trabalho na idade adulta, e dessa forma, não cumpriu com o seu dever constitucional de promover condições de uma vida digna (ALMEIDA, 2016).

Depreende-se que a referida teoria argumenta que o Estado não cumpriu com o contrato social ao deixar o cidadão sem uma educação, saúde, emprego, e conseqüentemente, sem dignidade, infringindo os preceitos e objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, nos seguintes artigos, *in verbis*:

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

**I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

**II** - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

[...]

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

[...]

**Art. 196** - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

**Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Logo, a conceituação da coculpabilidade se baseia na tese de que as pessoas desassistidas dessas garantias, não podem ser julgadas como as demais que tiveram todos os privilégios e prerrogativas assistencialistas ofertadas pelo Estado, podendo, o Estado juiz, diminuir a responsabilidade do agente criminoso se entender que o fator para a prática delituosa ocorreu devido à ausência de promoção de serviços públicos.

De outra banda, a teoria foi bastante criticada e até desprezada por parte da doutrina em razão de associar o cometimento de delitos à pobreza, passando a ideia de um determinismo social exacerbado, que, por mais que em alguns casos se confirme, não reflete um dado empiricamente comprovado (ALMEIDA, 2016).

Além do mais, é apontado que a teoria em comento falha por se aplicar apenas a delitos com fundo patrimonial. Outrossim, muitos criticam a tese afirmando que não é verdade que o Estado tem culpa pela pobreza ou que não se pode atribuir essa responsabilidade unicamente a ele ou à sociedade, bem como que é inverídica a afirmação de que a pobreza ocasiona automaticamente crimes.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 41), posteriormente, alertaram:

A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.

Em razão das críticas, desacreditada pela maioria da doutrina, a teoria da coculpabilidade foi praticamente abandonada. No entanto, o senso crítico de desigualdade social e de uma análise da criminalização mais voltada à realidade do sistema penal latino-americano deu origem a uma teoria mais consistente e bem

elaborada, que não traz maniqueísmos ou falsos dados generalistas, haja vista que é voltada à incriminação individualizada e à culpabilidade do agente singular.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Código Penal, o princípio da culpabilidade não está positivado. Entretanto, observa-se a sua aplicabilidade e efetivação no caso concreto.

Teoricamente, essa discussão sobre a sua aplicabilidade se daria no sentido de pôr em prática o direito mitigado pelo poder estatal de considerar as condições socioeconômicas do delinquente no momento da aplicação da pena.

Dessa forma, sem muito esforço, nota-se que tal princípio avista-se dentro do artigo 187, § 1º, do Código de Processo Penal, que dispõe:

**Art. 187.** O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).  
**§ 1º** Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

Portanto, é inegável a intenção do legislador em positivar a aplicação da coculpabilidade no direito penal brasileiro na fase processual, que ocorre exatamente quando oportuniza ao acusado falar das condições sociais assegurada que tivera ou não ao longo da sua vida.

No entanto, como bem assegura Moura (2006), mesmo que haja o reconhecimento do princípio da coculpabilidade na fase processual, para sua verdadeira efetivação, seria também necessário o seu reconhecimento no âmbito do direito penal.

Já na Constituição Federal de 1988, Moura (2006) destaca que o princípio da coculpabilidade está implícito quando menciona no teor de sua redação, vários outros princípios como o da liberdade, da igualdade, equidade, fraternidade, valores sociais e dignidade da pessoa humana, princípios esses que são reflexos das ideias iluministas originárias da mencionada Revolução Francesa, que como já dito alhures, foi fundamental para a compreensão da origem da teoria em análise.

### 2.3 A COCULPABILIDADE NO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E NA DOSIMETRIA DA PENA, DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL

Para compreender como o princípio da coculpabilidade está inserido dentro no ordenamento jurídico processual penal, necessário a abordagem de dois institutos fundamentais da processualística penal, que são o princípio da individualização e a dosimetria da pena.

Compreende-se por individualização da pena o momento que o julgador cumprindo as determinações da lei, atribui as penas conforme as condutas de cada agente. Tal fundamento jurídico, está amparado no artigo 5º, incisos XLV e XLVI da CF/88, que assim dispõe:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**XLV** - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

**XLVI** - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: **a)** privação ou restrição da liberdade; **b)** perda de bens; **c)** multa; **d)** prestação social alternativa; **e)** suspensão ou interdição de direitos;

Portanto, percebe-se que as circunstâncias em que o delito foi praticado, bem como as características pessoais do acusado são condicionantes para imposição da penalidade decorrente da conduta criminosa, tudo isso, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Moura (2006) expõe que no caso de o Estado reconhecer o princípio da coculpabilidade, estaria propiciando ao julgador, no instante que ele estivesse aplicando a execução da pena, a possibilidade de considerar as circunstâncias relevantes que norteiam o delito, que seriam as condições socioeconômicas do agente, desde que essas tenham influência direta na prática do crime cometido.

No que se refere a presença do princípio da coculpabilidade, de estar inserido no momento da aplicação da pena, faz-se necessário detalhar a composição das regras da dosimetria, que são os critérios de fixação da pena previstos no Código Penal brasileiro, em seu artigo 68 que estabelece:

**“Art. 68:** A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59, deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último, as causas de diminuição e aumento da pena”.

Verifica-se, assim, a forma como o juiz está vinculado a essas três instruções, devendo respeitar tais fases e analisar uma a uma antes de prolatar a pena final do acusado, sob pena de anulação da sentença.

A primeira fase do cálculo da pena, que compreende a pena-base, analisa-se as circunstâncias judiciais em relação ao agente bem como os motivos ensejadores para o cometimento do delito.

Assim, dispõe o artigo 59 do CPP:

**Art. 59** – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

É nessa primeira fase que, após análise das circunstâncias judiciais apresentadas, se verifica o quantitativo das penas a serem aplicadas, bem como o regime inicial do cumprimento em estabelecimento penitenciário e uma possível substituição da pena privativa de liberdade.

No entanto, não poderá o julgador fazer uma análise genérica em relação aos critérios estabelecidos no artigo supramencionado, pois está obrigado a individualizar a cada uma delas, fundamentando sua decisão.

Essa fase é também servirá de referência para a aplicação da segunda fase, que é levada em consideração as circunstâncias legais agravantes e atenuantes que estão inseridas nos artigos 61, 62 65 e 66 do Código Penal brasileiro.

Desses dispositivos, se destaca a reincidência da mesma maneira em que se deve verificar os motivos e a maneira que levaram o cometimento do crime, ou seja, se foi por motivo fútil ou a traição, a emboscada ou por dissimulação ou qualquer outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, ou ainda se houve emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio cruel.

É na segunda fase também, que o julgador analisa, em um primeiro momento, as circunstâncias atenuantes, arroladas no artigo 65 do CP, que por sua vez poderão diminuir a pena do agente. Aspectos como a idade do agente, caso este seja menor de vinte e um anos na data do fato ocorrido ou maior se setenta na data da sentença,

são considerados. Verifica-se também se o agente cometeu a infração penal em razão de relevante valor social ou moral. E por fim, é levado em consideração a confissão espontânea da autoria do crime, perante a autoridade

No artigo 66, do mesmo diploma penal, verifica-se que a pena poderá ser ainda aplicada nos casos de circunstâncias relevante, prévia ou superveniente ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Nessa situação específica do artigo 66 do Código Penal, há uma inominada ocorrência de conteúdo variável, cabendo ao julgador a discricionariedade de atenuar ou não a pena do agente com base em uma circunstância não prevista expressamente na lei que reza: “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Com base nessa possibilidade indicada pelo artigo 66 do Código Penal brasileiro é que Zaffaroni e Peirangeli (2004) afirmam ser possível a aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por permitir ao magistrado a análise aprofundada da particularidade do indivíduo e de acordo como caso concreto seguir suas convicções para prolatar a sentença.

A última etapa de aplicação da pena, a terceira fase, pode-se dizer que ela é formada pelas causas especiais de aumento ou da diminuição da pena, conforme prevê o artigo 68 do CP.

Nessa fase, o julgador limita-se a um só aumento ou uma só diminuição, prevalecendo a causa de maior relevância do objeto criminal calculado, isso é o que preconiza o parágrafo único do artigo 68 do CP. No entanto, é importante salientar que nesta fase a causa de aumento e diminuição já vem tipificada em lei, contrapondo-se às agravantes e atenuantes das quais são discricionárias ao julgador para mensurar o quantum da pena, do caso concreto.

## 2.4 A COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

De início, é necessário reconhecer que no ordenamento penal brasileiro não traz expressamente o princípio da coculpabilidade, entretanto, existem hipóteses da sua aplicação a partir da interpretação do que a letra da lei menciona, no tocante a dosimetria da pena.

O artigo 66 do Código Penal brasileiro é mencionado por Zaffaroni e Pierangeli como possibilidade de aplicação da teoria em análise como atenuante inominada, mesmo que ela não esteja prevista no rol do artigo 65 do mesmo diploma penal, mas em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, referindo-se ao que traz o artigo e descreve sua fundamentação da seguinte forma:

Uma circunstância que, lamentavelmente, o texto vigente não menciona de que maneira expressa, mas que pode ser considerada por esta via atenuantes, é a menor culpabilidade do agente proveniente do que se acostumou a chamar de “coculpabilidade” (ZAFFARINI; PIERANGELI, 2004, p. 791).

Outra possibilidade de inserção do princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro é mencionada por Moura (2006) no artigo 59 do Código Penal. O doutrinador menciona que o juiz estabelecerá as penas, atendendo as possibilidades sociais oferecidas ao autor do delito.

Entretanto, a opção não apresenta uma eficácia, razão pela qual, caso fosse reconhecido o princípio da coculpabilidade pelo julgador, este não poderia reduzir a pena abaixo do mínimo legal do tipo incriminador, visto que tal benefício, segundo o citado doutrinador, é impossibilitado nesta fase. Para ele, seria necessário a inserção de uma nova alínea do inciso III do artigo 65 do Código Penal, com previsão expressa dessa atenuante genérica o que poderia modificar o entendimento da doutrina e da jurisprudência que vêm se posicionando no sentido de que as atenuantes genéricas não podem diminuir a pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria da pena.

Outra possibilidade trazida por Moura (2006) em relação a inserção da teoria da coculpabilidade seria a necessidade de acrescentar ao artigo 29 do CP, mais um parágrafo, o qual beneficiaria o agente do delito que está sujeito às condições delicadas nas áreas culturais, econômicas, sociais ou em estado de vulnerabilidade, a ter sua pena decrescida de um a dois terços.

Destarte, das três situações impostas por Moura (2006), a última que menciona o acréscimo de um parágrafo do artigo 29 do CP seria a melhor opção, pois estaríamos diante da positivação do princípio da coculpabilidade o que geraria uma eficácia maior da individualização da pena com a possibilidade de redução aquém do mínimo legal.

Tramita no Congresso Nacional desde 2000, o anteprojeto de lei nº 3.473 que propõe uma reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, dentre as propostas de reforma, está a inclusão da teoria da culpabilidade entre as circunstâncias judiciais previstas para a fixação da pena, dispostas no artigo 59, que passaria a ter a seguinte redação:

**Artigo 59** – O juiz atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena.

Pelo que se viu acerca da tese de Moura, a inclusão do princípio da coculpabilidade no artigo 59 do Código penal não seria muito eficaz quando se refere a individualização da pena. No entanto, a proposta de reforma desse artigo, demonstra o interesse do legislador em reconhecer a teoria da coculpabilidade, transformando-a em um instituto apto a corrigir a omissão estatal no tocante aos direitos sociais do cidadão, deixando-o vulnerável socialmente e transformando-o em um potencial agente do crime por total falta de oportunidade.

### 3 A TEORIA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Para a compreensão da teoria em tela é necessário entender sobre importantes conceitos de criminalização primária e secundária. Aquela relacionada a criação de leis que protegem bens jurídicos considerados importantes para a sociedade e essa, relativo aos crimes cometidos por agentes concretos.

#### 3.1 CONCEITO DE CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

O processo de criminalização primária é representado pela elaboração das normas, isto é, pelo momento em que o Estado define quais são os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei. Zaffaroni *et al.* (2011) o define como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 43). Nessa fase de criminalização, não há uma perseguição a sujeitos individualizados pelo poder punitivo.

Já a criminalização secundária remete ao cometimento de crimes e se refere sempre a agentes concretos. Ela se refere à atuação do Estado na identificação, acusação e julgamento daqueles que praticaram um crime, ou seja, trata-se da atuação das instâncias oficiais, entendidas como Polícia, Ministério Público e Judiciário.

Assim, a criminalização secundária corresponde “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização”, correspondidos, como já mencionado, pela “investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 43).

É justamente na criminalização secundária que se vislumbra a seletividade do sistema penal, que ocorre devido a vários aspectos, não só os econômicos, mas também, a falta de estrutura das agências de criminalização em atuarem com efetividade e punir todos os agentes que cometem algum tipo de crime.

Nos dizeres de Zaffaroni *et al.* (2011, p. 43):

Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).

Dessa forma, é possível dizer que, considerando os delitos tipificados na legislação penal, é verdadeira a afirmação de que a maioria das pessoas cometem crimes, mas também é verdade a assertiva que poucas pessoas e poucos crimes são selecionados e capturados pelo sistema penal repressor, haja vista que esse sistema é limitado e as agências de criminalização não dão conta de perseguir todas as condutas incriminadas.

Em relação à incidência e ao cometimento de crimes, sociólogos como Durkheim já diziam que o crime é um fato natural e inerente ao convívio humano, mas que se todos os crimes fossem efetivamente punidos estaríamos definitivamente em um puro estado de polícia.

Na definição de Zaffaroni *et al.* (2011, p. 41):

O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado, por um lado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica e defendido, por outro, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia nele enclausurados.

Assim, o estado de direito, através das agências judiciais, revela sua importância, na medida em que seus agentes, juízes, promotores, advogados e defensores públicos, devem agir no sentido de promover uma redução do poder punitivo estatal e assim, tornar possível a diminuição da seleção criminalizante e,

dessa forma, impulsionar o progresso do Estado Constitucional de Direito, limitando o poder punitivo do direito penal.

Sabe-se que a sociedade, os meios de comunicação e as agências estatais de criminalização formam no senso comum verdadeiros estereótipos criminais, na sua maioria ligados aos crimes contra o patrimônio, podendo esse estereótipo ser comprovado por uma breve análise da população carcerária brasileira, que em geral, são jovens negros, pobres, de baixa escolaridade e moradores da periferia.

Há de se dizer, que a teoria em análise não se aplica apenas aos casos de criminalização de estereótipos, pois é possível que a seleção do agente criminalizado ocorra, também em sujeitos não estereotipados.

Necessário mencionar o livre-arbítrio e a autodeterminação do agente que comete delitos e destacar que, apesar de não serem verificáveis o determinismo, a autodeterminação e o livre-arbítrio, quando atuamos socialmente, nos comportamos como autodeterminados e é verificável que cada pessoa nas diferentes circunstâncias do dia a dia dispõe somente de certo catálogo de possíveis condutas a praticar. Logo, não há de fato um livre-arbítrio, mas apenas há uma liberdade restrita de escolha dentro de um espectro limitado de possíveis condutas diante dos fatos que se apresentam cotidianamente.

Assim, afirma Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 12) que:

A culpabilidade penal no estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade.

Esse dado real da seletividade é justamente a vulnerabilidade do agente.

### 3.2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ESTADO E SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Acerca da seletividade do sistema penal pela vulnerabilidade do agente, torna-se necessário diferenciar os conceitos de estado de vulnerabilidade e de situação de vulnerabilidade.

Sobre o estado de vulnerabilidade, pode-se compreender que se trata de um dado genérico sobre o sujeito, com base nas suas condições concretas de vida, levando em conta aspectos sociais, de renda, de poder, de moradia, de trabalho, de

instrução formal, etc. Tal conceito, a princípio, não criminaliza ninguém, pois esse estado permanece vivo enquanto não se manifesta o crime. Dessa forma, pode-se concluir, com exatidão, que o estado de vulnerabilidade não determina o crime.

Já a situação de vulnerabilidade em relação ao poder criminalizante é um conceito aferido no caso concreto, é específico e varia conforme as circunstâncias. Em outras palavras, é a situação concreta de vulnerabilidade proporcionada pelo ilícito que possibilita a seleção criminalizante. É, portanto, a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição do agente pelas agências de repressão. A grosso modo, é o risco de ser preso pelo crime que cometeu.

A teoria da seletividade pela vulnerabilidade, faz essa distinção para concluir que a culpabilidade pelo fato deve ser aferida e limitada pelo esforço que o agente fez no caso concreto para atingir uma situação de vulnerabilidade criminalizante.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 13) ensina que:

Não se pode reprovar a ninguém seu estado de vulnerabilidade. Só é possível reprovar o esforço pessoal realizado para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o poder punitivo se concretiza. O esforço pode ser de diferentes magnitudes: a) São excepcionais os casos de quem parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo e faz um esforço extraordinário até alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Não sempre, mas em muitas oportunidades, os esforços obedecem a perda de cobertura precedidas por lutas de poder. (b) Também são menos frequentes os casos de pessoas que, por partir de um estado alto, custar-lhes-ia pouco alcançar a situação de vulnerabilidade, mas mesmo assim realizam um esforço muito alto para atingi-la. Em geral, tais casos tratam-se de fatos que estão perto da patologia e constituem aberrações. (c) A maioria dos criminalizados não leva a cabo importantes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade; partindo de um estado elevado, é preciso um esforço insignificante para que seja concretizada a periculosidade do poder punitivo. É muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.

São excepcionais os casos de quem parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo e faz um esforço extraordinário até alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Não sempre, mas em muitas oportunidades, os esforços obedecem a perda de cobertura precedidas por lutas de poder. Também são menos frequentes os casos de pessoas que, por partir de um estado alto, custar-lhes-ia pouco alcançar a situação de vulnerabilidade, mas mesmo assim realizam um esforço muito alto para atingi-la. Em geral, tais casos tratam-se de fatos que estão perto da patologia e constituem aberrações.

A maioria dos criminalizados não leva a cabo importantes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, partindo de um estado elevado, é preciso um esforço insignificante para que seja concretizada a periculosidade do poder punitivo. É muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.

Acerca disso, pode-se mencionar diferentes situações que envolvem o crime do tráfico de drogas, que a depender das circunstâncias, o agente pode ter a culpabilidade pela vulnerabilidade totalmente distinta.

Caso um jovem de classe média alta, ande pelas ruas com uma pequena quantidade de droga no bolso. Agora imagine um outro jovem pobre, que mora na rua, por exemplo, andando com a mesma quantidade de droga no bolso. a chance de a droga ser descoberta e haver a incriminação é bastante alta. Qual a chance de a droga ser encontrada pela polícia em uma revista, e qual dos dois jovens teria mais chance efetiva de ser criminalizado?

Mudando o exemplo para o porte de arma, podemos dizer que uma pessoa rica e bem-vestida que porta um revólver calibre 38 na cintura tem chances mínimas de ser revistada e criminalizada se comparada a um maltrapilho que porta a mesma arma. Certamente, para que o rico e bem-vestido tenha a mesma chance de ser incriminado, este deverá fazer um esforço significativo para isso, como por exemplo portando uma arma maior ou deixando à vista a arma que traz consigo.

É esse esforço criminalizante que deve ser analisado para, considerando o insignificante esforço que especialmente os estereotipados realizam para serem incriminados, reduzir a medida de sua culpabilidade. Porém, nem sempre a culpabilidade do estereotipado será menor, pois caso este, em que pese a desnecessidade de um grande esforço, realize esse esforço criminalizante elevado, não será merecedor de redução da culpabilidade pela vulnerabilidade. No exemplo do porte de arma, se o maltrapilho anda com a arma à vista de todos, não merecerá redução da culpabilidade em razão de seu maior esforço.

Zaffaroni (2004) constata que “há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são

tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (obra tosca) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal”. Há de se destacar, outrossim, que não são apenas as classes menos favorecidas que praticam crimes e isso há muito foi desmistificado por Sutherland em seu estudo sobre os crimes de colarinho branco, o que resultou na Teoria da Associação Diferencial.

Ocorre que as agências de criminalização secundária sempre se voltam para as condutas mais grosseiras e facilmente perceptíveis, especialmente quando realizadas por sujeitos estereotipados.

Nos países subdesenvolvidos, como é o caso da América Latina, em que se enquadra o Brasil, devido à crescente desigualdade social, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora só sejam criminalizados uns poucos. Dessa forma, pode-se resumir que a seleção criminalizante dá-se geralmente em detrimento dos seguintes tipos de pessoas: ou o agente selecionado é alguém estereotipado que comete crime tosco ou é alguém fora do estereótipo que comete crime muito aberrante, extravagante ou, ainda, é alguém que perdeu uma disputa de poder, como é o caso dos crimes de colarinho branco.

Nas lições de Zaffaroni *et al.* (2011, p. 49):

“O sistema penal opera, pois, em forma de filtro para acabar selecionando tais pessoas. Cada uma delas se acha em um certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal: o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor. No entanto, ninguém é atingido pelo poder punitivo por causa desse estado, mas sim pela situação de vulnerabilidade, que é a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipos, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadra em um estereótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo. Daí o fato de que, em tais casos pouco frequentes, seja adequado referir-se a uma criminalização por comportamento grotesco ou trágico. Os raríssimos casos de falta de cobertura servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (*self made man*), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode se apresentar como igualitário”.

Na hipótese de um funcionário qualquer da base de uma empresa estatal, um agente administrativo, por exemplo, que venha subtrair da empresa uma impressora que custa 800 (oitocentos) reais, como se trata de uma pessoa mais vulnerável, facilmente será incriminada, até pelo aparato de vigilância e de segurança que ele se submete. De outra banda, se um diretor da mesma empresa, indicado pelo governo, desviar o valor da impressora em seu próprio proveito, seria quase impossível incriminá-lo, já que a própria investigação da sua conduta estaria dependente de muitos outros fatores, como o interesse pelo poder de alguém, a vontade de tirar a pessoa comissionada do cargo que ocupa e/ou a delação de alguém que conhece o esquema criminoso. Nessa comparação, a culpabilidade do agente administrativo deve ser considerada menor do que a culpabilidade do diretor, pois aquele fez um esforço mínimo para ser criminalizado, já este fez um esforço estratosférico para que sua conduta fosse percebida e punida. Ademais, a lesão ao bem jurídico é incomparável entre os casos. (ALMEIDA, 2016)

No entanto, vale lembrar que pela teoria da culpabilidade por vulnerabilidade a punição do diretor não seria agravada dentro dessa comparação, este responderia na medida da culpabilidade do fato. Mas para a aferição da punição do primeiro exemplo, a teoria prega que a culpabilidade do fato seja atenuada pela culpabilidade pela vulnerabilidade, haja vista o mínimo esforço do agente para se colocar em situação de vulnerabilidade criminalizante.

Em suma, a teoria serve apenas para atenuar a culpabilidade do fato, nunca para agravá-la, pois é defeso em matéria penal agravamento não prevista em lei ao contrário da atenuação prevista do artigo 66 do Código Penal.

Por fim, cumpre observar, em relação ao fenômeno criminológico, que a vitimização também é seletiva. Na medida em que as agências executivas protegem mais as classes abastadas e os locais de maior renda, a população pobre e da periferia sofre maior vitimização.

Isto posto, sobre a teoria da culpabilidade, Brodt (2010, p. 130) conclui que:

Em relação à culpabilidade, Zaffaroni fundamenta-a no esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. O que, se não nega propriamente a teoria normativa pura da culpabilidade, apresenta, em relação a mesma, importantes particularidades.

Desse modo, a culpabilidade pela vulnerabilidade somente pode reduzir a culpabilidade pelo ato, sendo este seu limite, haja vista que, mesmo que haja um enorme esforço do agente de baixo estado de vulnerabilidade para se colocar em uma situação de vulnerabilidade concreta, a culpabilidade do agente estará limitada pela culpabilidade do fato. Assim, a culpabilidade por vulnerabilidade cumpre apenas um papel redutor do aqodado poder punitivo.

### 3.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE E A REALIDADE BRASILEIRA

No Brasil, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade não teve até então a reverberação merecida. A doutrina nacional pouco comenta sobre o assunto e às vezes ainda o confunde com a coculpabilidade.

Os tribunais pátrios em geral também não aplicam a teoria. Em que pese esse cenário de aparente rejeição, a referida a teoria deveria ser largamente aplicada no Brasil e qual seu cabimento dentro da legislação penal brasileira.

No Brasil, muito embora haja centenas de crimes tipificados em lei, prende-se na maioria das vezes por basicamente 7 deles: tráfico de drogas, roubo, furto, homicídio, porte ilegal de arma, receptação e estupro. Não é demais reforçar que, como fora dito, apesar de a maioria das pessoas cometem crimes, apenas uma ínfima parte é criminalizada e punida. A seletividade é patente no sistema penal, especialmente em detrimento das pessoas marginalizadas que cometem esses tipos penais mais rudes.

Com isso não se quer dizer que esses crimes sejam os mais importantes, nem tampouco que as pessoas presas sejam as mais prejudiciais para a sociedade. Muito pelo contrário, os crimes com maior repercussão na qualidade de vida de toda a população são raramente investigados e punidos (crimes contra a ordem tributária, crimes de corrupção, etc.), pois seus autores muitas vezes têm alto poder econômico e político e, portanto, ostentam um baixíssimo estado de vulnerabilidade.

Outrossim, voltando ao dado da seletividade criminalizante, a vulnerabilidade é ainda maior para aqueles que já foram “fichados”, seja porque são reincidentes, seja porque apenas foram investigados, indiciados ou processados criminalmente.

No que tange à possibilidade legal de aplicação da teoria, esta encontra guarida em dois dispositivos do Código Penal (arts. 59, caput, e 66), que versam

respectivamente sobre a primeira e a segunda fase da dosimetria pena. Vejamos o primeiro dispositivo:

**Art. 59** – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Na primeira fase da dosimetria da pena, mediante a análise das chamadas “circunstâncias judiciais” para a fixação da pena-base, a lei é clara ao determinar que o juiz deve considerar a culpabilidade do agente em razão do fato por ele cometido, conforme seja necessário, em um claro juízo de reprovação, que deve aferir, dentre outros aspectos, a culpabilidade do agente pela vulnerabilidade analisada no momento do delito. Portanto, deve ser considerado o (maior ou menor) esforço do agente para se colocar numa situação concreta de vulnerabilidade, consoante o método já tergiversado acima. Agora vejamos o segundo dispositivo: “**Art. 66** – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Na segunda fase da dosimetria, em que se verifica a existência de circunstâncias atenuantes, deve-se analisar o estado de vulnerabilidade do agente, que, caso seja consideravelmente alto, resta salutar aplicar a atenuante genérica do art. 66 a partir da constatação de ter havido um mínimo esforço do réu para cometer o crime, ser percebido e punido.

Na legislação extravagante, interessante previsão é encontrada na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que em seu art. 14 traz uma atenuante compatível com a ideia da vulnerabilidade do agente. “**Art. 14.** São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente”.

Portanto, vê-se que, em matéria de crime ambiental, essa vulnerabilidade deve ser expressamente considerada a fim de dosar a pena de uma maneira mais justa e consentânea com a culpabilidade pela vulnerabilidade do agente.

## **4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA COCULPABILIDADE E DA SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

A partir da análise e compreensão do que envolve as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade e suas aplicações no direito penal brasileiro, torna-se necessário verificar a incidências como tese adotada pelas defesas e de que forma é recebida nas jurisprudências dos Tribunais Pátrios.

### **4.1 A INCIDÊNCIA DAS TEORIAS NAS TESES DE DEFESAS E SUA RECEPTIVIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS**

O desenvolvimento de tais teorias vem aumentando, tal fato torna-se possível verificar em diversas obras, trabalhos de pesquisa e artigos científicos que tratam desses temas. Da mesma forma, observa-se que tais argumentos vêm sendo bastante utilizados nas defesas dos acusados, tanto por advogados, como por defensores públicos, que trazem em suas alegações, o pleito de se considerar a mea-culpa do estado, por sua negligência na promoção de políticas públicas que acaba contribuindo para a prática de delitos penais.

No entanto, verificando diversos julgados dos Tribunais de Justiça brasileiro, especialmente, os dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Paraíba e Minas Gerais, observou-se que seus magistrados, não consideram em suas sentenças, a aplicação das referidas teorias, seja por falta respaldo jurídico, seja pela impossibilidade de justificar a delinquência com base nas desigualdades sociais e no estado de pobreza do agente.

#### **4.1.1 A incidência das teorias em análise no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

Pesquisando artigos e obras que tratam do tema, verificou-se a citação em um trabalho acadêmico apresentado pela autora Vivian Kelly Berto do curso de Direito da UniCesuma – Centro Universitário de Maringá – PR, em que ela aponta o registro da primeira vez que a teoria da coculpabilidade foi aplicada no Brasil.

Segundo a autora, o fato aconteceu no ano em 2001 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, que “de forma

inédita, diminuiu a pena do agente criminoso em razão de suas condições socioeconômicas, assumindo parcelas da responsabilidade do Estado” (BERTO, p. 18).

A autora indicou que o desembargador destacou na decisão proferida: “*se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma sua parcela da responsabilidade*” (CARVALHO, 2001, p. 75) e trouxe como comprovação do fato, a ementa do acórdão, disposta abaixo:

**Ementa:** ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. COCULPABILIDADE. SE A GRAVE AMEAÇA EMERGE UNICAMENTE EM RAZÃO DA SUPERIORIDADE NUMÉRICA DE AGENTES, NÃO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE BIS IN IDEM - INEPTA E A INICIAL DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 2.252/54) QUE NÃO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NÃO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. - O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBÉM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADÃO RÉU. - RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUIZA SENTENCIANTE. (16FLS.) (Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001.

Embora demonstrado pelo artigo acadêmico mencionado, que o princípio da coculpabilidade já fora utilizado em um dos julgados do TJ/RS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebe-se que tal entendimento não foi acompanhado pelos demais julgamentos daquele órgão julgador. Podendo ser verificado em alguns deles:

**Ementa:** AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NA FORMA MONOCRÁTICA. AUSENTE PREJUÍZO. Tratando-se de recurso manifestamente improcedente, acrescida à existência de precedentes jurisprudenciais acerca da matéria, autorizado estava o Relator a proceder ao julgamento singular. Ademais, o recurso está sendo levado a julgamento pelo órgão colegiado, afastando qualquer prejuízo que se possa cogitar. Aplicação do art. 206, XXXVI, do RITJRS, combinado com o art. 932, VIII, do CPC. Precedentes do TJRS. AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRAACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, NA FORMA DO ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO MANTIDA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA OU INOMINADA DA **COCULPABILIDADE** DO ESTADO. ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INAPLICABILIDADE. Eventuais desigualdades sociais e econômicas não podem servir como autorização à prática delitiva, sob pena de se prestigiar a impunidade, não se mostrando razoável a aplicação da teoria da **coculpabilidade** do Estado, seja para justificar a absolvição do adolescente seja para influenciar na definição da medida socioeducativa a ser aplicada. A

atenuante genérica ou inominada, instituto de Direito Penal, não se aplica à medida socioeducativa, disciplinada especificamente pelos preceitos do microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, levando-se em conta a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, a teor de seu art. 112, § 1º. Precedentes do TJRS. PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia. Agravo interno desprovido. (Apelação Cível, Nº 50495724020218210001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 31-08-2022)

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. 1. TRÁFICO DE DROGAS. SOLUÇÃO CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO..5. ATENUANTE DA **COCULPABILIDADE**. ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL. NÃO RECONHECIMENTO. Inaplicável a causa de redução, uma vez que não restou demonstrada qualquer circunstância relevante a ponto de ensejar alteração na reprimenda aplicada. Prática de conduta criminosa que não pode ter sua culpabilidade compartilhada em razão de desigualdades sociais, na medida em que a criminalidade alcança todos os níveis sociais, não sendo necessariamente relacionada à situação econômica do acusado. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO (APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 50310261320218210008, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 22-08-2022)

**Ementa:** APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL GRAVE. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO E REDUÇÃO DAS PENAS. inviável o acolhimento do pleito defensivo de aplicação da atenuante genérica descrita no art. 66 do Código Penal, fulcrado no princípio da **coculpabilidade**. A jurisprudência desta e. Corte não corrobora a conclusão de reprovabilidade mínima da conduta dos imputados a partir da afirmação de **coculpabilidade** do Estado e da sociedade. 14. Pré-questionadas as matérias ventiladas. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO DO RECURSO IMPROVIDO (APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 50020273820178210025, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 25-07-2022).

Verifica-se que as refutações dos magistrados à aplicação da teoria em análise, torna-se inviável, tanto pelo fato do TJ/RS não corroborar com a conclusão da reprovabilidade mínima da conduta dos acusados a partir da alegação da coculpabilidade, como também por entenderem que eventuais desigualdades sociais e econômicas não podem servir como autorização à prática delitiva, sob pena de se prestigiar a impunidade e a conduta criminosa que não pode ter sua culpabilidade compartilhada em razão de desigualdades sociais, na medida em que a criminalidade alcança todos os níveis sociais, não sendo necessariamente relacionada à situação econômica de um acusado singular.

#### 4.1.2 A incidência do tema no Tribunal de Justiça paulista

O segundo Tribunal de Justiça pesquisado foi o do Estado de São Paulo – TJ/SP, que segue o mesmo entendimento do Tribunal anterior, pela não aplicação da culpa compartilhada pelo Estado.

**Ementa:** FURTO MAJORADO (REPOUSO NOTURNO) E RECEPÇÃO SIMPLES. Recursos defensivos. CP, art. 155, § 1º (ANDRIEL). Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. CP, art. 180, CAPUT (MATEUS). Improcedência. Impertinência. Acervo escoreito. Dolo evidenciado, derruindo a tese desclassificatória para a forma culposa. "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA". Inaplicabilidade. DOSIMETRIA. Penas e regime preservados. Impertinente a atenuação da sanção pela chamada "Teoria da **coculpabilidade** do Estado". Não preenchimento dos requisitos para reconhecimento do privilégio ou concessão das benesses do CP, arts. 44 e 77. DESPROVIMENTO (Apelação Criminal, Nº 1500635-2019.8.26.0452, Sexta Câmara de direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Eduardo Abdalla, Julgado em: 29/07/2022)

**Ementa:** Furto qualificado – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Qualificadora da destreza comprovada pela robusta prova oral acusatória – Condenação mantida. Dosimetria – Redução da reprimenda – Exasperação da pena-base com esteio em processos não aptos para tanto – Reprimenda reduzida ao piso legal – Recurso parcialmente provido. Afastamento da circunstância agravante de ter o crime praticado em ocasião de calamidade pública – Ausência de comprovação de que o acusado se prevaleceu das fragilidades causadas pela pandemia – Recurso parcialmente provido para este fim, sem reflexo na pena. Pleito pelo reconhecimento da circunstância atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal – Inadmissão da Teoria da coculpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Regime aberto – Reincidência – Regime semiaberto mantido – Inteligência da Súmula 269 do E. Superior Tribunal de Justiça. (Apelação Criminal, Nº 0157134-67.2021.8.26.0228, Sétima Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Klaus Marouelli Arroyo, Julgado em: 08/06/2022)

**Ementa:** Apelação da Defesa – Furto – Réu preso em flagrante em poder dos itens subtraídos – Confissão do acusado em ambas as fases da investigação – Causa excludente de ilicitude – Presunção de imputabilidade – Não instauração de incidente de insanidade mental, sequer pleiteado por qualquer das partes – O mero consumo de drogas, ainda que prolongado, não implica em afastamento da imputabilidade penal – **Coculpabilidade** – Teoria não adotada pela jurisprudência das Cortes Superiores – Não demonstrada a inércia do Estado que contribuisse com a prática criminosa – Pena fixada em seu patamar mínimo – Confissão espontânea reconhecida, mas sem reflexo na pena – Inteligência da Súmula 231 do STJ – Regime aberto e pena restritiva de direitos mantidos – Impossibilidade de afastamento da prestação pecuniária – Ao condenado criminalmente não é dado escolher a pena que deseja cumprir – Eventual pena de prestação de serviços à comunidade seria mais gravosa ao acusado – Recurso de apelação desprovido. (Apelação Criminal, Nº 1500014.86.2019.8.26.0417, Nona Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Cesar Augusto Andrade de Castro, Julgado em: 29/04/2022).

Dentre as jurisprudências pesquisadas no TJ/SP, destaca-se a seguinte, especialmente por trazer uma tese da defensoria pública do Estado, que atuou no caso e requereu, em síntese, o reconhecimento da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal, na vertente da coculpabilidade da sociedade e da culpa decorrente do estado de calamidade pública advinda da incidência da pandemia da COVID-19.

A defensora do caso aduziu que o acusado ficou desempregado por causa da pandemia e, pelo fato de seu filho necessitar de medicamento (Carbamazepina), teria sido “forçado” a “recorrer novamente para a vida do crime” como forma de sustento. Tendo indagado os julgadores da seguinte forma: *“A fome e falta de remédio de um filho, mediante a pobreza e desemprego de um pai de família, através da maior pandemia da nossa história, não deveria ser considerada como uma “circunstância relevante”? E caso não o seja, qual o motivo então da existência do artigo 66 do Código Penal?”* (Apelação Criminal nº 1500762-05.2021.8.26.0616 – p. 6)

Em resposta ao pleito apelatório, o relator do processo Heitor Donizete De Oliveira da 12ª Câmara de Direito Criminal, foi enfático no seu posicionamento e disse que “aceitar a tese de que a sociedade e o Estado teriam sua parcela de culpa, por não ter fornecido condições e oportunidades, à parcela da população que vive sob o estado de penúria e, por isso, teria sido forçada a praticar crimes para obter os bens da vida que necessitam, seria o mesmo que fornecer um “bill de indenidade” à esta mesma parcela da população, transformando a vida em sociedade em um verdadeiro caos, dado que o Estado juiz estaria fomentando, de forma oblíqua, a criminalidade” (APELAÇÃO CRIMINAL nº 1500762-05.2021.8.26.0616 – p. 6).

**Ementa:** Apelação criminal - Tráfico ilícito de drogas – Recurso da defesa - Autoria e materialidade demonstradas – Conjunto probatório satisfatório – Réu confessou a prática da vil mercancia – Recurso se limita a pedir o reconhecimento da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal, na vertente da **coculpabilidade** (da sociedade ou por culpa da pandemia da COVID-19) – Pedido não acolhido - Réu reincidente, havendo outras saídas para minimizar o estado de penúria – Pena-base reconduzida ao mínimo legal - Inviabilidade de se aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 e da substituição prevista no artigo 44 do Código Penal – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 1500762-05.2021.8.26.0616, Décima segunda Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Heitor Donizete De Oliveira, Julgado em: 25/04/2022).

Embora toda argumentação da defesa, voltada pela compreensão do estado de necessidade do agente criminoso, percebeu-se que o juiz-julgador do caso seguiu

a tendência dos demais julgados em não acatar as teorias em análise como meio de defesa e de atenuante da pena dos cometedores de crimes.

#### 4.1.3 A verificação das teorias em estudo no Tribunal de Justiça da Paraíba.

Na esteira dos tribunais anteriores segue o entendimento dos desembargadores no Tribunal de Justiça da Paraíba – TJ/PB.

Verifica-se que a referida teoria é rechaçada pelos julgadores que apontam como fundamento, para a não aplicação, a falta de comprovação, por parte do interessado, como a não vinculação da condição de pobreza na prática dos delitos.

**APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES.** Art. 157, caput, do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Prisão em flagrante na posse da res furtivae. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Pretendida a desclassificação do crime de roubo. Inviabilidade. Situação concreta que denota intimidação suficiente a caracterizar a infração. Impossibilidade de fracionar a conduta em dois crimes isolados. Pena-base aplicada no mínimo legal. Agravante relativa à condição de idoso da vítima. Possibilidade de comprovação através da qualificação perante a Autoridade Policial e demais elementos colhidos. Pedido de aplicação das atenuantes previstas no art. 65, III, “a” e art. 66, ambos do Código Penal. **Coculpabilidade estatal e miserabilidade da ré. Teoria não acolhida pela jurisprudência pátria. Impossibilidade de justificar a delinquência com base nas desigualdades sociais e no estado de pobreza do agente.** Regime inicial semiaberto. Consonância com o art. 33, § 2º, b, do CP. Recurso desprovido. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001398-95.2014.815.0131 – 2ª Vara da Comarca de Cajazeiras Câmara Especializada Criminal - RELATOR: Des. Arnóbio Alves Teodósio, julgado em 19/12/2019) grifo do autor.

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. APELO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. FINALIDADE. MERCÂNCIA POR TERCEIRO. CONDENAÇÃO IMPERIOSA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MÁ AVALIAÇÃO. REFORMA. ATENUANTE INOMINADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.** Tendo o réu confessado ter aceito proposta para transporte de material entorpecente entre estados da federação, não há como se proceder sua absolvição ou mesmo a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06. **Não é de se acolher a teoria da coculpabilidade como agravante genérica inominada, tendo em vista que a sociedade e o Estado não podem ser responsabilizados pela conduta ilícita deliberadamente praticada pelo agente, que, podendo optar pelo caminho da retidão de caráter, segue pela tortuosa vereda da criminalidade, não sendo crível e tampouco aceitável a ideia de que a sociedade e o Estado contribuem para que o agente escolha a marginalidade como modo de vida.** (Apelação Criminal n. 0001319-93.2017.815.0331 - 5ª Vara da comarca de Santa Rita – Câmara Especializada Criminal RELATOR: Des. João Benedito da Silva, julgado em 22/08/2019) grifo do autor

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.** Artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. 2 Nulidade processual. Inobservância ao rito especial da Lei de Drogas. Inocorrência. Prejuízo não demonstrado. Absolvição com base no in dubio pro reo (insuficiência probatória). Pleito inalcançável. Materialidade e autoria delitivas consubstanciadas. Reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP. Impossibilidade. Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Inaplicabilidade ao caso. Réu reincidente. Recurso desprovido. – No caso sub examine, o apelante não comprovou a nulidade arguida, nem demonstrou qualquer prejuízo à defesa, condição sine qua non à declaração de qualquer nulidade processual, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF. Ademais, a suposta mácula não foi alegada no momento oportuno, restando, portanto, preclusa. – A consumação do crime de tráfico se dá quando o agente comete ao menos uma das dezoito práticas elencadas no art. 33, caput, da Lei de Drogas, não sendo necessário que seja flagrado efetivamente vendendo os entorpecentes, bem como inexigível prova da mercancia. – Demonstradas a materialidade e a autoria em relação à prática do crime de tráfico de drogas, a manutenção da condenação do réu é medida que se impõe. – As situações que podem ser consideradas como atenuantes genéricas do artigo 66 do Código Penal, são àquelas excepcionais que revelam a necessidade de minoração da pena em face da conduta do réu, fato que não ocorre, pois, **a conduta criminosa adotada pelo apelante não pode ser atribuída, com exclusividade, a nenhuma causa social, desautorizando-se o reconhecimento da teoria da coculpabilidade do Estado.** – Comprovada a reincidência do réu, não há como ser reconhecida em favor dele a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000207-60.2015.8015.0331– 5ª Vara da Comarca de Cajazeiras Câmara Especializada Criminal - RELATOR: Des. Arnóbio Alves Teodósio, julgado em 22/08/2019) grifo do autor.

Os fundamentos se repetem em dizer que a teoria da coculpabilidade não possui respaldo na jurisprudência pátria e que a conduta adotada pelos acusados não pode ser atribuída com exclusividade às causas sociais. Isso porque, para os julgadores, a eventual pobreza ou desigualdade social não pode servir de justificativa para o cometimento de delitos, sob pena de desvirtuar a previsão contida no art. 65, III, “a” e no art. 66, ambos do CP.

As jurisprudências acima mencionadas representam apenas um pequeno recorte do entendimento dos tribunais sobre a incidência ou não da teoria da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade nas decisões proferidas dos relatores. No entanto, muitas outras poderiam ser citadas tendo em vista que foi realizada várias consultas em relação a suas aplicações, porém em todas elas o resultado foi sempre o mesmo, pelo não provimento.

#### 4.2 A ANÁLISE EMPÍRICA-QUANTITATIVA DAS DECISÕES DA JUSTIÇA MINEIRA, EM RELAÇÃO A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA SELETIVIDADE PELA VULNERABILIDADE

Um estudo empírico-quantitativo realizada pela pesquisadora Milenny Lee Cabral Marins (2022), do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – MG que teve como tema “A teoria da coculpabilidade na Justiça Estadual Mineira”, publicada na Revista Acadêmica do curso de Graduação em Direito da UFSC, após analisar 98 sentenças penais condenatórias e 137 acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ/MG, entre os anos de 2016 a 2018, constatou que a coculpabilidade não foi reconhecida em nenhuma das 235 decisões da justiça mineira, as quais foram examinadas por ela.

A autora elaborou um banco estatístico com os dados objetivos, com as características do acusado e das categorias argumentativas da defesa e dos magistrados. Tais informações são de muita importância quando verificamos que os dados coletados por ela, representam na sua maioria, uma incidência das condições de vulnerabilidade social, alegadas pelas defesas.

No tocante as características do acusado, a pesquisa apurou que na Primeira Instância 92,85% dos investigados são do sexo masculino e 8,41% são do sexo feminino e na Segunda Instância foi apontado que 95,62% são do sexo masculino contra 7,14 do sexo feminino, demonstrados nas adaptadas tabelas a seguir.

**Tabela 1 – Sexo dos acusados na Primeira Instância**

<b>Sexo dos acusados</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Masculino	91	93%
Feminino	7	7%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

**Fonte:** Adaptada de Marins (2022, p. 163).

**Tabela 2 – Sexo dos acusados na Segunda Instância**

<b>Sexo dos acusados</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Masculino	131	96%
Feminino	6	4%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

**Fonte:** Adaptada de Marins (2022, p. 163).

O levantamento apontou os tipos penais de maiores incidências e destacou os crimes patrimoniais como os que mais aparecem na coleta de dados (Tabela 3).

**Tabela 3 – Tipos Penais na Primeira Instância**

<b>Tipos penais</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
art. 155, §4º, do Código Penal	20	20%
art. 155, caput, do Código Penal	19	19%
art. 157, §2º, do Código Penal	17	17%
art. 33 da Lei 11.343/2006	9	9%
art. 157, caput, do Código Penal	7	7%
art. 147, caput, do Código Penal	6	6%
art. 163, p.úm., III, do Código Penal	4	4%
art. 157. §3. II. do Código Penal	2	2%
art. 21 do Decreto-Lei nº 3688/41	2	2%
art. 129. §9, do Código Penal	1	1%
art. 121. §2º, do Código Penal	1	1%
art. 129, caput, do Código Penal	1	1%
art. 14. caput, da Lei nº 10.826/03	1	1%
art. 140, 3º, do Código Penal	1	1%
art. 171. caput, do Código Penal	1	1%
art. 180, caput, do Código Penal	1	1%
art. 184 §1º, do Código Penal	1	1%
art. 304, caput, do Código Penal	1	1%
art. 309 da Lei 9.503/97	1	1%
art. 312, §1º, Código Penal	1	1%
art. 50 do Decreto-Lei nº 3688/41	1	1%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 165-166).

**Tabela 4 – Tipos Penais na Segunda Instância**

<b>Tipos penais</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
art. 157, §2º, do Código Penal	39	28%
art. 155, §4º, do Código Penal	30	22%
art. 33 da Lei 11.343/2006	15	11%
art. 155, caput, do Código Penal	14	10%
art. 157, caput, do Código Penal	13	9%
art. 157, §1º, do Código Penal	3	2%
art. 121, §2º, do Código Penal	6	4%
art. 155, §1º, do Código penal	3	2%
art. 157, §1º, do Código Penal	3	2%
art. 121, caput, do Código Penal	1	1%
art. 129, §1º, do Código Penal	1	1%
art. 129, §9º, do Código Penal	1	1%
art. 14. da Lei 10.826/2003	1	1%
art. 146, do Código Penal	1	1%
art. 148. §1, do Código Penal	1	1%
art. 171, do Código Penal	1	1%
art. 180, do Código Penal	1	1%
art. 184. §2º, do Código Penal	1	1%
art. 217-A. caput, do Código Penal	1	1%
art. 302, caput, da Lei 9.503/1997	1	1%
art. 304. do Código Penal	1	1%
art. 306, caput. da Lei 9.503/1997	1	1%
art. 35 da Lei 11.343/2006	1	1%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 166).

A reincidência também foi objeto de análise do estudo ora exposto. Ainda foi considerada por Marins (2022) a reincidência legal que representa a agravante de pena, cujo prazo compreende 5 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Foi contatado que na Primeira Instância, das 98 decisões judiciais, 59,18% eram acusados reincidentes e na Segunda Instância, das 137 Apelações por ela verificada, 51% eram réus reincidentes (Tabela 5 e 6).

**Tabela 5 – Reincidência legal na Primeira Instância**

<b>Reincidência legal</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Acusado reincidente	58	59%
Acusado não reincidente	40	41%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 164).

**Tabela 6 – Reincidência legal na Segunda Instância**

<b>Reincidência legal</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Acusado reincidente	71	52%
Acusado não reincidente	66	48%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 164).

Em relação ao patrocínio da defesa dos acusados, o levantamento apurou ainda que na Primeira Instância 85,84% dos casos tiveram a atuação de defensores públicos e 80,29% na Segunda Instância (Tabelas 7 e 8).

**Tabela 7 – Representantes em Primeira Instância**

<b>Representante</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Defensoria Pública	85	87%
Advogado	11	11%
Não encontrado	2	2%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 158).

**Tabela 8 – Representantes em Segunda Instância**

<b>Representante</b>	<b>Acórdãos</b>	<b>Percentual</b>
Defensoria Pública	110	81%
Advogado	20	14%
Não encontrado	7	5%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 159).

Os dados coletados demonstram que na maioria dos processos pesquisados, a defesa foi patrocinada pela defensoria pública, que trabalha com comunidades socialmente vulneráveis, aliada a essa condição social dos acusados é perceptível a afinidade ao argumento da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade.

Essa argumentação é bastante elencada ao dever negligenciado do Estado de proteção da juventude, sobretudo nas comunidades carentes e em decorrência da omissão estatal, a linha de defesa aponta que não é coerente requerer a completa exigibilidade da conduta diversa do acusado, e, por isso, seria necessária a atenuação da pena de exclusão de ilicitude (MARINS, 2022, p. 168).

As Tabelas 9 e 10 ilustram os argumentos principais das defesas.

**Tabela 9 – Argumentos principais das defesas – Primeira Instância**

<b>Argumentos principais das defesas</b>	<b>Sentenças</b>	<b>Percentual</b>
Argumento não apresentado no relatório	65	67%
Dependência química	16	16%
Marginalização social	10	10%
Estado de necessidade	3	3%
Falha do Estado	2	2%
Inexigibilidade da conduta diversa do acusado	1	1%
Vulnerabilidade do acusado	1	1%
<b>Total</b>	<b>98</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 169).

**Tabela 10 – Argumentos principais das defesas – Segunda Instância**

<b>Argumentos principais das defesas</b>	<b>Acórdãos</b>	<b>Percentual</b>
Argumento não apresentado no relatório	110	80%
Dependência química	10	7%
Vulnerabilidade do agente	8	6%
Indiferença estatal	3	2%
Exclusão social	2	1%
Estado de necessidade	1	1%
Coculpabilidade às avessas	1	1%
Omissão estatal	1	1%
O acusado vive em condições precárias	1	1%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

Fonte: Adaptada de Marins (2022, p. 169).

Já os magistrados e desembargadores que atuam na justiça mineira, quando instigados a se manifestarem sobre a aplicação da teoria da coculpabilidade e vulnerabilidade do agente foram unânimes, segundo os dados da pesquisa, pela não aplicação (Tabelas 11 e 12).

**Tabela 11 – Argumentos principais dos juízes singulares**

<b>Argumentos dos juízes singulares</b>	<b>Acórdãos</b>	<b>Percentual</b>
Sem respaldo jurídico	37	80%
Não se aplica como atenuante do art. 66 do CP	12	7%
A conduta típica do réu não tem nenhuma causa social	12	6%
O juiz não discorreu sobre a coculpabilidade	10	2%
Sem provas que justifique	10	1%
Estímulo a práticas típicas	7	1%
A vulnerabilidade social não justifica a conduta típica	5	1%
As oportunidades são iguais independente de classe social	4	1%
Fere o princípio da igualdade	1	1%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

**Fonte:** Adaptada de Marins (2022, p. 170).

**Tabela 12 – Argumentos principais dos desembargadores**

<b>Argumentos dos desembargadores</b>	<b>Acórdãos</b>	<b>Percentual</b>
A miserabilidade não justifica a delinquência	45	30%
A conduta típica do réu não tem causa social	28	18%
Estímulo a práticas típicas	19	13%
Não há provas que comprove	16	11%
Não é respaldado no ordenamento jurídico	13	9%
A vulnerabilidade social não autoriza a corresponsabilização	4	3%
Sem elementos que justifique a aplicação	3	2%
Não é relevante a condição social do réu	1	1%
A aplicação prática da coculpabilidade não possível	1	1%
Não se pode responsabilizar o Estado	1	1%
Não se pode premiar o réu	1	1%
Súmula nº 231 do STJ	1	1%
A teoria não se aplica em delitos hediondos	1	1%
As desigualdades sociais não interferem na culpabilidade	1	1%
A vulnerabilidade social não diminui o dolo	1	1%
A dependência química não autoriza a corresponsabilização	1	1%
<b>Total</b>	<b>137</b>	<b>100%</b>

**Fonte:** Adaptada de Marins (2022, p. 171).

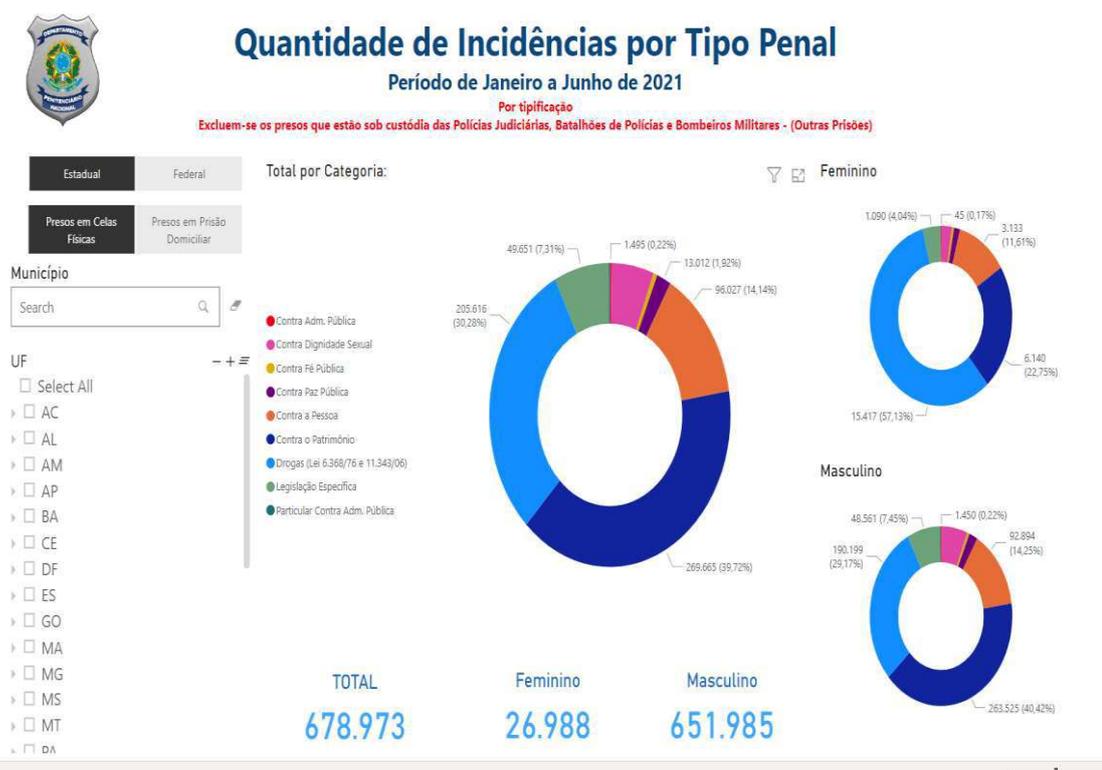
É notório o fato de que as pessoas socialmente vulneráveis são mais propensas à repressão penal, assim, deve-se entender a culpabilidade como um dado conector à realidade social posto que o estado nunca terá a possibilidade de brindar a todos com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais.

A análise dos dados apresentados pela autora da pesquisa, trouxe relevante contribuição sobre o retrato socioeconômico dos acusados que se submetam ao julgo da justiça mineira. Na grande maioria, são homens que cometeram, crimes

patrimoniais, com histórico de reincidência e que foram defendidos pela defensoria pública, o que pela própria essência do trabalho dos defensores, tendem a acompanhar casos de pessoas socialmente vulneráveis o que reforça a teoria da seletividade criminal no tocante a aplicação da pena no direito penal e processual brasileiro.

Os dados perfil socioeconômico dos acusados da justiça mineira que foram analisados na pesquisa, se assemelham com a realidade do Brasil no que se refere a quantidade de incidência por tipo penal,

Analisando as informações do Departamento Penitenciário Nacional – Infopen, verifica-se pelo levantamento apresentado sobre a quantidade de incidência por tipo penal, no período de julho a dezembro de 2021, dispostos nos dados abaixo, 70% dos presos responderam por dois tipos específicos, crimes patrimoniais (39,72%) e tráfico de drogas (30,28%) e apenas 0,22% dos apenados responderam por crimes contra a administração pública, compreendidos como crime de “colarinho branco”.



**Figura 1** – Quantidade de Incidências por Tipo penal – janeiro a junho de 2021  
Fonte: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>.



## Quantidade de Incidências por Tipo Penal

Período de Julho a Dezembro 2021

(\*) Por tipificação

Excluem-se os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares - (Outras Prisões)

Categoria: Quantidade de Incidências por Tipo Penal

- Selecionar tudo
- Grupo: Crimes contra a Administração Pública
- Grupo: Crimes contra a dignidade sexual
- Grupo: Crimes contra a fé pública
- Grupo: Crimes contra a paz pública
- Grupo: Crimes contra a pessoa
- Grupo: Crimes contra o patrimônio
- Grupo: Crimes praticados por particular contra a Administração Pública
- Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)
- Grupo: Legislação específica (outros)

Total

749.233

Masculino e Feminino por Categoria: Quantidade de incidências por tipo penal



**Figura 2 – Quantidade de Incidências por Tipo penal – junho a dezembro de 2021**

Fonte: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>.

Os dados apresentados neste capítulo representam um resumo da realidade brasileira.

Mesmo diante da falta de norma jurídica que dê respaldo à defesa e que justifique tantas decisões contrárias as teses apresentadas pelos defensores As informações catalogadas tiveram o objetivo de demonstrar como a seletividade pela vulnerabilidade está inserida no sistema penal brasileiro e que devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que a maioria do tipo penal, conforme se pode apurar, estão diretamente relacionados aos crimes patrimoniais e quando enxergamos o perfil das pessoas presas no Brasil, pelos dados do Infopen expostos acima, verifica-se que a população carcerária é composta majoritariamente por jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda, portanto, os mais vulneráveis socialmente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observância da ausência de políticas públicas, da carência de recursos e de oportunidades, aliadas à exclusão e a falta dos direitos sociais elencados na Constituição Federal, que por sua vez acabam gerando segregação social e atingindo principalmente a liberdade dos cidadãos mais vulneráveis, foi o que motivou a realização do trabalho de conclusão de curso, cuja justificativa passa pela compreensão dos conceitos sobre as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade, atreladas na possibilidade de vê-las aplicadas no ordenamento penal e jurídico brasileiro.

Para se chegar ao resultado final e melhor compreensão do tema pesquisado, iniciou-se com um levantamento bibliográfico de doutrinas, leis, artigos científicos e por fim, jurisprudências, com o intuito de investigar a incidência dessas teorias no Direito Penal e nos Tribunais de Justiça do Brasil.

Verificou-se que o desenvolvimento de tais conceitos vem ganhando projeção no cenário jurídico, fato em que pode se observar em diversos trabalhos de pesquisa acadêmica, que tratam do assunto. Ao passo que também se viu, que tais teorias vêm sendo constantemente utilizadas por advogados e defensores públicos, que trazem seus fundamentos e explicações como base da defesa de seus clientes, com a finalidade de convencer os magistrados da mea-culpa do estado nos casos em que a negligência na promoção de políticas públicas sociais, acaba contribuindo para a prática de delitos penais.

Tratou-se, inicialmente de compreender o conceito e origem da teoria da coculpabilidade, chegando nos ensinamentos de um de seus maiores expositores, o jurista argentino Raúl Zaffaroni, que influenciado pelas ideias iluministas trazidas pela Revolução Francesa do século XVIII, explica, em síntese, que a coculpabilidade seria, justamente, a quebra do contrato social entre o Estado e o cidadão, que quando aquele não cumpre com seus deveres de assegurar o básico de subsistência para a sociedade, acaba afastando seu predomínio punitivo em desfavor do delinquente, devendo, portanto, arcar com uma parcela de responsabilidade do delito, que por ventura esse indivíduo possa a vir cometer.

Foi observado que no ordenamento jurídico brasileiro, a coculpabilidade não está positivada, mas que também não está afastada completamente. Essa constatação ocorre quando se analisa os princípios da individualização e da

dosimetria da pena, mais especificamente com o que dispõe o artigo 66 do Código Penal brasileiro, que prevê que, embora não prevista expressamente em lei, a pena pode ser atenuada em razão de circunstâncias relevante, anterior ou posterior ao crime, exatamente o que se denomina atenuante genérica ou inominada, É nesse momento que o magistrado poderia decidir por um veredicto de uma forma mais aprofundada, levando em consideração as particularidades sociais de cada indivíduo.

Para compreender o que seria a teoria da seletividade pela vulnerabilidade, foi necessário entender os conceitos de criminalização primária, que é representada pela elaboração das normas que define quais os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei; e a criminalização secundária, que remete ao cometimento de crimes por parte de agentes concretos, ou seja, a ação punitiva exercida sobre pessoas específicas.

Nesse sentido, percebeu-se que é na criminalização secundária que se vislumbra a seletividade pela vulnerabilidade do direito penal. Isso acontece não só por fatores econômicos e sociais das pessoas ou do estado ou situação de vulnerabilidade, mas pela falta de estrutura das agências de criminalização em atuarem com efetividade e punir todos os indivíduos que cometem crimes e, assim, acabam selecionando estereótipos de pessoas e tipos penais específicos, haja vista que o sistema penal repressor é também limitado e não dá conta de punir todas as condutas incriminadas pela lei.

No desenvolvimento do trabalho, viu-se a importância de investigar a incidência ou não das teorias analisadas nas decisões de judiciais dos Tribunais de Justiça brasileiro, e para isso foi realizado pesquisas de artigos científicos e na jurisprudência de alguns Tribunais do Brasil, entre eles, o do Rio Grande do Sul, São Paulo, Paraíba e Minas Gerais.

Com essa investigação, constatou-se de forma unânime que os referidos tribunais não consideram em suas sentenças a aplicação das teorias mencionadas neste trabalho, muito pelo contrário, são na sua maioria rechaçadas pelos julgadores que enxergam a ausência de respaldo jurídico para a sua aplicação como também, a impossibilidade de justificar a delinquência com base nas desigualdades sociais e no estado de pobreza do agente.

Entre as jurisprudências dos Tribunais pesquisados, foi analisado neste trabalho, os dados de um estudo empírico-quantitativo, publicado na revista acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa

Catarina – UFSC, de autoria da pesquisadora Milenny Lee Cabral Marins, a qual, após analisar 98 sentenças penais condenatórias e 137 acórdãos da justiça mineira, constatou que a culpabilidade não foi reconhecida em nenhuma das decisões pesquisadas.

Entretanto, os dados apresentados pela autora da pesquisa, trouxe relevante contribuição para o presente trabalho, por apresentar um retrato das condições socioeconômicas dos acusados que se submetem ao julgo da justiça mineira e que muito se assemelham com a realidade nacional, dados esses que se assemelham com os do Departamento Penitenciário Nacional – Infopen, onde se verifica a quantidade de incidência por tipo penal, no período de julho a dezembro de 2021 que 70% dos presos responderam por dois tipos específicos, crimes patrimoniais (39,72%) e tráfico de drogas (30,28%) e apenas 0,22% dos apenados responderam por crimes contra a administração pública e que a grande maioria dos encarcerados de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda.

Os dados coletados pela pesquisa foram importantes para se chegar a essa constatação, ao passo que também foi possível descobrir que tramita no congresso nacional um anteprojeto de lei nº 3.473/2000 que propõe uma reforma da parte geral do Código penal brasileiro, dentre elas está a inclusão da teoria da coculpabilidade, o que poderia ser uma fonte de aprofundamento do tema em estudo, para futuras pesquisas.

Outra proposta, seria a análise dos reflexos das teorias estudadas no perfil socioeconômico dos apenados que cumprem pena na Colônia Penal Agrícola do sertão, localizado em Sousa/PB, fazendo um estudo comparativo entre a realidade local com os resultados obtidos a nível nacional.

O trabalho realizado pela pesquisa alcançou os objetivos gerais e específicos propostos e revelou que, embora as teorias da coculpabilidade e da seletividade pela vulnerabilidade tenham relevância considerada nas discussões de direito penal e muito o presente na realidade social dos apenados do Brasil o que, em tese, justificaria a aplicação das teorias em análise, no nosso ordenamento jurídico, elas ainda não são acolhidas pelo judiciário, seja pela falta de amparo legal, seja pela impossibilidade de associar o estado de miserabilidade dos sentenciados como atenuante da diminuição da pena.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Túlio Ponte. **A culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48278/a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira>. Acesso em 06 ago. 2022.

BERTO, Vivian Kelly. **A coculpabilidade ou culpabilidade pela vulnerabilidade**. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/handle/123456789/5161>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. edição. São Paulo: Melheiros Editores, 2001.

BRASIL. **Anteprojeto de lei nº 3.473**, de 2000 - Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília – DF: Planalto Central, Brasília. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689**, de 1941. Institui o código de Processo Penal. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument). Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 14 ago. 2022.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito Penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugênio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul./dez. 2010. DOI: <https://doi.org/10.9732/119>

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Rev. Liberdades** [internet], n. 08, set-dez. 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Dados de janeiro a dezembro de 2021. Disponível em:

<https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 16 ago. 2022.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Trad. João Ibaixe Jr. e Carmensita Ibaixe, Quartier Latin: São Paulo, 2008.

MARINS, Milenny Lee Cabral. A teoria da Coculpabilidade na Justiça Estadual Mineira: Um Estudo Empírico-quantitativo. **Revista Avant**, Florianópolis, SC, v. 6 n. 1, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/235762>. Acesso em: 15 set. 2022.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2006.

PARAIBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001398-95.2014.815.0131** – 2ª Vara da Comarca de Cajazeiras Câmara Especializada Criminal – RELATOR: Des. Arnóbio Alves Teodósio, julgado em 19/12/2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/servicos/jurisprudencia>. Acesso em: 15 set. 2022.

PARAIBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0001319-93.2017.815.0331** – 5ª Vara da comarca de Santa Rita – Câmara Especializada Criminal – RELATOR: Des. João Benedito da Silva, julgado em 22/08/2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/servicos/jurisprudencia>. Acesso em: 15 set. 2022.

PARAIBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000207-60.2015.8015.0331** – 5ª Vara da Comarca de Cajazeiras Câmara Especializada Criminal – RELATOR: Des. Arnóbio Alves Teodósio, julgado em 22/08/2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/servicos/jurisprudencia>. Acesso em: 15 set. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL, Nº 50495724020218210001** – Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 31-08-2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 16 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 50310261320218210008** – Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 22-08-2022 Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 16 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 50020273820178210025** – Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS – RELATOR: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 25-07-2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 15 set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 1500635-2019.8.26.0452** – Sexta Câmara de direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Eduardo Abdalla, Julgado em: 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 16 set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 0157134-67.2021.8.26.0228** – Sétima Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Klaus Marouelli Arroyo, Julgado em: 08/06/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 17 set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APELAÇÃO CRIMINAL, Nº 1500014.86.2019.8.26.0417** – Nona Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Cesar Augusto Andrade de Castro, Julgado em: 29/04/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 16 set. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.