



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thiago Gomes de Oliveira

**TEORIA DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS:
VERTENTES E POSSÍVEIS APLICAÇÕES NO BRASIL**

SANTA RITA – PB

2023

THIAGO GOMES DE OLIVEIRA

**TEORIA DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS:
VERTENTES E POSSÍVEIS APLICAÇÕES NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito de Santa
Rita, do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. José Neto Barreto
Júnior

SANTA RITA - PB

2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

O48t Oliveira, Thiago Gomes de.
Teoria da coculpabilidade às avessas: vertentes e
possíveis aplicações no Brasil / Thiago Gomes de
Oliveira. - Santa Rita, 2023.
52 f.

Orientação: José Neto Barreto Júnior.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Coculpabilidade. 2. Culpabilidade. 3. Direito
Penal. I. Barreto Júnior, José Neto. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao trigésimo primeiro dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Teoria da culpabilidade às avessas: vertentes e possíveis aplicações no Brasil”, sob orientação do(a) professor(a) José Neto Barreto Júnior que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à Aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Thiago Gomes de Oliveira com base na média final de 9,0 (NOVE). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.


José Neto Barreto Júnior


Antonio Aécio Bandeira da Silva


Danielle da Rocha Cruz

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me concedido forças para continuar nessa graduação até o fim. Nos dias bons ou ruins nunca me deixou perder a determinação para alcançar a meta da conclusão do curso.

Agradeço a meu pai e minha mãe, Edmilson e Elinaide, por acreditarem em mim e terem me entendido nos dias em que não estava com tanta disponibilidade, devido aos afazeres do curso e outros compromissos. Apesar de tudo, sempre me apoiaram.

Agradeço a Josseana, minha companheira, por todo o incentivo, compreensão e motivação nesses anos. Sempre estive me ajudando quando eu precisava me recuperar da rotina como quando precisava me concentrar no que restava.

Agradeço a meu orientador, o Professor José Neto, pelos esclarecimentos e por ter me concedido a possibilidade de conclusão de todo o trabalho, que vem sido construído nesses anos.

Agradeço aos meus amigos que tornaram essa jornada mais suave: Pablo, Lília, Liana, Daniella, Heron, Lenildo, Maylton e Demócrito, componentes do “Direito sem Censura”. Diante da nossa rotina vivenciada, foram importantes o incentivo mútuo e a motivação para conclusão dessa jornada.

A todos os educadores do DCJ, meus mais sinceros agradecimentos por todo o conteúdo ministrado. Todos os ensinamentos foram essenciais para uma constante evolução profissional e pessoal.

Por fim, agradeço a todos os demais amigos e familiares que estiveram presentes nessa caminhada. Todos foram essenciais para que esse momento fosse possível.

“A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem-feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim, todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, mantêm-se o monopólio das classes superiores.”

Michel Foucault

RESUMO

A aplicação da sanção penal deve ocorrer de forma proporcional à reprovabilidade de cada comportamento individual no caso concreto. Ao Estado é proibido o excesso da sanção contra o acusado, bem como a proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados. Nessa perspectiva, ao indivíduo com maior capacidade de autodeterminação é dispensada uma maior reprovabilidade penal e o oposto é aplicado aos indivíduos com menor capacidade de autodeterminação. No entanto, na prática, o que ocorre é o inverso, muitos tipos penais normalmente praticados por indivíduos com maior capacidade de autodeterminação são abrandados e os com menor são agravados, não recebendo aqueles o mesmo tratamento penal dispensado aos criminosos “comuns”, apesar de o dano social pela prática dos atos dos primeiros serem muito mais gravosos. Assim, é patente a maior dificuldade de responsabilização penal dos chamados “incluídos sociais”. A aplicação da sanção acaba sendo muito influenciada pela vulnerabilidade social pelo qual determinado indivíduo passa. Diante disso, as teorias da coculpabilidade e sua vertente às avessas visam, em parte, corrigir essas distorções. Apesar da primeira ser aceita com divergências na jurisprudência, a segunda ainda é rechaçada. O presente estudo buscou explicar como ocorre essa distorção de reprovabilidade penal, além de tratar da necessidade latente de discussão sobre a aplicabilidade da vertente às avessas da coculpabilidade, levando em consideração o dano socioeconômico gerado por determinados tipos penais como a sonegação fiscal. Para tal finalidade, o estudo utilizou de forma metodológica a pesquisa qualitativa, com seu desenvolvimento tendo como base pesquisas bibliográficas, a partir da análise de livros que tratem dos assuntos abordados, bem como teses, dissertações e periódicos disponíveis em repositório oficial e hospedados em sites da internet, além de fazer uso da pesquisa documental, através do acesso a dados estatísticos e jurisprudências correlatas. Através dos dados apresentados, chegou-se à conclusão de que há a possibilidade de utilização teoria da coculpabilidade às avessas na fase da dosimetria da pena, com vistas a manter a isonomia e proporcionalidade da sanção penal.

Palavras-chave: Coculpabilidade às avessas; Coculpabilidade; Culpabilidade; Direito Penal.

ÍNDICE DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Valor total sonegado em 2022	34
Figura 2: Orçamento da união de 2023	35

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANFIP - Associação Nacional dos Auditores fiscais e da Receita federal do Brasil

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CONAFISCO – Congresso Nacional do Fisco Estadual e Distrital

SINPROFAZ – Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL QUE SERVEM COMO BASE PARA A TEORIA DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS	13
2.1. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (<i>ULTIMA RATIO</i>) E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	13
2.2. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE	15
2.3. PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE PESSOAL OU SUBJETIVA E CULPABILIDADE	16
3 CULPABILIDADE	18
3.1. DEFINIÇÃO	18
3.2. CULPABILIDADE COMO DETERMINAÇÃO OU MEDIDA DA PENA	19
3.3. TEORIA DA COCULPABILIDADE	21
3.3.1. SURGIMENTO	21
3.3.2. CONCEITO DE COCULPABILIDADE	22
3.3.3. APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO BRASIL	23
3.3.4. CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE	25
4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS	27
4.1. VERTENTES DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS	27
4.1.1. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS COMO INCREMENTO DA SELETIVIDADE PENAL	27
4.1.2. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS COMO INSTRUMENTO PARA ABRANDAR A CULPABILIDADE DOS MAIS FAVORECIDOS	29
4.1.3. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS PARA GARANTIA DE UMA MAIOR PUNIBILIDADE DAS CLASSES MAIS PRIVILEGIADAS	31
4.2. IMPACTO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL	34
4.3. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS NO BRASIL	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

É notório que há uma grande discussão social e filosófica acerca do Direito Penal que visa acompanhar a evolução da nossa sociedade. Dentro desse contexto, a constitucionalização do Direito Penal, com o foco na promoção do bem-estar social, aliado à garantia dos direitos fundamentais, com fixação de diretrizes e princípios (implícitos ou explícitos) norteadores de todo o ordenamento jurídico, traz à tona uma nova forma de enxergar os institutos jurídicos englobados nesse ramo do Direito, dentre eles, a culpabilidade.

A presente pesquisa partiu da hipótese de que há uma possível desproporção do tratamento penal dispensado entre crimes praticados por indivíduos com maior capacidade de autodeterminação de sua conduta e os praticados por indivíduos com menor autodeterminação.

A característica desigualdade social do Estado Brasileiro nos faz pensar acerca do grau e a forma de aplicação da culpabilidade nas mais diversas camadas sociais. Nessa seara, o abrandamento da culpabilidade em sentido material diante de condutas típicas de classes mais privilegiadas, em contraponto ao endurecimento das medidas destinadas aos tipos penais majoritariamente praticados pelos menos favorecidos economicamente, coloca nos centros dessas discussões as teorias da cculpabilidade e suas vertentes às avessas.

É perceptível que algumas tipificações foram previstas pelo legislador de forma muito mais branda, como no caso de crimes contra a Ordem Econômica, Tributária e Financeira, que são infrações mais comuns a indivíduos com melhor condição social, prevendo inclusive a extinção de punibilidade com pagamento do débito mesmo após o trânsito em julgado da ação penal.

Essa produção de programa punitivo pelo legislativo e visão social tem reflexo na chamada criminalização secundária: as pessoas selecionadas passam a ser expostas e rotuladas como delinquentes, com criação de estereótipos associados a gênero, etnia, classes sociais, entre outros fatores.

As agências de criminalização (polícia e judiciário), têm uma capacidade limitada em processar apuração de infrações, focando em indivíduos escolhidos diante de suas fraquezas, como mendigos, prostitutas e pessoas com menor poder aquisitivo. Já os indivíduos mais abastados ficam afastados desse tipo de criminalização.

A criminalidade não estaria atrelada a um maior risco de determinadas pessoas serem criminosas, e sim a uma seletividade com base na proteção da classe dominante.

Nesse sentido, temos como base de tal discussão a violação ao princípio da proporcionalidade, que em matéria penal se traduz além da na proibição do excesso (vertente negativa), na proibição da insuficiência da proteção penal (vertente positiva).

Nesse contexto, apesar de divergências, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que pode ser aplicada a teoria da coculpabilidade a depender do caso concreto, baseado na atenuante genérica prevista no Art. 66 do Código Penal.

Porém, no caso da coculpabilidade às avessas, apesar de ser possível observar algumas expressões no ordenamento jurídico que refletem uma maior reprovabilidade de conduta das pessoas incluídas socialmente, como no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu Art. 76, inciso IV, tal teoria ainda é rechaçada pela maioria dos doutrinadores na aplicação do Direito Penal Brasileiro.

No entanto, é um ponto que pode ser reconsiderado, durante a dosimetria da pena, levando em consideração que a reprovabilidade de um indivíduo que dispõe de posição privilegiada e mesmo assim opta em delinquir, não é a mesma de um indivíduo que têm grande carência socioeconômica, pois, a capacidade de autodeterminação de ambos é totalmente diferente. Como será apresentado, alguns desses crimes podem ter efeitos sociais muito mais expressivos, atingindo de forma mais intensa os bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Dessa forma, temos o desenho de estigmas sociais que vão na contramão do que prega a coculpabilidade, a criminologia crítica e o garantismo penal, que visa a redução das desigualdades sociais.

No geral, nota-se um favorecimento diante de crimes tipicamente praticados por indivíduos mais favorecidos, como no caso de crimes tributários, que admite a extinção de punibilidade mesmo após o trânsito em julgado caso haja pagamento do débito, diferentemente dos crimes contra o patrimônio, que no caso de reparação do dano é causa de redução de pena, conforme o Art. 16 do Código Penal.

No caso dos crimes tributários, estes são um tipo penal que tem um impacto muito maior a sociedade, já que privar o Estado de acesso a essa receita causa impactos sociais grandes, como diminuição do investimento em saúde, educação e segurança pública. Assim, tais tipos comparados com aqueles de delinquência tradicional, possuem efeitos bem mais lesivos.

Nesse sentido, de acordo com dados do *sonegômetro* do Sinprofaz (2023), foram sonegados cerca de 626 bilhões de reais em impostos apenas em 2022, o que segundo os dados da plataforma Siga Brasil do Senado Federal equivale ao orçamento da união previsto para todo o ano de 2023 nos ministérios do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome (272,9 bilhões); Ministério da Saúde (189,5 bilhões) e Ministério da Educação (164 bilhões), com um valor total de 625,9 bilhões de reais somados.

Diante disso, há uma necessidade de fomentar a possibilidade de discussão da adoção da teoria da coculpabilidade às avessas em sua vertente voltada como mecanismo de maior reprovabilidade penal por delitos praticados por pessoas com maior poder econômico, tendo em vista a sua maior capacidade de autodeterminação.

Tomando como objeto de estudo a possibilidade de fomento do uso da teoria da coculpabilidade às avessas para cumprimento do princípio da proporcionalidade sob o viés penal e tendo em vista a gravidade e prejuízo de delitos tipicamente cometidos por agentes com alto poder aquisitivo e grande influência, a presente pesquisa se pauta nos seguintes problemas 1. Quais os impactos na sociedade da complacência e da não adoção de medidas mais concretas contra crimes tidos como sendo do colarinho branco? 2. Como é possível implementar a teoria da coculpabilidade às avessas na realidade Brasileira?

Assim, o objetivo geral desse estudo é analisar como é sustentada a dinâmica social de proteção a determinadas condutas criminosas de autoria de indivíduos com privilégios sociais e como poder haver uma compensação disso mantendo o princípio da proporcionalidade com o uso da teoria da coculpabilidade às avessas. Especificamente é objetivado: 1. Analisar os princípios que podem ser utilizados para embasar a aplicação da coculpabilidade às avessas no Brasil 2. Analisar a forma de criminalização social de classes marginalizadas; 3. Demonstrar o prejuízo social causado pela complacência com determinados crimes e como o código penal se porta perante determinadas condutas de crimes normalmente cometidos por indivíduos com maior poder aquisitivo. 4. Apresentar opções que podem ser utilizadas na dosimetria da pena para aplicação da teoria da coculpabilidade às avessas no Brasil.

Para responder tais questionamentos, o presente estudo, de forma metodológica, fará uso da pesquisa qualitativa. Seu desenvolvimento utilizará como base pesquisas bibliográficas, a partir da análise de livros que tratem dos assuntos

aqui abordados, bem como teses, dissertações e periódicos disponibilizados no repositório oficial e hospedados em sites da internet.

Também será realizado o uso da pesquisa documental, através do acesso a dados estatísticos e jurisprudência onde será averiguado como é o tratamento estabelecido para infrações penais comuns a indivíduos com elevado poder aquisitivo, fazendo um comparativo com documentos relativos a tratamento a indivíduos com reduzido grau de capacidade socioeconômica.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL QUE SERVEM COMO BASE PARA A TEORIA DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

2.1. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (*ULTIMA RATIO*) E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O direito penal nasce com a premissa de que há determinadas normas que devem ser protegidas de forma mais intensa pela sociedade, pois são seriam dotadas de maior sensibilidade e grau de importância para manutenção social.

Determinadas condutas devem receber um tratamento diferenciado por parte do Estado, pois caso contrário ameaçam a própria existência da comunidade. Nesse sentido, Greco (2012, p.4), afirma que o direito penal se trata de normas dedicadas a “proteção daqueles bens que são de maior importância para a sobrevivência da sociedade”.

Nesse contexto, o Direito Penal deve ser visto como última trincheira para que comportamentos indesejados sejam combatidos dentro de determinada comunidade. A partir dessa concepção temos o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), segundo o qual o direito penal deve intervir apenas quando outros ramos do direito não forem suficientes.

Segundo Masson (2017), os principais destinatários do referido princípio são o legislador e o interprete do direito, que avaliam quais condutas devem ser tidas como infrações a luz do direito penal levando em consideração sua importância social, de modo a evitar a criminalização de qualquer comportamento.

Assim, o autor defende que o legislador, ao realizar a sua atuação, tenha moderação para realizar a seleção daquelas condutas que serão objeto de proteção do direito penal, antes de adotar o “remédio mais amargo”, ou seja, antes deve verificar se o enquadramento da conduta em outro ramo do direito já não ocasionaria uma resposta satisfatória para a sociedade.

A identificação de quais normas devem ser tidas como de maior importância passa por um processo de valoração definida pelo legislador, que Segundo Prado (1999) é o processo que deve ser baseado na teoria da adequação social de Hans Wetzel. Assim, deve se dar de forma que esta tipificação seja vista como infração no seio da sociedade, do contrário, esta não terá efetividade.

Roxin (1997) baseando-se na teoria da Adequação Social de Wetzel, explica que a ideia central é que todas as ações que transitam dentro do que historicamente se tornou a ordem ética e social da vida comunitária seriam “socialmente adequadas”, portanto, não poderiam ser alvos de um tipo penal, apesar de o seu conteúdo literal ser incluído neste. Já na visão de Bittencourt (2018) faltaria tipicidade material na ação, relacionada a necessidade de valoração negativa, para que o delito fosse configurado.

De acordo com Roxin (2009) a criminalização de condutas que não são vistas como estritamente necessárias para a manutenção da sociedade pode originar a chamada lei penal simbólica, também conhecida como inflação legislativa ou hipertrofia legislativa.

Ainda conforme Roxin (2009) a lei penal simbólica não tem como escopo realizar a proteção de bens jurídicos, mas fins distintos, como por exemplo, gerar uma imagem que favorece o Estado, apaziguar o eleitor, ou quaisquer outros fins que não estritamente a defesa de bens jurídicos de maior importância social.

Na realidade brasileira, podemos mencionar como exemplo de lei penal simbólica o já extinto crime de adultério, que foi revogado através da Lei 11.106/05, que previa a pena de detenção de quinze dias a seis meses. No lugar disso, há consequências na esfera cível para o referido ato, a exemplo da perda da guarda do filho, como preceitua o Art. 1.637 e 1.638 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – Castigar imoderadamente o filho;

II – Deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; (Grifo Nosso). [...] (Brasil, 2002).

2.2. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE

Tais princípios são imprescindíveis para que a individualização da pena seja a mais justa possível, devendo ser observadas as particularidades de cada caso concreto para que o legislador e o Estado-juiz decidam qual a pena mais adequada para determinada conduta. Assim, de acordo com Nery Júnior (1999, p.24) isonomia significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Em igual sentido preceitua Zaffaroni (1986) ao afirmar que o tratamento igualitário de pessoas que se encontram em posições distintas seria violar o princípio da igualdade. Assim, aplicar a mesma pena para pessoas que se encontram em situações extremamente desfavoráveis e a pessoas que detêm uma posição altamente privilegiada socialmente é uma clara violação ao princípio da isonomia:

Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação. (Zaffaroni, 1986, p. 59).

Ter em mente tal princípio é de suma importância para que se compreenda o porquê é totalmente justificável a adoção ou flexibilização para possibilitar a aplicação da teoria da culpabilidade às avessas, na vertente que será apresentada.

A nossa Constituição Federal (1988) dispõe em seu Art. 5º a respeito dos direitos e deveres individuais e coletivos. Entre eles, se encontra o direito à liberdade e a vida, os quais só podem ser afastados mediante expressa previsão legal, conforme o Art. 5º, II, CF, que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (Brasil, 1988).

Nesse contexto, segundo Angioni (1985) é necessário que seja realizado um juízo de ponderação entre o bem lesionado ou posto em perigo, e aquele bem que vai ser privado devido a violação do bem juridicamente tutelado (gravidade do fato x gravidade da pena). Caso entre os dois bens haja algum desequilíbrio, também haverá uma desproporcionalidade, o que explica a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal.

De acordo com Lima (2016), o princípio da proporcionalidade possui um duplo espectro: ao mesmo tempo dispõe de uma face negativa e positiva. A primeira pode

ser traduzida como uma proibição de excesso do estado em relação ao acusado (garantismo negativo), em contraponto ao garantismo positivo, que é a proibição da proteção insuficiente pelo Estado para toda a coletividade.

A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (STJ, HC 239.363/PR).

De acordo com Nucci (2013) há dois momentos principais em que o princípio da proporcionalidade deve ser observado para que seja efetivamente cumprido: o primeiro deve ser observado pelo poder legiferante e busca gerar uma harmonia entre a pena cominada e condutas que são proibidas em sociedade, sempre observando os limites impostos pela carta magna.

Já o segundo é destinado ao judiciário e ocorre no momento da dosimetria da pena (Art. 58, Código Penal), em que o juiz passa pelas três fases: Pena-base, atenuantes e agravantes e finalmente, causas de aumento e diminuição. O objetivo é gerar uma equivalência entre os modos de realização da infração penal em concreto e a aplicação da pena.

2.3. PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE PESSOAL OU SUBJETIVA E CULPABILIDADE.

Segundo o princípio da responsabilidade pessoal, a pena só deve atingir a pessoa do agente que é autor de determinada infração penal, assim, é proibido o castigo de alguém pelo fato que outrem cometeu. Apenas o Acusado é obrigado a se submeter a pena que lhe foi aplicada pelo Estado. Assim, obrigatoriamente deve haver a individualização da acusação e da pena para que esta possa ser exigida.

O princípio da responsabilidade subjetiva se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, que estabelece no art. 5º, inciso XLV, que nenhuma pena pode ir além da pessoa que sofreu a condenação. Impede-se assim, que outro sujeito sofra as consequências por um ato praticado por outrem.

A única exceção é com relação aos efeitos secundários da sentença penal condenatória, como por exemplo: a obrigação de reparar o dano e decretação de perdimento de bens, que podem ser estendidas aos herdeiros no limite da herança.

Em igual sentido, o Código Penal, conforme o art. 13 estabelece que o nexo causal para que o resultado seja atribuído a determinado indivíduo deve ser aferido de acordo com a condição sem a qual o próprio resultado não teria acontecido. Pode tal nexo ser verificado por ação ou omissão.

Corroborando com esse pensamento, Masson (2011) afirma que para que haja punição do indivíduo pelo fato, é necessário que este haja com dolo ou culpa (princípio da responsabilidade subjetiva), não sendo suficiente que seja apenas responsável materialmente pelo ato, sem a presença de nenhum elemento subjetivo.

Assim, o fato deve ter sido previsto, assumido ou querido, o que evita a responsabilidade penal objetiva. Segundo Tavares (2000) tal modalidade de responsabilidade teve início no século XIII quando a igreja pune as pessoas por meramente ter contribuído para o resultado. Ou seja, em tal disposição bastava apenas a contribuição do indivíduo, independente de dolo ou culpa, para o resultado ser atribuído ao agente e ser passível de punição.

De acordo com Cunha (2008) apesar da necessidade de dolo ou culpa para a responsabilização penal, é possível apontar na legislação pátria alguns resquícios da responsabilidade penal objetiva, como por exemplo: os crimes de rixa qualificada, em que todos os participantes são punidos pela modalidade qualificada na ocorrência de resultado lesão corporal grave ou morte, pois o texto de lei deixa claro que todas os envolvidos, inclusive a vítima que foi machucada respondem pelo crime de forma agravada independente de se identificar o autor da lesão grave ou morte.

Também é possível citar na legislação pátria a punição das infrações penais cometidas em estado de embriaguez voluntária ou culposa (teoria da *actio libera in causa*). Masson (2017) explica que tal teoria despreza o momento em que o crime foi praticado, pois de fato no momento em que este praticou estava sem capacidade de entendimento e autodeterminação. Porém, o agente chegou ao estado de debilidade de entendimento por vontade do próprio sujeito, pois ele mesmo se colocou nesse estado sem qualquer coação. Assim, é levado em conta o período anterior a embriaguez, quando o indivíduo de forma espontânea decidiu ingerir bebida alcoólica ou de efeitos análogos.

3 CULPABILIDADE

Segundo Bitencourt (2012), a definição de crime, de acordo com a utilização do critério analítico, consiste em afirmar que se trata de fato típico, ilícito e culpável, o que permite inferir que sem culpabilidade não há crime, o que a capacita como um dos elementos que compõem o crime.

Segundo o referido autor, tal teoria nasceu do sistema clássico em que o dolo e a culpa estavam localizados dentro da culpabilidade. Posteriormente, com a utilização da teoria finalista, o dolo e a culpa foram deslocados para o fato típico.

3.1. DEFINIÇÃO

A culpabilidade tem vários significados e funções. Bittencourt (2009), afirma que há 3 (três) principais concepções acerca das vertentes existentes: A primeira é referente a culpabilidade como fundamento para a pena, a segunda seria a culpabilidade como forma de determinação da pena ou medição desta, e a terceira é a culpabilidade como forma de afastar a responsabilidade penal objetiva.

Na primeira vertente, usada como fundamento da pena, há a análise da possibilidade de aplicação da pena para o autor de um fato que é típico e ilícito. Para isso, ela deve preencher os requisitos previstos para que os elementos da culpabilidade sejam satisfeitos.

Entre os elementos da culpabilidade podemos citar: Capacidade de culpabilidade (imputabilidade); Consciência da ilicitude, que deve ser potencial, conforme a teoria normativa pura, que é fruto da evolução do estudo da culpabilidade, não se admitindo mais presunções absolutas; e exigibilidade de conduta diversa.

A possibilidade de consciência advém, pelo que afirma Bittencourt, da chamada “consciência profana do injusto”, ou valoração da esfera profana do injusto. Assim, deve ser verificada a situação em que este indivíduo foi criado, avaliando suas normas culturais, princípios morais e éticos e informações adquiridas durante a sua convivência em sociedade.

Assim, um indivíduo que age por erro plenamente justificado pelas circunstâncias e como leigo (profano), não é possível atingir o estado de consciência de que aquele ato é contrário às normas, pois acredita que age dentro da licitude não

age, portanto, com potencial consciência da ilicitude, excluindo a sua culpabilidade. Nesse sentido, tem-se a previsão no Art. 21 do Código Penal ao tratar do erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição, quando é inevitável, “[...]O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável isenta de pena[...]” (Brasil, 1940). Nessa seara:

Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. (Bitencourt, 2012, p. 188).

Em relação a exigibilidade da conduta, elemento da culpabilidade, de acordo com o Art. 22 do Código Penal, apenas é punível o autor de fato quando lhe era possível agir de forma diversa daquela. Entre as possibilidades de exclusão deste elemento, se encontram a obediência hierárquica e a coação moral irresistível.

No que tange a segunda vertente, seria a culpabilidade como uma forma de determinação da pena ou como medição desta. Aqui, diferente da primeira vertente, a culpabilidade não age como fundamentação da pena, mas sim, como uma forma de limita-la, evitando que a pena imposta vá além daquela adequada pela própria ideia da culpabilidade, em conjunto com outros fatores, como por exemplo: finalidade preventiva e retributiva, gravidade da lesão e importância do bem jurídico, entre outros.

Acerca da terceira vertente, temos que a culpabilidade como uma forma de rechaçar a responsabilidade penal objetiva, como uma forma de identificar e indicar a responsabilidade subjetiva. Assim, a responsabilização penal deve ser fundada em uma conduta dolosa ou culposa, devidamente comprovada, o que afasta a possibilidade de que haja dolo presumido.

3.2. CULPABILIDADE COMO DETERMINAÇÃO OU MEDIDA DA PENA

Dentre as vertentes citadas anteriormente, a que interessa de forma majoritária é aquela que traz a culpabilidade em sua concepção material, ou seja, como uma espécie de medida da pena.

Segundo Siqueira (2016) adotar essa vertente da culpabilidade possibilita influir na quantidade da pena, o que permite inferir a própria culpabilidade em maior ou menor ou menor grau.

Ainda segundo Siqueira, observar a culpabilidade no sentido material têm como consequência reconhecer entre as finalidades previstas para a aplicação da pena, também aquele referente a finalidade retributiva, seguindo a linha de raciocínio do finalismo de sua função.

Segundo o Art. 68 do Código Penal, essa “medida da pena” nos permite inferir a referência da culpabilidade na vertente material, é alcançada a partir de três fases: análise das circunstâncias judiciais; atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição.

Convém mencionar que a maioria dos doutrinadores faz referência a culpabilidade como sendo um juízo de reprovabilidade da conduta de determinado autor, mencionando-a como elemento do crime e como alusão a já mencionada culpabilidade como um limite da pena. Assim, o sentido utilizado para o termo pode ser usado em ambos os contextos.

Segundo Bitencourt (2009) ao juiz é devido a análise do comportamento do indivíduo com relação ao grau de censura deste e a reprovabilidade da conduta que foi realizada, levando em consideração toda a realidade concreta envolvendo o agente.

Nesse sentido, Costa (2016) afirma que a análise da reprovabilidade passa pela averiguação das circunstâncias envolvendo o entorno da concretização do crime. Ou seja, são levados em consideração os fatores culturais, sociais, econômicos, financeiros, entre outros. Porque a vida anterior e a conduta após a ocorrência do injusto penal (fato típico e ilícito), têm grande influência sobre uma resposta penal mais adequada.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011) com a evolução do conceito de culpabilidade, alguns autores passaram a referencia-la como uma culpabilidade vazia, isso porque anteriormente tinha uma grande quantidade de elementos subjetivos (teoria psicológica da culpabilidade) como o dolo e a culpa (que foram alocados para o fato típico), mas agora a culpabilidade tem a elementos com reprovabilidade pura (teoria normativa da culpabilidade).

Assim, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2008) a culpabilidade seria um juízo de reprovabilidade do injusto, e compreende a capacidade de autodeterminação do

agente e se é possível ao indivíduo entender o teor do fato antijurídico. Assim, o agente deve ter a possibilidade de entender a antijuridicidade de sua conduta e que sua atuação tenha ocorrido no seu limite de autodeterminação.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli (2011) defendem a graduação da culpabilidade, como se fosse possível estabelecer níveis desta. De certa forma, caso o agente esteja apenas com a possibilidade física, mas com a limitação ou inexpressividade da sua capacidade de autodeterminação, estamos diante de uma das hipóteses em que a culpabilidade não seria configurada.

Em síntese, ao indivíduo que possui menor capacidade de autodeterminação tem-se, em tese, um menor grau de reprovabilidade, sendo o inverso também verdadeiro: ao indivíduo com maior capacidade de autodeterminação, a esse é justo um maior grau de reprovabilidade.

Nesse contexto, surgiram duas teorias: a teoria da coculpabilidade, que devido a uma maior preocupação social, prega que alguns agentes expostos a realidade concreta, possuem uma capacidade de autodeterminação comprometida, o que pode reduzir sua reprovabilidade;

Já a coculpabilidade às avessas, leciona que alguns indivíduos que possuem posição social privilegiada, com acesso a todos os meios disponíveis e ainda assim, optam por realizar ações criminosas, possuem uma maior reprovabilidade, pois tem uma capacidade de autodeterminação maior.

3.3. TEORIA DA COCULPABILIDADE

3.3.1. SURGIMENTO

Há divergência acerca do surgimento da teoria da coculpabilidade. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2013) tal teoria teria se baseado nas ideias de Jean Paul Marat, médico, jornalista e revolucionário do período da revolução francesa que afirmava que a ideia retributiva da pena só seria possível em uma sociedade que obtivesse uma justiça distributiva.

Assim, Segundo Marat (*apud* Zaffaroni, 2006), seria proposto um rompimento com o antigo pensamento derivado do iluminismo de que a pena mais justa e correta seria a retributiva, usada apenas como forma de “vingança” ou de devolver um mal causado.

De acordo com Marat (*apud* Matte, 2008) devido as desigualdades sociais, seria necessário estabelecer um critério para uma aplicação diferente da pena levando em consideração a dinâmica da sociedade. Assim ele afirma que só seria possível a aplicação da mesma pena ou castigo caso a sociedade fosse igualmente justa para todos os indivíduos.

Desse modo, a aplicação da mesma pena só seria justa em uma sociedade em que os seus indivíduos independentemente de cor, raça ou classe, dispõem mais ou menos das mesmas vantagens, o que na prática não ocorre, é mera utopia.

3.3.2. CONCEITO DE COCULPABILIDADE

A teoria da coculpabilidade ganhou maior relevância contemporaneamente no direito penal, principalmente quando se trata da individualização da pena.

Segundo Moura (2015), o prefixo “co” significa estar junto, dando a entender que o Estado tem participação indiretamente no cometimento de determinados delitos, cabendo a este desenvolver formas que minimizem a criminalidade, de modo a se alcançar o bem comum.

O autor prossegue afirmando que, nesse caso, o termo “culpabilidade” é devido a ao Estado ser inadimplente com relação a realização dos seus deveres, mais especificamente os relacionados a maior inclusão socioeconômica de seus cidadãos. Assim, o Estado deve inferir uma menor reprovabilidade aos acusados que devido a sua condição e influência possuem maior probabilidade de determinado tipo de delinquência.

O referido autor também afirma que a coculpabilidade se trata de um princípio constitucional implícito, que proporciona reconhecer ao Estado uma parte da responsabilidade pelo cometimento de delitos que são mais frequentes em indivíduos que possuem uma capacidade de autodeterminação reduzida, quando levado em conta o caso concreto.

A incidência da coculpabilidade gera consequências práticas no processo penal, além da aplicação e execução da pena. Tal teoria leva em consideração as condições econômicas, culturais e sociais do agente analisado.

Pode-se dizer que a coculpabilidade apresenta a culpabilidade como forma de corrigir as incoerências e anormalidades geradas, de certo modo, pelo Estado ao não assegurar de forma efetiva, os direitos dos cidadãos. Essa ineficiência se acentua no

âmbito dos direitos sociais, previstos no Art. 6º da Constituição Federal, já que tais direitos pressupõem uma atuação positiva e prestacional do Estado.

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Brasil, 1988)

Por sua vez, Moura (2006) ressalta que o sentido de culpabilidade tratado se distingue da concepção dogmática do que esta seria, pois não é referente ao sentido de culpar o Estado a respeito do cometimento de um delito, mas apenas reconhecer que ele é ineficiente para cumprir as obrigações previstas constitucionalmente com o intento de diminuir a reprovação social da conduta do agente que a pratica.

Portanto, sendo o Estado não é passível de ser submetido a uma sanção penal, pois é detentor do direito de punir (*jus puniendi*), mas é considerado de forma indireta na aplicação de uma sanção penal e sua aplicação para determinado agente.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli (2013) afirmam que há pessoas que dispõem de instrução e condições financeiras muito superiores a outras, sendo alguns, inclusive na margem oposta dotados de carência extrema. Isso faz com que alguns consigam acesso a lugares na sociedade que outros não dispõem, dessa forma, a reprovabilidade da conduta deve ser em parte compensado pela sociedade, pois não seria culpa do agente infrator a infração de uma norma que não teve possibilidade de conhecimento.

Tais autores entendem que seria uma espécie de atenuante o caso de algum agente ou indivíduo que possui grande carência econômica, condição extremamente humildes e não consiga gozar de seus direitos sociais que deveriam ser assegurados.

3.3.3. APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE NO BRASIL

O instituto da coculpabilidade funciona como uma espécie de moderação de reprovabilidade que é utilizada sobre determinado autor de delito no caso concreto. Considerando que no caso de alguns crimes de ordem patrimonial o indivíduo é influenciado por sua posição social e condições de vida. Assim, determinados agentes são mais propícios a certos crimes pelas suas condições não favoráveis.

A falta de opções de trabalho ou oferecimento de emprego também podem influenciar esse agente, de forma que lhe seja atraente o cometimento de infrações

penais. A seletividade e incriminação social, com o menosprezo desse indivíduo pode gerar impulso ao cometimento dos delitos.

Conforme lecionado por Gomes (2013), os indivíduos que possuem maior poder aquisitivo, tendem a conquistam seus objetos de anseio de forma fraudulenta, já indivíduos com menor poder aquisitivo quando buscam seus objetos de desejo são mais propícios ao uso de violência. Aduz que são consumidores que não dispõem de formas de consumir e têm maior probabilidade a alguma espécie de ilegalidade.

Assim, tanto o pobre quanto os ricos desejam determinada coisa, o que muitas vezes, pode ter de diferença são os meios utilizados para se obter o objeto desejado. O pobre tem opções mais restritas, se tornando mais exposto ao uso de violência para conseguir o objeto almejado.

Greco (2014) utiliza como exemplo o caso de indivíduos sem teto, morando sob viadutos ou jogados em praças que não conseguem emprego, pois o Estado não conseguiu dar qualificação para que pudessem exercer um trabalho. É um caso que o autor afirma que pode ser utilizado para aplicação da teoria da coculpabilidade com divisão de responsabilização social.

Porém, no Brasil a coculpabilidade não é inserida no Código Penal até os dias de hoje, apesar da justificativa de sua adoção. Uma disparidade com vários outros países que já o fizeram, como por exemplo de Portugal, México, Argentina, Peru, entre outros, que possuem em seu diploma legal a previsão expressa da utilização dessa teoria, com base nos motivos que levaram o agente a delinquir.

Apesar da ausência de previsão da adoção da coculpabilidade no Código Penal, a utilização dessa teoria encontra guarida na doutrina e jurisprudência brasileira, embora haja uma certa divergência de sua aplicação nas turmas do STJ.

[...]2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. (HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013). [...] 1. A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da coculpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu. (HC 411.243/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 19/12/2017).

No que tange a doutrina, Zaffaroni e Pierangeli (2011) entendem que sua aplicação encontra respaldo na Constituição Federal, na positivação dos princípios da individualização da pena, igualdade (isonomia) e dignidade da pessoa humana. Além disso, há previsão nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ao dispor em seu Artigo 3º, Inciso III: “erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Ademais, ainda de acordo com os autores, a aplicação da coculpabilidade encontra correspondência no Art. 66 do Código Penal, nas chamadas “atenuantes inominadas”, segundo a qual “a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

3.3.4. CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Zaffaroni (2017) traz uma novidade dogmática como uma forma de alternativa a tradicional culpabilidade normativa. Na visão do autor, esse tipo de culpabilidade tradicional está atrelado a fatores pelos quais a reprovação fica vinculada à situação de vulnerabilidade do sujeito. Tal estado vulnerável tem como base a discriminação que passa determinado indivíduo. Sendo assim, Zaffaroni propõe que a imputabilidade do ponto de vista subjetivo seja baseada em quatro fatores:

O primeiro fator diz que a ligação entre o injusto penal e o agente é a forma que o sistema penal detém certa estabilidade com relação a ser provável ou não que determinado indivíduo sofra a criminalização secundária. Ou seja, se refere a forma como aquele sistema penal faz a atribuição constante de culpabilidade para determinadas camadas sociais.

A criminalização secundária, segundo Zaffaroni, Batista e Alagia (2003), nada mais é do que a punição propriamente dita, concretamente exercida sobre indivíduos, e é realizada por agências Estatais após detecção da prática de um ato que foi criminalizado primariamente, submetendo-as ao processo de criminalização. A Criminalização primária é a sanção de determinada lei material, incriminando determinada conduta e permitindo a punição de determinados indivíduos.

O segundo fator do grau de perigo do sistema penal punitivo com relação ao indivíduo. Ao invés do foco no perigo representado pelo autor, é levado em consideração o perigo do sistema punitivo exercer sanções contra aquele agente em situação de vulnerabilidade.

O terceiro fator fala sobre a composição dos dados sobre determinado sujeito, que o tornam vulnerável à seletividade da pena. O autor diz que a escolaridade, profissão, renda, residência e qualquer outro que influencie em sua posição hierárquica, socialmente falando, bem como estereótipos criminais.

O autor também explica que esse estado de vulnerabilidade está muito atrelado a quanto o indivíduo consegue ter de garantia social, assim pessoas com maior vulnerabilidade têm maior probabilidade de criminalização.

Isso implica dizer que aqueles agentes que detêm um status de maior proximidade com poder e são detentores de capital têm uma chance muito reduzida de serem criminalizados, possuindo um maior acesso a proteção institucional e assistência estatal.

Por último, a referida culpabilidade tem como base o quanto aquele agente necessita se esforçar para que seja alvo do sistema penal ao realizar determinado delito, ou o quanto de esforço pessoal determinado sujeito precisa desenvolver para que entre na mira da legitimação punitiva. É o que Zaffaroni (p. 2017, 167) chama de “esforço por vulnerabilidade”.

Dessa forma, Zaffaroni defende que a criminalização dispensada pelo sistema penal perpassa fatores subjetivos do agente delitivo, bem como fatores considerados dominantes e determinados traços que são considerados comuns na fase da criminalização secundária, trazendo determinadas diferenças entre sujeitos na implicação de imputabilidade de culpabilidade.

A vulnerabilidade do indivíduo é preponderante não só para a criminalização secundária, como também uma criminalização com base no posicionamento social do autor, influenciando diretamente não só no tratamento social com a formação determinados tipos penais que são praticados por determinadas classes, como também na passividade com outros tipos que são praticados por classes sociais mais privilegiadas, como veremos mais adiante ao tratar da coculpabilidade às avessas.

4 COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

A doutrina se debruça em uma outra perspectiva, que traz a coculpabilidade em um sentido inverso, é o que se denomina “coculpabilidade às avessas” o qual aborda diferentes ângulos da culpabilidade.

Por um lado, uma vertente defende uma maior punibilidade que se enquadram como as menos favorecidas com base na sua posição social e econômica. Já outra, se projeta fornecer um tratamento para a coculpabilidade de uma forma que haja uma maior valoração negativa e reprovação mais severa no caso de indivíduos que utilizam da sua posição social favorecida para incrementar a sua influência e concentração de renda.

4.1. VERTENTES DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

4.1.1. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS COMO INCREMENTO DA SELETIVIDADE PENAL

Como já referenciado por Zaffaroni (2017) a aplicação do Direito Penal está vinculada a fatores no qual a reprovabilidade penal de determinado fato se atrela à vulnerabilidade do indivíduo. Por sua vez, tal vulnerabilidade se baseia na criminalização que determinado indivíduo sofre.

Segundo Morrison (2006) o Direito já foi usado e, em parte, ainda é como uma forma de dominação das classes mais favorecidas em desfavor daquelas que possuem menor poder social. Assim o sistema penal exerce determinada seletividade, trazendo aos “dominados” a imputação quase exclusiva de determinados crimes, em grande parte, com a designação de tipos penais mais graves.

Moura (2006) afirma que há um estabelecimento de padrões para aquelas pessoas que serão consideradas criminosas socialmente, geralmente pessoas pobres, moradores de regiões marginalizadas. Dessa forma esses agentes são “pinçados” por não fazerem jus ao “modelo ideal” estabelecido pela classe mais favorecida, ou seja, dominante.

A formação de padrões de indivíduos considerados criminosos conforme o interesse das classes mais privilegiadas socialmente também foi observado por Foucault (2011). O referido autor afirma que a natureza criminosa não existe, mas o que está presente é um jogo de influência ou de forças, que dependendo de onde os

indivíduos se encaixam, vão leva-los a exercer o poder ou ser selecionado pelo sistema penal.

A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem-feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim, todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, mantêm-se o monopólio das classes superiores. (Foucault, 1987, p. 345-346).

Ao passo que, por um lado, há uma maior reprovabilidade dispensada a indivíduos que são vulneráveis socialmente, o que evidencia a seletividade do sistema punitivo, por outro, há um abrandamento de penas pelos tipos penais costumeiramente praticados por indivíduos com maior poder aquisitivo. Se no caso do primeiro normalmente são estabelecidas penas restritivas de liberdade, no caso do segundo há penas pecuniárias ou opções de penas alternativas.

Moura (2006), diz que a aplicação da coculpabilidade às avessas pode ser realizada de três formas: na primeira, há a tipificação direcionada a pessoas tidas como marginais. Na segunda, há a aplicação de penas mais brandas para classes mais favorecidas e detentoras do capital. E no terceiro, como uma forma de incremento da reprovação penal e social.

As duas primeiras vertentes da teoria da coculpabilidade às avessas listadas por Moura (2006) expressam claramente uma manifestação dessa visão seletiva com base no poder econômico e criminalização por vulnerabilidade do indivíduo.

No Brasil, podemos constatar algumas expressões e tipificações que remetem a essas duas vertentes: o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais (LCP) (em vigor até os dias atuais), traz o instituto da vadiagem, que prevê prisão simples, de quinze dias a três meses ao indivíduo que é válido para o trabalho e permanece em ociosidade, sem meios para subsistir ou subsistir mediante práticas ilícitas.

Também é válido mencionar o artigo 60 da LCP, que foi revogado em 2009 e que trazia a tipificação do crime de mendicância. Tal tipificação demonstra um resquício da culpabilidade do autor, pois são tipos penais que só podem ser efetuados por pessoas sujeitas a marginalização.

4.1.2. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS COMO INSTRUMENTO PARA ABRANDAR A CULPABILIDADE DOS MAIS FAVORECIDOS.

Apesar de o crime ser existente nas mais variadas classes sociais, não há dúvida de que os crimes relacionados às classes menos favorecidas recebem bem mais atenção do que, por exemplo, os chamados “crimes do colarinho branco”.

Aguiar (2007) explica que muitos crimes normalmente praticados por altas classes sociais afetam a sociedade na mesma ou em maior proporção do que os crimes mais frequentemente vistos e que muitas vezes são alvos de apelos populares e midiáticos para um maior “punitivismo”.

Segundo a autora, a criminalidade, sendo tratada em um aspecto macro, normalmente não é alvo de persecução e não entra nas estatísticas. Ao invés disso, a criminalidade tida como comum ocupa quase toda a análise qualitativa, sem levar em consideração que os crimes normalmente praticados por elites podem ser mais danosos aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, seja a saúde ou o mais importante, a vida.

Utilizamos como exemplo o tratamento que é dado no Brasil contra os crimes contra a ordem financeira, econômica e tributária, nos quais os sujeitos ativos em geral são indivíduos bem estabelecidos socialmente e economicamente. As previsões penais em si são brandas comparados aos danos que são causados e há uma série de alternativas processuais e materiais, que dão uma boa noção de como o legislador enxerga a reprovabilidade de tal conduta.

Por exemplo, os crimes contra a ordem tributária podem afetar a coletividade de tal forma que a prestação de determinados serviços públicos pode ficar dificultado ou até inviável, prejudicando que a população exerça seus direitos básicos e que o Estado tenha condições financeiras de prosseguir com a execução de políticas públicas planejadas.

Os crimes contra o sistema financeiro podem gerar instabilidades econômicas de forma que os que detêm menos condições financeiras são os que mais sofrerão as consequências, por dispor de menos mecanismos de reserva. Já os crimes contra a ordem econômica, podem afetar consumidores, pequenos produtores, micro e grandes produtores, sendo comum a prática de atos que violam a concorrência, como a estruturação de lobbys.

Podemos comparar o tratamento dispensado pelo Código Penal no caso de furto, ou de crimes de natureza patrimonial, sem utilização de violência. Caso o indivíduo venha a devolver o produto do furto ou reparar o dano causado, a depender do momento em que isso se concretizar, pode ser considerado causa de diminuição de pena ou atenuante.

Se a devolução ou reparação do dano ocorrer antes do recebimento da denúncia/queixa, será causa de diminuição de um a dois terços da pena, conforme o art. 16 do Código Penal. Se for depois, será atenuante, conforme o art. 65, II, b, do mesmo diploma legal.

Já no caso de crimes tributários, de acordo com a previsão do art. 9º da Lei 10.684/2003, é suficiente para se prosseguir a extinção de punibilidade quando o sujeito ativo realiza o pagamento dos tributos ou créditos que são devidos, sendo considerado uma reparação do dano causado. Também é aplicável a atenuante prevista no art. 65, II, b do Código Penal caso o sujeito confesse ou procure minorar as consequências de sua conduta.

Nos crimes econômicos, há a possibilidade de o sujeito celebrar acordo de leniência, gerando a suspensão do prazo prescricional enquanto este estiver sendo executado, além do impedimento de oferecimento da denúncia. Além dos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90), tal benesse também é aplicável em crimes tipificados na lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) e nos crimes de associação criminosa (art. 288 do Código Penal).

O acordo de leniência, de acordo com Santos (2018) é a concessão de benefícios de abrandamento de sanções as pessoas físicas e jurídicas que colaborem de forma efetiva na identificação dos demais envolvidos em determinada infração, além de fornecer documentos e informações que corroborem na comprovação do ilícito que está em apuração.

Após o cumprimento do acordo de leniência, o sujeito tem extinta a sua punibilidade na esfera administrativa, a denúncia não chega nem ao seu oferecimento; ou têm a pena administrativa reduzida em até dois terços (conforme previsto no art. 87 da Lei nº 12.529 de 2011 c/c art. 249, parágrafo único do Regimento Interno do CADE). Já na Esfera Penal, o acordo suspende a prescrição e impede o oferecimento de denúncia. Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade também na esfera penal, de acordo com o art. 83, §2º e §3º da Lei 9.430/1996.

Outra manifestação atual da coculpabilidade nessa vertente que aprofunda desigualdades, diz respeito ao reconhecimento do princípio da bagatela para crimes contra a ordem tributária. Tanto o STF quanto o STJ têm posicionamentos admitindo o patamar de vinte mil reais, utilizando como base as portarias 75 e 130 do ano de 2012, do Ministério da Fazenda, que determina o não ajuizamento de ações fiscais quando o valor de débito não ultrapassar ou for igual a esse.

Tomando como base a lógica de que débitos inferiores a este valor não chegarão a ser executados, os Tribunais Superiores tomaram esse patamar como limite do princípio da insignificância.

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. STJ. 3ª Seção. REsp 1.709.029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/02/2018 (recurso repetitivo). [...] Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o montante do tributo não recolhido for inferior ao limite de R\$ 20.000,00 valor estipulado pelo art. 20, Lei 10.522/2002, atualizado pelas portarias 75 e 130/2012, do Ministério da Fazenda. STF. 2ª Turma. HC 155347/PR, Rel. Min. Dias Tóffoli, julgado em 17/4/2018 (Info 898).

Diante do apresentado, é nítido que no caso de persecução penal, os crimes tidos como pertencentes às elites são bem mais prováveis de serem alcançados por redução de pena ou de ser acometido por extinção de punibilidade ou até absolvição.

4.1.3. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS PARA GARANTIA DE UMA MAIOR PUNIBILIDADE DAS CLASSES MAIS PRIVILEGIADAS.

Finalmente, há uma vertente da culpabilidade às avessas que defende a punição com maior rigor dos sujeitos considerados socialmente privilegiados, com maior poder econômico, acesso a saúde e educação. Ou seja, uma forma de aumentar a reprovabilidade penal daquele com maior acesso a oportunidades e mesmo assim, escolhem delinquir.

Essa vertente traz um conceito totalmente contrário ao da coculpabilidade. Se por um lado, a primeira visa a redução de pena ou reprovabilidade daqueles indivíduos socialmente debilitados e sem acesso aos seus direitos básicos, a outra visa punir

com maior rigor aqueles que possuem posição e acessos privilegiados, aumentando a reprovabilidade de suas ações devido a sua maior autodeterminação.

Segundo Sutherland (2015) que desenvolveu a teoria da associação diferencial, os agentes tendem a reproduzir o comportamento de seus pares, o que gera uma idealização compartilhada por sujeitos que desenvolvem atividades empresárias. Tais comportamentos são assimilados e passam a formar a cultura de tais locais.

Segundo o autor, ao ocorrer a assimilação cultural com apoio dos pares na violação de normas, os indivíduos autores de crimes do colarinho branco entendem que os conteúdos das leis são desprezíveis, ou seja, a consciência do ilícito não os incomoda.

Diante disso, Sutherland (2015) enxerga que a criminalidade nesse aspecto é resultado de um maior fluxo interno de valores contrários a normatividade do que conforme o ordenamento jurídico. Assim, os delitos não se restringem aos crimes comuns, e não é condição para sua ocorrência necessariamente a carência socioeconômica do indivíduo.

O autor conclama que o chamado “homem de negócios” não vislumbrava o cometimento de infrações de forma constante como se ele fosse um criminoso, mas se enxergava como um cidadão de respeito, encontrando correspondência dessa visão dentro da sociedade.

Normalmente, o criminoso do colarinho branco, com seu poder e status social alto, não chegava a ser tratado com os procedimentos que eram dispensados aos autores de crimes comuns.

Assim, é estabelecido que realizar o estudo de indivíduos com alto poder econômico é complicado, pois o registro desses crimes era totalmente defasado, quando comparado ao número de delitos realmente cometidos. A esses tipos de delitos o autor doutrinariamente chama de cifras douradas.

A constatação da existência da criminalidade oculta fez emergir as inconsistências do conhecimento erigido com base nas estatísticas criminais pela Criminologia tradicional. Os delitos registrados, hoje sabe-se, constituem um mostra não representativa da delinquência. É notório, por exemplo, que não aparecem nas estatísticas os delitos cometidos por pessoas de alto status econômico-social, a menos que tenham sido excepcionalmente escandalosos, e, portanto, também não aparecem as formas delitivas características dessa classe social. (Kern, 2002, p. 36).

Segundo Moura (2006), não há aceitação pacífica da teoria da coculpabilidade no sentido de maior reprovação do delinquente socialmente privilegiado na doutrina penalista brasileira, pois a reprovação já estaria de certa forma delimitada no próprio tipo penal, uma vez que para esse autor, a reprovação deve se dar de forma eficiente para proteger o bem jurídico tutelado sem excessos ou deficiências.

No entanto, entendo que há espaço para aplicação da coculpabilidade às avessas no ordenamento jurídico, sem a possibilidade de realização de analogia *in malam partem*, a contrário *sensu* do que se realiza com o art. 66 do Código Penal, como atenuante genérica para a coculpabilidade.

Numa perspectiva de proporcionalidade e razoabilidade, não é bom admitir que determinado indivíduo, que detém todos os meios de acesso que o seu status social lhe proporciona, e ainda assim opta por delinquir, sofra a mesma reprovabilidade de outro indivíduo pouco instruído e com condições socioeconômicas baixas.

Ora, o indivíduo que dispõe de todas as oportunidades de estudo, trabalho, família estruturada e ainda assim resolve por exemplo realizar tráfico de drogas ou deliberadamente crimes contra a ordem tributária, merece sim, ter uma maior reprovabilidade penal, pois dotado de uma maior autodeterminação e uma potencial consciência de entendimento da ilicitude de sua conduta bem mais apurada do que a média.

Tal teoria, teria uma aplicabilidade em crimes que sejam compatíveis com uma maior reprovabilidade pela posição privilegiada do indivíduo, por isso, deve ser analisado o caso concreto para definir se naquele crime há uma autodeterminação maior do indivíduo pelas oportunidades que lhe foram concedidas no âmbito de sua classe social e acesso ao poder.

Tal aplicação encontra guarida na Constituição Federal, na figura do princípio da individualização da pena (Artigo 5º, XLVI). Assim cada indivíduo recebe a reprovação penal cabível dentro de cada caso concreto específico.

Segundo Lovato (1992), referindo-se aos crimes de natureza econômica, devido à grande lesão causada, tendo em vista a importância do bem jurídico, os criminosos de altas classes detêm um inconcebível privilégio no ordenamento apesar da reiterada violação da lei. Segundo o autor, independente da política criminal, não é razoável o tratamento dispensado aos criminosos de infrações de natureza econômica.

4.2. IMPACTO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Os crimes contra a ordem tributária são decorrentes de mandados constitucionais de criminalização. De acordo com o texto constitucional, no artigo 5º, LXI, temos que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (Brasil, 1988). Portanto, na medida em que os crimes contra a ordem tributária são efetuados, menos o Estado poderá realizar a execução de suas políticas públicas e menos serviços sociais e direitos sociais serão possíveis de serem satisfeitos.

Assim, conforme as lições de Lovato (2003) sendo os tributos essenciais para o Estado sobreviver, de forma a diminuir a desigualdade social, com promoção a educação, saúde e outros direitos fundamentais, é essencial o cuidado para que não haja inadimplência e sonegação.

Aliás, no caso do Brasil, de acordo com dados da plataforma *Sonegômetro*, que é disponibilizada desde 2013 pelo Sindicato dos Procuradores da Fazenda (SINPROFAZ), apontam que a sonegação fiscal chegou ao patamar de 626,8 bilhões de reais no ano de 2022.

Figura 1: Valor total sonegado em 2022

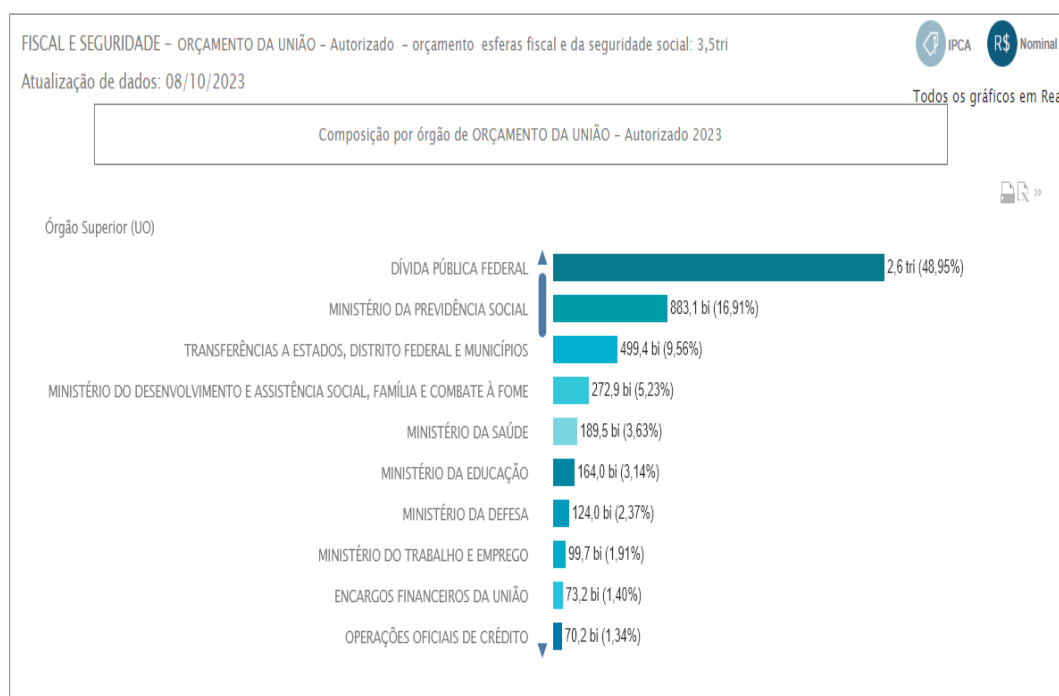


Fonte: SINPROFAZ.ORG, 2023.

Para se ter uma dimensão de valores e de serviços que poderiam ser prestados, de acordo com a plataforma SIGA Brasil, do Senado Federal, tais déficits fiscais equivalem a um valor superior a soma do orçamento da união em gastos autorizados para todos o ano de 2023, em três das seis principais despesas.

Foram considerados aqui os valores previstos no orçamento da União para todo o ano de 2023, nos ministérios do desenvolvimento e assistência social, família e combate à fome (272,9 bilhões); ministério da saúde (189,5 bilhões) e ministério da educação (164 bilhões), com um valor total de 625,9 bilhões de reais.

Figura 2: Orçamento da união de 2023



Fonte: SIGABRASIL, Senado Federal, 2023.

De acordo com a Lei nº 4.729/65, o crime de sonegação fiscal tem pena de detenção de seis meses a dois anos de detenção, e sendo o agente primário, a pena pode ser de até 10 vezes o valor do tributo.

Como já mencionado, também é passível de extinção de punibilidade no caso dos crimes tributários, quando o indivíduo pagar o débito, e os tribunais superiores entendem que essa causa de extinção é válida mesmo após o trânsito em julgado da ação penal.

Logo, o indivíduo ao praticar um crime que tem efeito de lesão a toda coletividade, tal ato é suscetível de realizar transação penal, tendo em vista que não ultrapassa dois anos de pena, de acordo com o art. 76 da Lei 9.099/95, o que faria que não chegasse nem a ser processado.

Caso haja oferecimento de denúncia, com recebimento e a causa seja julgada procedente após todo o processo, o agente terá uma pena branda, e ainda têm a possibilidade de após provocar toda a mobilização do aparato estatal para apurar o crime, obter a extinção de punibilidade mesmo após o trânsito em julgado.

Segundo o STJ, no julgamento do HC 362478- SP “o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.” (STJ, 2015).

Incide, no caso, o entendimento de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Precedente. (AP 450, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015).

O efeito disso é que grandes empresas e empresários devedores deixem que o seu nome seja inserido na dívida ativa da União. Segundo a fundação ANFIP (Associação Nacional dos Auditores fiscais e da Receita federal do Brasil), é cada vez mais comum que esses agentes recorram a esse método que é chamado de planejamento tributário.

A empresa ou pessoa física faz um levantamento avaliando se é mais financeiramente vantajoso ficar com essa dívida e ter uma maior possibilidade futuramente de abatê-la em uma negociação ou realizar o pagamento da dívida inicial com a devida correção.

Segundo dados da ANFIP, em 2015, a União tinha a receber cerca de 1,014 trilhão de reais de valores que foram sonegados e estavam na dívida ativa, isso sem contar aqueles que não se inserem nesse meio, seja por suspensão judicial, seja por qualquer outro motivo.

Entre os maiores devedores, a fundação aponta que entre os cinco maiores, se encontram a Vale (41,9 bilhões); em seguinte vêm Parmalat (24,9 bilhões); Petrobras (15,6 bilhões), Ramenzoni indústria de papel (9,7 bilhões) e Duagro (6,6 bilhões).

As empresas que mais devem para a União são bancos, mineradoras e energia elétrica. De tais empresas, 90% desse montante são de empresas grandes e dois terços da dívida está personalizada em 1% dos devedores. Até então, em valores absolutos, os três maiores setores que deviam eram: Indústria (236 bilhões), Comércio (163 bilhões) e Sistema Financeiro (89 bilhões).

Com relação a local de origem das empresas, São Paulo e Rio de Janeiro, juntas respondiam por 65% do total da dívida, sendo de 339 bilhões e 158 bilhões, respectivamente.

Com relação aos estados esse número também impressiona. Segundo o Atlas apresentado na 19ª Conafisco, a dívida dos Estados passou de um total de 682,2 bilhões, em 2015, para 987 bilhões em 2021. A dívida dos Estados é prioritariamente concentrada em grandes empresas, sendo estas de número reduzido, com alta incidência na região sudeste.

Os maiores devedores segundo o levantamento eram: Refinaria petróleo de Manguinhos (7,7 bilhões); Ambev (6,3 bilhões); Vivo (4,9 bilhões), Sagra Produtos Farmacêuticos (4,1 bilhões); Drogavida comercial de drogas (3,9 bilhões). Também foi apontado que esses devedores recebem expressivos incentivos fiscais entre outros benefícios, nos locais onde atuam.

Tomando como exemplo a Vale, segundo a Receita Federal, a empresa recebeu em 2021 o montante de 20,3 bilhões de reais em benefícios tributários, e segundo os seus próprios balanços financeiros, terminou fechando o ano com um lucro estimado de 121,2 bilhões.

Esse valor de isenção é o equivalente a mais de 1,5 vezes o valor proposto pelo projeto de lei orçamentária anual de 2024 do governo federal destinado ao programa de habitação popular minha casa minha vida, que foi estimado em cerca de 13,7 bilhões.

4.3. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS NO BRASIL

Apesar de parte dos estudiosos negar a possibilidade de aplicação da teoria da cculpabilidade às avessas no Brasil, alegando que isso poderia ser uma manifestação da responsabilidade objetiva para os “beneficiados Socioeconomicamente”, não é essa a pretensão deste presente trabalho.

A aplicação dessa teoria tem guarida para aqueles indivíduos com maior capacidade de autodeterminação e maior poder de decisão sobre a sua conduta. Assim, se destina a maior reprovabilidade daquele indivíduo o que era mais esperado que agisse conforme a lei, cumprindo a finalidade preventiva e retributiva da pena. Tal previsão tem respaldo no Art. 59 do Código Penal.

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**. (grifo nosso). (Brasil, 1940).

Assim, no caso de indivíduos que estão longe de qualquer vulnerabilidade social, é exigível um esforço maior para que ingressem na vida criminosa, o que mais uma vez justifica uma maior reprovabilidade. Como bem mencionado por Siqueira (2016, p.144) “se esforçam voluntariamente para se colocar em situação de vulnerabilidade”.

É possível apontar na doutrina pátria algum traço da coculpabilidade às avessas no âmbito do Código do Consumidor, que em seu Art. 76, IV, alínea “a”, prevê como agravante crime cometido por servidor público, ou pessoa cuja condição socioeconômica seja manifestamente superior à vítima.

Já no caso da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular), há a previsão de agravante no crime de usura (também conhecido como agiotagem), no caso de cometimento por parte de militar, funcionário público, ministro de culto religioso, ou pessoa cuja condição socioeconômica seja manifestamente superior à vítima.

Portanto, tentaremos traçar algumas alternativas para implantação dessa teoria em outras situações previstas no âmbito do Direito Penal, com objetivo de alcançar uma maior proporcionalidade e isonomia entre o bem jurídico atingido e a pena aplicada.

Acredito ser mais passível de aceitação uma previsão legislativa nesse sentido, sendo a informação mais bem absorvida socialmente e com maior grau de satisfação do princípio da legalidade, que seria de uma forma mais ampla. Alterações jurisprudenciais também são válidas, mas teria maior aceitação uma mudança de entendimento quando acompanhada de letra de lei propriamente dita.

Na primeira fase da dosimetria da pena (que não pode ultrapassar o limite mínimo e máximo abstratamente cominado a pena), a mais óbvia alternativa, seria a

previsão legislativa no art. 59 de circunstância judicial que valorasse negativamente o comportamento do agente cujos indicativos são de que possui uma boa instrução e condição socioeconômica totalmente favorável.

A delimitação dessa circunstância poderia ser difícil, mas, como exemplo, poderia ser usado o fato de o indivíduo ter formação superior na área específica do crime cometido, como quem pratica um crime tributário de alta quantia, dolo comprovado e amplo conhecimento na área para burlar a legislação, justificando maior reprovabilidade e autodeterminação sobre o fato.

Obviamente não se confundiria com a circunstância judicial da culpabilidade. Seria uma circunstância diferente, com possibilidade de valoração negativa na mesma situação, desde que se indicassem situações concretas diferentes. Por exemplo: boa instrução e condição socioeconômica totalmente favorável para justificar uma circunstância nova e emprego de engodo para burlar fiscalização, ou se aproveitar de posição privilegiada como funcionário público, como circunstância de culpabilidade.

Na segunda fase da dosimetria (que respeita o limite mínimo e máximo abstratamente cominado) poderia ser criada uma agravante genérica, semelhante à usada no crime de usura, no caso do indivíduo que comete o crime contra bens considerados coletivos ou supra individuais, comprovado que este possui alto grau de instrução, condição socioeconômica totalmente favorável e não se submete a nenhum tipo de vulnerabilidade social ou econômica.

Segundo Masson (2015) a agravante genérica é de natureza objetiva ou subjetiva, que não integram o tipo penal em sua estrutura, mas que de certa forma têm uma ligação com o tipo, com o intuito de aumentar o diminuir a pena. No caso em questão, seria proposta a criação uma agravante de natureza subjetiva.

Para Bitencourt (2012) cada agravante deve ser considerada em um aumento de um sexto da pena-base, tendo como limite a pena mínima e máxima abstratamente cominada ao delito. Além disso, o magistrado obrigatoriamente deve passar pela análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, o que cumpriria com sucesso a aplicação da teoria nesses casos.

Indo além, o reconhecimento dessa agravante poderia ser inserido no Art. 67 do Código Penal como circunstância preponderante, assim, no concurso entre essa agravante e uma atenuante genérica, essa prevaleceria. Conforme menciona Masson (2016).

Se presentes, simultaneamente, agravantes e atenuantes genéricas, a regra geral é a de que uma neutraliza a eficácia da outra. É o que se denomina de equivalência das circunstâncias. Excepciona-se essa sistemática quando existente alguma circunstância preponderante. De acordo com o art. 67 do CP, entendem-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Há, em suma, agravantes e atenuantes genéricas mais valiosas do que outras no âmbito da aplicação da pena. (Masson, 2016. p. 427)

A terceira alternativa, e mais severa, seria a inserção de uma causa de aumento, que poderia ultrapassar o limite máximo abstratamente cominado ao delito, que parece ser adequado até no máximo a proporção de um sexto da pena, pois caso excedesse muito esse valor, poderia ser o equivalente a ter uma qualificadora da pena devido a apenas essa circunstância.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foi disposto acerca dos princípios do direito penal aplicáveis a coculpabilidade em sua vertente às avessas. A reprovação na mesma intensidade de pessoas excluídas socialmente e as que são privilegiadas é uma nítida violação ao princípio da isonomia, o qual não significa tratar todos igualmente, mas tratar de forma isonômica quem se encontra em situação semelhante.

A aplicação penal deve se dar de forma proporcional. Ao mesmo tempo que ao é proibido o excesso do Estado contra o acusado (garantismo negativo), como também ao Estado é proibido de proteger de forma insuficiente os seus bens (garantismo positivo). Tal disposição deve ser observada tanto pelo legislador quanto pelo julgador.

Traçamos uma demonstração dos três conceitos mais aceitos de culpabilidade perante a doutrina, focando na culpabilidade como medida da pena para estabelecimento da reprovabilidade penal.

Todos os fatores devem ser levados em consideração para uma análise do grau de censura e reprovabilidade do comportamento em cada caso concreto. Fatores culturais, financeiros, entre outros. Todas essas variáveis devem ser vislumbradas para aferição da autodeterminação do agente e da potencialidade de compreender o injusto penal praticado.

Assim, em síntese, o indivíduo que possui uma menor capacidade de autodeterminação tem em tese um menor grau de reprovabilidade, da mesma forma que ao com maior capacidade, há uma maior reprovabilidade. Diante disso, duas teorias foram expostas: a coculpabilidade e coculpabilidade às avessas.

O reconhecimento da coculpabilidade não se refere a culpar o Estado pelo cometimento de um delito, mas apenas de reconhecer que ele não consegue realizar o cumprimento de suas obrigações constitucionalmente previstas. Dessa forma, a reprovação do agente de determinados delitos é reduzida. Se por um lado, alguns indivíduos dispõem de instruções e condições financeiras muito superiores, por outro há indivíduos que vivem em situação de pobreza extrema.

Tal instituto encontra guarida apenas em casos em que as condições de vida o tornam mais propícios ao cometimento de determinados crimes, como nos crimes contra o patrimônio. Enquanto aos indivíduos com maior poder aquisitivo é mais comum o cometimento de crimes de forma fraudulenta, ao com menor há maior

propensão ao uso de violência devido as opções mais restritas para se obter determinado objeto almejado.

A coculpabilidade não é prevista expressamente no código penal, apesar de vários países o adotarem, a exemplo de Portugal, México, Argentina, entre outros. A sua utilização atualmente encontra base na doutrina e na jurisprudência seu uso não é unanimidade, tendo divergência entre as turmas do STJ. As decisões que defendem seu uso se baseiam na atenuante genérica do art. 66 do Código Penal.

Por outro lado, a coculpabilidade às avessas foi exposta na vertente que defende uma maior valoração negativa e reprovação de indivíduos que se aproveitam da sua posição social favorecida para o cometimento de delitos. Tomando como base Zaffaroni, a tendência de um indivíduo ser punido passa pela seletividade do sistema penal, com uma maior probabilidade de punição conforme maior a vulnerabilidade do indivíduo.

A correlação entre a existência de criminalidade com a carência socioeconômica do indivíduo é rechaçada por Sutherland, que ressalta que o chamado “homem de negócios” não visualiza o seu cometimento de infrações como uma característica criminosa, tendo uma imagem sua de um cidadão de respeito, encontrando na sociedade correspondência dessa visão.

Tal criminoso, normalmente não é tratado com os mesmos procedimentos que se dispensava aos criminosos “comuns”, seus crimes são de difícil responsabilização, com registro totalmente defasado, de forma que Sutherland denomina estes delitos de “cifra dourada”.

Tomando em consideração a teoria da vulnerabilidade social de Zaffaroni e da associação diferencial de Sutherland, chegamos à conclusão sobre a maior dificuldade de responsabilização dos chamados “incluídos sociais”, apesar de que os crimes cometidos, muitas vezes, têm um dano social bem maior do que os chamados “crimes comuns”, conforme exposto por Aguiar.

Entramos na seara dos crimes contra a ordem financeira, econômica e tributária. Utilizamos como exemplo o crime de sonegação na realidade brasileira, que só no ano de 2022, gerou um prejuízo equivalente a soma do gasto anual previsto para todo o ano de 2023, no âmbito dos gastos da união com saúde, educação e desenvolvimento social.

Diante da lesão gerada e a dificuldade de responsabilização dos autores desse tipo de delito por sua proximidade com o poder e influência, visando manter uma maior

isonomia no sentido de reprovação penal, sugerimos três opções para balizamento dessa realidade, afinal o indivíduo que dispôs de todas os privilégios sociais e econômicos e ainda assim decide prosseguir na empreitada criminosa têm maior grau de autodeterminação e, portanto, maior culpabilidade.

A primeira sugestão foi a criação de uma circunstância judicial específica na primeira fase da pena, atendendo o disposto no art. 59 do Código Penal atendendo o fim preventivo e retributivo da pena. Tal circunstância poderia ser aplicada negativamente para os indivíduos com condição socioeconômica privilegiada e com boa instrução.

A segunda sugestão e a mais plausível, seria a criação de uma circunstância agravante na segunda fase da dosimetria. Essa agravante poderia ser uma agravante genérica, mas seria mais adequado uma circunstância preponderante (conforme art. 67 do Código Penal), para que se sobrepujasse quando confrontado com uma atenuante genérica. Conforme a jurisprudência do STJ, tal agravante teria uma influência de incremento de um sexto da pena, entre o mínimo e máximo abstratamente cominado.

A terceira e a mais difícil, seria a criação de uma causa de aumento, porém, tal causa não poderia ser exacerbada pois excederia a proporcionalidade da pena, já que a causa de aumento poderia ultrapassar o valor máximo abstratamente cominado, podendo funcionar na prática como uma qualificadora. Portanto, foi sugerido um valor máximo de um sexto da causa de aumento.

Por fim, conclui-se que os objetivos foram atendidos, tendo em vista que foi demonstrado o enorme prejuízo de prestação social causado pelo tratamento brando dispensado a crimes tipicamente praticados por indivíduos socialmente incluídos e demonstrado como pode haver uma compensação dessa discrepância na realidade brasileira utilizando a teoria da coculpabilidade às avessas.

Além disso, a hipótese foi confirmada tendo em vista que as benesses processuais e penais a crimes típicos de elites são diferentes, como quando comparado o tratamento dado ao crime de sonegação fiscal e ao furto por exemplo, em que ao primeiro é cabível a extinção de punibilidade mesmo após o trânsito em julgado pelo pagamento do débito, ao passo que no segundo a reparação do dano causado ou restituição é causa de diminuição da pena ou atenuante. Além das mais, as penas dispensadas a esses tipos penais são totalmente diferentes: no primeiro

caso é de seis meses a dois anos de detenção e no segundo é de um a quatro anos de reclusão.

Portanto, a pesquisa apontou que o prejuízo causado especificamente pelo crime de sonegação traz um enorme prejuízo social, com enorme diminuição da capacidade de prestação de serviços sociais pelo Estado. Para contornar isso, é válida a utilização da teoria da coculpabilidade às avessas como uma forma de garantir uma maior reprovabilidade penal durante a dosimetria da pena para esse tipo de crime, com uma melhor aplicação da proporcionalidade penal devido a lesão jurídica causada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. **Somos todos criminosos em potencial**. Niterói: Eduff, 2007, p. 28.

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milão: Giuffrè, 1983.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 269.

Atlas da Dívida Ativa revela empresas que devem quase R\$ 1 trilhão aos cofres públicos (19º Conafisco). **Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital**. Disponível em: <https://fenafisco.org.br/09/11/2022/19-conafisco-atlas-da-divida-ativa-revela-empresas-que-devem-quase-r-1-trilhao-aos-cofres-publicos/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Direito penal brasileiro, volume II, tomo II**. Rio de Janeiro: Revan. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – v. 1**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 78, livro digital.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 4.729, de 14 de julho de 1965**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 9.009, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 11.106, de 28 de março de 2005**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11106&ano=2005&ato=84cc3YE5EMRpWT769>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 10.864, de 30 de maio de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10684&ano=2003&ato=552k3Zq10dRpWTe71>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1207618&tipo=0&nreg=201001850878&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130218&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.709.029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/02/2018. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/562923789/inteiro-teor-562923799\(recurso-repetitivo\)](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/562923789/inteiro-teor-562923799(recurso-repetitivo)). Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma. HC 155347/PR, Rel. Min. Dias Tóffoli, julgado em 17/4/2018 (Info 898). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo898.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

CONCURSO de circunstâncias agravantes e atenuantes. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/agravantes-e-atenuantes-genericas-1/concurso-de-circunstancias-agravantes-e-atenuantes>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Conheça a lista dos maiores sonegadores de impostos do Brasil. **Fundação Anfip**. Disponível em: <https://fundacaoanfip.org.br/conheca-a-lista-dos-maiores-sonegadores-de-impostos-do-brasil-2/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

CRIME de Usura. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/crime-de-usura#:~:text=Em%20seu%20artigo%204%C2%AA%2C%20a,parte%20para%20obter%20lucro%20excessivo>. Acesso em: 29 ago. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – parte especial**, vol. 3. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal - parte especial**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2/repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Editora Loyola, 2011.

GMEINER, Júlia Caminhag Lopes; AUGUSTO, Flávio Maretti Sprilli Siqueira. **Da coculpabilidade a coculpabilidade às avessas: as duas faces do princípio da igualdade no direito penal**. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/25/21>. Acesso em: 20 jul. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. **Sexo, poder, dinheiro e rolex**. Renan, Mônica, Mendes Junior e Luciano Huck. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1651, 8 de janeiro de 2008. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10832>. Acesso em: 29 ago. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19ª ed. - Niterói/RJ: Impetus, 2017.

LEITE, Igor. **As teorias do crime e a valoração paralela na esfera do profano**. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51197/as-teorias-do-crime-e-a-valoracao-paralela-na-esfera-do-profano>. Acesso em: 29 Ago. 2023.

LEE, Mileny Cabral. **A teoria da coculpabilidade sob a perspectiva teórico-empírica: uma análise de sua incidência na justiça estadual mineira**. Uberlândia. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/34167/3/TeoriaCoculpabilidadePerspectiva.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes tributários: aspectos criminais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOVATTO, Alécio Adão. **Dos crimes contra a ordem tributária ou sonegação fiscal**. Revista do Ministério Público-RS, Porto Alegre, n. 28, p. 35-48, 1992.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1**. 11.^a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MATTE, Natalia Allet. **O Princípio da Coculpabilidade e sua (in)aplicabilidade no Direito Penal brasileiro**. Biguaçu, 2008. Monografia científica em Direito na Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALE. Disponível em: <https://docplayer.com.br/57363202-Universidade-do-vale-do-itajai-natalia-allet-matte-o-principio-da-co-culpabilidade-e-sua-in-aplicabilidade-no-direito-penal-brasileiro.html>. Acesso em: 20 jul. 2023.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo: tradução Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gil Sá Leitão Rios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

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

NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte especial**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Adequação social e risco permitido**: aspectos conceituais e delimitativos. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v.95, n.844, p.435-451, fev. 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. t. 1. 1 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 293.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 85.

SIGA BRASIL, Painei Cidadão. **Senado Federal**. 2023. Disponível em: <https://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qww&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrçamentoVisaoGeral>. Acesso em: 29 ago. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

SONEGAÇÃO de Imposto. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2016)**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/sonegacao-de-imposto>. Acesso em: 29 ago. 2023.

SUTHERLAND, Edwin H. **A criminalidade de colarinho branco**. Trad. Lucas Minorelli. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. UFRGS VOL. 2, N.º 2, p.93-103. 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/0>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 10ª. ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2013. Pág. 547.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI. **Sistemas Penales y Derechos Humanos**. Vol. I. Depalma: Buenos Aires, 1986. Apud, CARVALHO, Salo de. Política Criminal Contemporânea – Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. In: Alexandre Wunderlich (coordenador). A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: Fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul.