

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATHÁLIA FIGUEIREDO PALMEIRA

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA
(IN)APLICABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO**

VITORIA
2017

NATHÁLIA FIGUEIREDO PALMEIRA

**O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUA
(IN)APLICABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito parcial para aprovação na disciplina Elaboração de TCC. Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho

VITORIA

2017

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo inicial identificar como o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo se posiciona com relação ao princípio da coculpabilidade. Para tanto, inicia-se com o levantamento dos acórdãos proferidos pelas suas Câmaras Criminais, seguido da análise do resultado dos julgamentos dos pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, que apontou a rejeição do tribunal local ao princípio. Passa-se então a identificar os argumentos utilizados pelos desembargadores para negar a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade, que se concentraram basicamente na ausência de prova da pobreza ou de que a pobreza foi a causa determinante do delito, e na ausência de previsão legal e de aceitação do princípio pelos tribunais superiores. A seguir, parte-se para o objetivo principal do trabalho, que é expor a fragilidade dos argumentos adotados pelas câmaras criminais, e defender a aplicação do princípio da coculpabilidade. No que diz respeito ao primeiro argumento, defende-se que a inadimplência estatal que se pretende ver compensada pela aplicação do princípio configura fato notório, portanto, prescinde de prova. Após, demonstra-se que para o reconhecimento da responsabilidade do Estado na criminalização dos segmentos sociais mais vulneráveis, o que se deve provar não é que a pobreza foi a causa determinante do delito, mas sim que foi a causa determinante para que houvesse punição penal. Sobre o segundo argumento, confirmou-se que o princípio da coculpabilidade é princípio constitucional implícito, decorrente dos princípios da igualdade e da individualização da pena. Apresentou-se, ainda, algumas legislações que apontam para o reconhecimento da coculpabilidade estatal no âmbito penal. Concluiu-se que não existe qualquer impedimento para a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, mas recomendou-se a sua positivação como forma de garantir a sua observância pelos operadores do direito.

Palavras-chave: Penal. Atenuante. Coculpabilidade. Vulnerabilidade.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Delitos relacionados aos pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade.....	14
Gráfico 2 – Fundamentos usados para justificar a inaplicabilidade do princípio da coculpabilidade.....	16

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Resultado dos julgamentos dos pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade.....	14
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.....	08
1.1 LEVANTAMENTO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TJES.....	11
1.2 IDENTIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA NEGAR A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE.....	15
2 A SELETIVIDADE PENAL É FATO NOTÓRIO QUE PRESCINDE DE PROVA.....	19
2.1 A DESNECESSIDADE DE PROVA DOS FATOS NOTÓRIOS.....	20
2.2 A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO CAUSA DETERMINANTE DA PUNIÇÃO PENAL.....	23
3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE É PRINCÍPIO IMPLÍCITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	30
3.1 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	31
3.2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	33
3.3 A TENDÊNCIA DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL EM RECONHECER A COCULPABILIDADE DO ESTADO.....	35
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

A inclusão dos direitos sociais dentre os direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, conferiu ao poder público o dever de fornecer prestações materiais mínimas para assegurar a todos as condições necessárias para uma existência digna.

A observação da realidade, contudo, evidencia a inatividade estatal na implantação de políticas de inclusão social, responsável direta pela inserção de grande parte da população em uma situação de vulnerabilidade social, que se mostra determinante no processo de criminalização operado pelo sistema penal.

Diante desse fato, o princípio da coculpabilidade pretende o reconhecimento da corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, sempre que ficar demonstrado que foram motivados pela condição de miserabilidade do autor, devendo tal circunstância ser considerada para uma possível atenuação da sanção penal.

Atentos ao direito fundamental do condenado de ter a sua pena ajustada às suas condições pessoais, muitos advogados e defensores públicos têm pleiteado a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, na tentativa de assegurar punições mais adequadas para aqueles que, por estarem imersos em um contexto de vulnerabilidade social, ficam mais suscetíveis a serem selecionados pelo sistema penal.

Partindo da hipótese de que o princípio da coculpabilidade não é aceito no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), o objetivo inicial deste trabalho foi identificar como o tribunal local se posiciona com relação ao princípio da coculpabilidade, e quais são os argumentos utilizados para sustentar a sua (in)aplicabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

Assim, o primeiro capítulo destina-se a apresentar o procedimento seguido para o levantamento dos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais do TJES, bem como

o resultado acerca da aplicabilidade do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica, para só então identificar quais foram os principais argumentos retratados nos acórdãos para justificar o posicionamento do tribunal.

Uma vez confirmada a hipótese, passou-se ao objetivo principal deste trabalho, que foi o de defender a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, tendo em vista a fragilidade dos argumentos adotados pelas Câmaras Criminais.

Para isso, o capítulo dois promove uma interação entre os escritos de Moacyr Amaral Santos e as lições sempre atuais de Augusto Thompson, para discutir a necessidade de que se prove que a pobreza foi a causa determinante do delito, para a aplicação do princípio da coculpabilidade.

Por fim, o capítulo três faz uma incursão na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais, para demonstrar a pertinência da afirmação de que o princípio da coculpabilidade não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, o presente trabalho pretende viabilizar o uso do princípio da coculpabilidade como instrumento jurídico para a redução dos danos causados pela seletividade ínsita do poder punitivo, de modo a conter a violência dispensada aos escolhidos para compor a clientela do sistema penal.

Considerando a inversão de prioridades do poder público, que cada vez mais investe em repressão policial e encarceramento, em detrimento das políticas sociais, qualquer recurso tendente a amenizar as consequências nefastas da atuação discriminatória da justiça criminal na pessoa do condenado, deve sempre merecer especial atenção dos operadores do direito.

1 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O princípio da coculpabilidade é um princípio ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, e de tímida aparição no ofício judicante penal, o que faz dele uma norma de rara aplicação, ainda que torne factível a tão necessária aproximação entre direito penal e sociologia¹, especialmente em um Estado marcado pela desigualdade social, como é o brasileiro.

Em uma esclarecedora síntese, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 547) assim explicam a chamada coculpabilidade:

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

A bem da verdade que o próprio Zaffaroni, mais tarde, concluiu pelo equívoco no uso da coculpabilidade², propondo em seu lugar o conceito de *culpabilidade pela vulnerabilidade*, por entender que a seletividade criminalizante é determinada não pelo cometimento do injusto, mas sim pelo grau de vulnerabilidade do indivíduo ao sistema penal (ZAFFARONI, 1991. p. 268).

¹ Compartilha-se do entendimento esposado por Bissoli Filho (2015, p. 121), de que “[...] para entender o objeto da ciência do direito penal, deve-se reconhecer que os fundamentos dessa ciência estão em outras áreas do conhecimento humano, seja ele filosófico, sociológico, histórico, político, econômico, criminológico e político criminal. É que a ciência do direito penal, como uma área específica do conhecimento jurídico, também depende do conhecimento de outras áreas, sendo alguns fundamentais, para não dizer imprescindíveis, para a sua compreensão.”

² Diz Zaffaroni (2004, p. 11): “A co-culpabilidade (*Mit-Schuld*) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um *direito penal classista em dois tempos*; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.”

Apesar das diferenças conceituais entre os dois institutos, ambos pretendem o reconhecimento da corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, razão pela qual serão aqui tratados como sinônimos, tendo a opção pelo uso do termo coculpabilidade se dado, apenas, por ser esse o que vem sendo mais comumente empregado pela doutrina e referenciado pela jurisprudência brasileira.

Assim, por princípio da coculpabilidade entende-se a repartição, com o Estado e a sociedade, da responsabilidade pelo cometimento de um crime, sempre que ficar demonstrado que a infração penal possui relação com a inatividade estatal.

Tal princípio funda-se na ideia de que, se o poder público não cumpre o seu dever de implementar as prestações materiais mínimas impostas pelo ordenamento constitucional, também não pode simplesmente ignorar a influência dessa omissão na seleção das pessoas que serão punidas, devendo as circunstâncias sociais nas quais está inserido ser consideradas para uma possível atenuação da sanção penal.

É certo que toda pessoa condenada possui o direito fundamental de ter a sua pena ajustada às suas condições pessoais, de modo que exercer igual juízo de reprovação sobre conduta praticada por pessoas que ocupam diferentes posições na estrutura social, e que em razão delas, tiveram em suas vidas acesso a diferentes oportunidades, configuraria uma clara afronta ao princípio da individualização da pena.

Dessa forma, o princípio da coculpabilidade surge como uma alternativa para promover a igualdade material também no âmbito penal, ao viabilizar a aplicação de penas mais adequadas para aqueles que, por estarem imersos em um contexto de vulnerabilidade social, tendem a ser regularmente selecionados pelo sistema penal³.

Contudo, para que a ausência de previsão expressa do princípio da coculpabilidade na legislação penal não seja usada como óbice para a sua aplicação, diversos

³ Diante dos conceitos mais ou menos abrangentes referentes ao sistema penal, aquele que se adota no presente trabalho é o apresentado por Zaffaroni et al. (2003, p. 60-61), para quem sistema penal é “[...] o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção.”, sendo essas agências as políticas, as judiciais, as policiais, as penitenciárias, as de comunicação social, as de reprodução ideológica e as internacionais.”

doutrinadores têm sugerido a inserção da coculpabilidade no Código Penal brasileiro, que poderia ser operada de até quatro maneiras distintas.

A primeira proposta de positivação é como circunstância judicial prevista no artigo 59⁴. É tida como a mais tímida dentre as quatro, ante a inutilidade do seu reconhecimento nos casos em que a pena-base for fixada no mínimo legal (MOURA, 2015, p. 128).

A segunda proposta é como atenuante genérica prevista no artigo 65 do Código Penal, pela inserção de mais uma alínea no inciso III do citado artigo. Apesar de mais efetiva, por reduzir a discricionariedade do magistrado quanto a sua aplicação, também esbarra na possibilidade de se tornar inócua, considerando o atual posicionamento jurisprudencial de que as atenuantes genéricas não podem trazer a pena aquém do mínimo legal (MOURA, 2015, p. 128).

Uma terceira proposta é que se acrescente um parágrafo ao artigo 29 do Código Penal, que preveja uma causa de diminuição para os casos em que as precárias condições sociais do apenado tenham influenciado no cometimento do crime. É a hipótese que permite uma melhor individualização da sanção aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal (MOURA, 2015, p. 128-129).

Por fim, a quarta – e mais audaciosa – proposta de positivação da coculpabilidade é como mais uma causa de exclusão da culpabilidade. Assim, sempre que o estado social de miserabilidade do agente for tal, que a sua conduta, além de já ser esperada pelos demais, é consequência exclusiva da inadimplência estatal, não incidiria sobre ele qualquer reprovação penal (MOURA, 2015, p. 129).

Porém a doutrina tem admitido – e os julgadores que a reconhecem têm feito – a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica do artigo 66 do

⁴ Esta havia sido a hipótese adotada na proposta de reforma da parte geral do Código Penal, elaborada pela Comissão Especial presidida por Miguel Reale Júnior, porém o relatório final, apresentado pela Comissão de Juristas destinada a elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal, retirou a coculpabilidade dentre as circunstâncias judiciais a serem consideradas para a individualização da pena. Já a atenuação inominada, presente no Código Penal atual, foi mantida. O inteiro teor do relatório final está disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

Código Penal, por entenderem se tratar de direito constitucional implícito, portanto, plenamente vigente e independente de positivação.

Sobre as circunstâncias atenuantes, tratam-se de elementos que circundam o crime, cuja presença obriga o julgador a reduzir a pena definida na primeira etapa, não existindo previsão legal quanto a quantidade de redução, que é estabelecida ao arbítrio do juiz.

Diferentemente das circunstâncias agravantes, que estão previstas de forma taxativa nos artigos 61 e 62 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes elencadas no artigo 65 são apenas exemplificativas, uma vez que o artigo 66 autoriza a atenuação da pena também em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, ainda que não prevista em lei, o que convencionou-se chamar de atenuante genérica inominada.

Diante dessa possibilidade, a presente monografia tem como objetivo inicial identificar como o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo se posiciona com relação ao princípio da coculpabilidade, e quais são os argumentos utilizados nos acórdãos provenientes de suas Câmaras Criminais para sustentar a sua (in)aplicabilidade como atenuante genérica inominada do artigo 66 do Código Penal.

1.1 LEVANTAMENTO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TJES

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, conforme disposto no seu regimento interno⁵, é composto por vinte e seis desembargadores e tem como órgãos julgadores: a. Tribunal Pleno; b. Conselho da Magistratura; c. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas; d. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas; e.

⁵ Todos os dados referentes à organização do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo foram retirados do seu regimento interno (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução nº 15/95. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/PDF/legislacao/REGIMENTO_INTERNO_2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017).

Câmaras Criminais Reunidas; f. Câmaras Cíveis Isoladas; g. Câmaras Criminais Isoladas.

Existem duas Câmaras Criminais Isoladas no TJES, sendo a Primeira Câmara Criminal integrada por quatro desembargadores e a Segunda Câmara Criminal integrada por três, a quem compete julgar, dentre outros⁶, os recursos que foram objeto de análise no presente estudo, que são os das decisões do Tribunal do Júri e dos juízes de primeiro grau.

Nas Câmaras Isoladas, os autos são distribuídos a todos os desembargadores, porém para o julgamento de cada processo apenas três têm direito a voto, sendo eles o relator, escolhido mediante sorteio, o revisor, se for o caso, e outro membro, guardada a ordem decrescente de antiguidade.

As decisões do Tribunal são redigidas em forma de acórdãos, nos quais constam a espécie e o número do feito, os nomes das partes, os fundamentos e as conclusões, e devem, após a sua lavratura, ter as suas conclusões publicadas no Diário da Justiça no prazo máximo de dez dias.

Os acórdãos também estão disponíveis no site do TJES, e podem ser consultados na aba “Consultas”, selecionando a opção “Jurisprudência”.

O procedimento para o levantamento dos acórdãos teve início por meio de consulta à jurisprudência no site do TJES, na qual se utilizou como palavras-chave, primeiro a expressão “co-culpabilidade”, e depois a expressão “coculpabilidade” – devido às alterações na língua portuguesa promovidas pelo Novo Acordo Ortográfico, em vigor no Brasil desde 1º de janeiro de 2016 –, e se delimitou o período dos julgados entre 1º de janeiro de 2010 e 15 de setembro de 2017.

⁶ Art. 55 - Às Câmaras Criminais Isoladas, compete:

[...]

II - julgar:

a) - os recursos das decisões do Tribunal do Júri e dos Juízes de primeiro grau, inclusive quando relativas a medidas aplicáveis a menores em situação irregular, os acusados de prática de fato definido como infração penal, nos termos da legislação especial, bem como as proferidas em HABEAS CORPUS;

b) - os embargos de declaração opostos a seus acórdãos. (Ibidem, p. 27-28.)

O sistema de buscas apresentou um total de 52 acórdãos com o termo “co-culpabilidade”, dos quais apenas 4 diziam respeito ao princípio em análise, e um total de 10 acórdãos com o termo “coculpabilidade”, todos relacionados ao princípio da coculpabilidade.

Os 14 acórdãos⁷ selecionados foram salvos no banco de dados e armazenados em pastas nomeadas com a palavra-chave correspondente para posterior análise, na qual foram recolhidos dados que pudessem contribuir para traçar o perfil decisório do TJES, quais sejam, a câmara criminal responsável pelo julgamento, o delito pelo qual o apelante foi condenado e os argumentos utilizados para justificar a aplicação, ou não, do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica inominada do artigo 66 do Código Penal.

Após a análise dos acórdãos, pôde-se verificar que os pedidos de aplicação do princípio foram, em sua maioria, em favor de réus condenados por homicídio ou tentativa de homicídio, que representaram juntos o percentual de 43%. Os condenados por crimes patrimoniais foram responsáveis por 35% dos pedidos (14% furto, 14% roubo e 7% latrocínio), enquanto os condenados por tráfico de drogas ou tráfico e associação para o tráfico representaram o percentual de 22%.

⁷ TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0001983-28.2012.8.08.0030, Rel. Des. ADALTO DIAS TRISTÃO, J. 25/05/2016, DJ 03/06/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0006628-85.2014.8.08.0011, Rel. Des. Sub. MARCELO MENEZES LOUREIRO, J. 22/06/2016, DJ 01/07/2016; TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0017534-75.2012.8.08.0021, Rel. Des. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, J. 06/07/2016, DJ 19/07/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0000787-73.2005.8.08.0028, Rel. Des. NEY BATISTA COUTINHO, J. 10/08/2016, DJ 26/08/2016; TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0807432-59.2006.8.08.0024, Rel. Des. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, J. 21/09/2016, DJ 21/09/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0015400-32.2013.8.08.0024, Rel. Des. Sub. ROGERIO RODRIGUES DE ALMEIDA, J. 28/09/2016, DJ 14/10/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0013755-75.2009.8.08.0035, Rel. Des. Sub. HELOISA CARIELLO, J. 05/10/2016, DJ 14/10/2016; TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0019489-06.2010.8.08.0024, Rel. Des. Sub. JULIO CESAR COSTA DE OLIVEIRA, J. 26/10/2016, DJ 09/11/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0016735-81.2016.8.08.0024, Rel. Des. NEY BATISTA COUTINHO, J. 09/11/2016, DJ 21/11/2016; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0000559-69.2013.8.08.0044, Rel. Des. NEY BATISTA COUTINHO, J. 07/12/2016, DJ 19/12/2016; TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0008146-33.2011.8.08.0006, Rel. Des. ADALTO DIAS TRISTÃO, J. 05/04/2017, DJ 12/04/2017; TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0017933-05.2010.8.08.0012, Rel. Des. Sub. FABRICIA BERNARDI GONÇALVES, J. 05/04/2017, DJ 12/04/2017; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0037525-57.2014.8.08.0024, Rel. Des. SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, J. 24/05/2017, DJ 02/06/2017; TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0018412-83.2015.8.08.0024, Rel. Des. PEDRO VALLS FEU ROSA, J. 28/06/2017, DJ 10/07/2017.

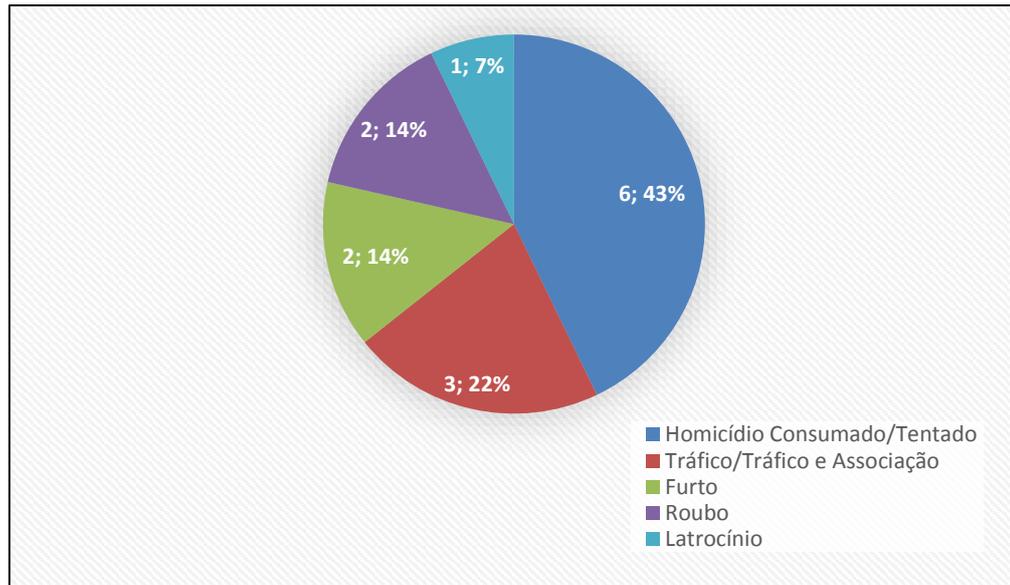


Gráfico 1 – Delitos relacionados aos pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade.

A tabela abaixo demonstra, ainda, a divisão do total de pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade julgados por cada câmara criminal, sendo que o percentual de provimentos deixa clara a rejeição do TJES ao princípio da coculpabilidade.

	Total de Pedidos Julgados	Concedidos	(%)	Negados	(%)
Primeira Câmara	8	0	0	8	100
Segunda Câmara	6	0	0	6	100

Tabela 1 – Resultado dos julgamentos dos pedidos de aplicação do princípio da coculpabilidade.

Ante o exposto, resta identificado o posicionamento unânime do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo pela não aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica inominada do artigo 66 do Código Penal, cabendo agora verificar quais justificativas foram retratadas nos acórdãos para negar aos apelantes o direito a atenuação da pena.

1.2 IDENTIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA NEGAR A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

A decisão judicial, embora se pretenda puramente racional, é, na verdade, eivada de subjetivismo, proveniente dos mais diversos fatores que circundam a realidade do julgador, e ainda mais perceptível em tempos de incentivo ao protagonismo judicial como forma de concretizar direitos.

Por essa razão, a decisão por este e não por outro argumento, embora não se admita explicitamente, se mostra, cada vez mais, como o resultado de uma interpretação da lei segundo a consciência do julgador⁸.

Numa crítica a essa tendência, Streck (2010, p. 105) defende que a concretização dos textos jurídicos não pode estar subordinada à subjetividade do intérprete, e que é a Constituição quem deve conformar a atividade do jurista, de modo que a decisão “não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, [...]”.

O combate ao livre convencimento judicial assume especial relevo no atual contexto de expansionismo punitivo, onde a crença no direito penal como solução para problemas sociais, acaba por influenciar o julgador a priorizar interpretações arbitrárias, quase sempre violadoras de direitos fundamentais.

Diante disso, a identificação dos argumentos que motivaram a rejeição do princípio da coculpabilidade no TJES é fundamental, não só para verificar a sua adequação ao que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, mas principalmente, o nível de racionalidade que conduziu o processo decisório.

⁸ Streck (2010, p. 24-25, grifo do autor) cita alguns exemplos de decisões que fundamentaram expressamente suas conclusões na consciência do julgador, sendo o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, sem dúvida, o mais representativo de todos: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.*”

Da análise dos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais do TJES, verificou-se que os fundamentos utilizados para afastar a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade seguiam uma tendência comum, conforme a câmara criminal responsável pelo julgamento.

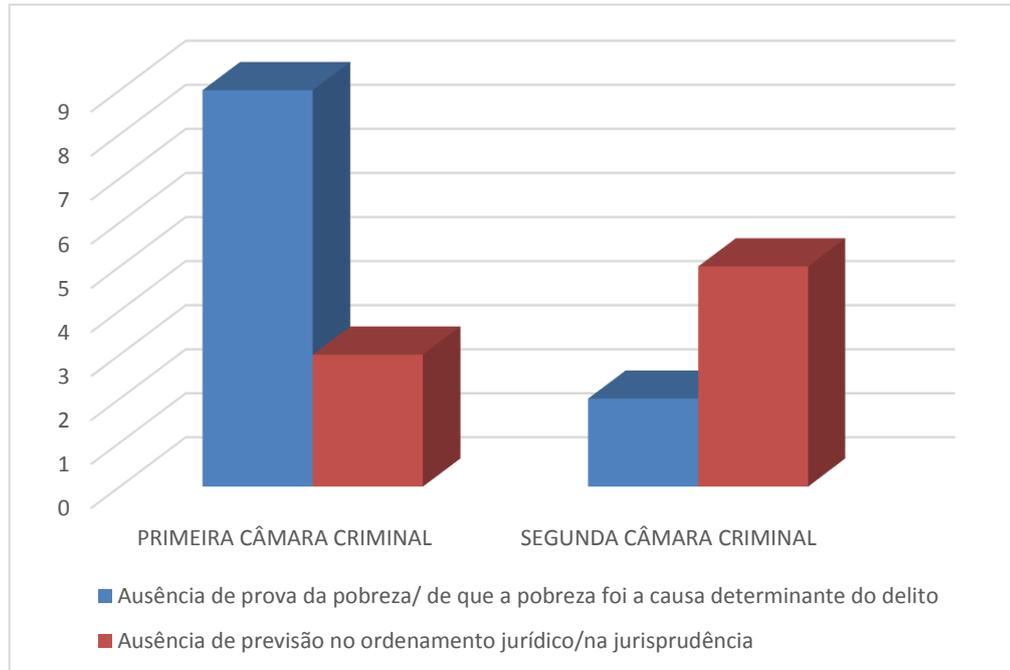


Gráfico 2 – Fundamentos usados para justificar a inaplicabilidade do princípio da coculpabilidade.

Nota-se que a Primeira Câmara Criminal tendeu a concentrar a inaplicabilidade do princípio da coculpabilidade no elemento prova, ao exigir a comprovação de que a condição de vulnerabilidade social do apelante foi a causa determinante para a prática do delito. Veja-se alguns exemplos:

Conforme bem ponderado pela Douta Procuradoria de Justiça, **a defesa não demonstrou qualquer circunstância que justifique a aplicação da aclamada atenuante, não podendo a simples condição social do acusado servir de amparo ao reconhecimento da teoria em comento** (TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0006628-85.2014.8.08.0011, Rel. Des. Sub. MARCELO MENEZES LOUREIRO, J. 22/06/2016, DJ 01/07/2016, grifo nosso).

Baseando-se nisso, não há que se falar em atenuante inominada pela teoria da coculpabilidade, se esta não encontra assento no ordenamento jurídico pátrio, e **nem mesmo houve comprovação de que a propalada condição de pobreza do apelante foi a causa determinante para a prática do delito**, pelo que se impõe a rejeição desse ponto no que tange à fase intermediária da dosimetria (TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0000787-73.2005.8.08.0028, Rel. Des. NEY BATISTA COUTINHO, J. 10/08/2016, DJ 26/08/2016, grifo nosso).

Todavia, além das alegações apresentadas não terem sido acompanhadas de qualquer dado concreto, não é admitida a aplicação da teoria da coculpabilidade do Estado para justificar a incidência da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, uma vez que, apesar das desigualdades sociais existentes em nossa sociedade, **não há como aferir a real influência da condição de miserabilidade do agente para a prática do delito**, não constituindo uma circunstância relevante relacionada à conduta do acusado (TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0037525-57.2014.8.08.0024, Rel. Des. SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, J. 24/05/2017, DJ 02/06/2017, grifo nosso).

Quanto ao pedido de aplicação da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal pela teoria da coculpabilidade, observo que **inexistem elementos que demonstrem a extrema pobreza e o abandono por completo do apelante pela sociedade** (TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0018412-83.2015.8.08.0024, Rel. Des. PEDRO VALLS FEU ROSA, J. 28/06/2017, DJ 10/07/2017, grifo nosso).

Apesar de as justificativas terem se mostrado bastante semelhantes, independentemente da conduta criminosa em julgamento, foi possível identificar uma resistência maior do julgador em conceber o vínculo existente entre a inadimplência estatal e a prática do delito, em caso de crime cometido com violência. Veja-se:

Assim, no caso em análise, entendo que não há como se eximir o acusado parcialmente das consequências do ilícito praticado, ou mesmo concluir que teria sido conduzido a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou, ainda, porque teria menor âmbito de auto determinação em razão de eventuais condições desfavoráveis, uma vez que **inviável conceber que a prática de homicídio qualificado, cujo móvel foi a rivalidade entre grupos pelo controle do tráfico de drogas (motivo torpe), e executado com o emprego de arma de fogo (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), seria decorrente de repentina inadimplência estatal** no cumprimento da sua obrigação de reconhecer, concretamente, determinado direito fundamental do agente, sobretudo em se considerando a futilidade, audácia e a crueldade dos meios pelos quais foi cometido o ilícito (TJES, Primeira Câmara Criminal, Apelação nº 0015400-32.2013.8.08.0024, Rel. Des. Sub. ROGERIO RODRIGUES DE ALMEIDA, J. 28/09/2016, DJ 14/10/2016, grifo nosso).

Por outro lado, a Segunda Câmara Criminal concentrou seu argumento na ausência de previsão legal do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, e na falta de respaldo dos tribunais superiores, se valendo, em quase todos os acórdãos, de trecho do voto proferido pelo Desembargador Relator Adalberto Dias Tristão, no julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 21130043132, para justificar a sua decisão.

No entanto, segundo entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ao qual me filio, “não cabe a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal Brasileiro, que estabelece que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, invocando a coculpabilidade do Estado, eis que **tal teoria trata-se de construção doutrinária, que não possui previsão legal, muito menos é aceita pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.**” (TJES, Classe: Embargos de Declaração Ap, 21130043132, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data da Publicação no Diário: 23/02/2015). (TJES, Segunda Câmara Criminal, Apelação nº 0807432-59.2006.8.08.0024, Rel. Des. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, J. 21/09/2016, DJ 21/09/2016, grifo nosso.)

Portanto, a análise dos acórdãos proferidos pelas câmaras criminais do TJES identificou que são, basicamente, dois os argumentos utilizados para rejeitar a aplicação do princípio da coculpabilidade, a saber: a. a ausência de prova da situação de pobreza ou de que a pobreza foi a causa determinante do delito; e, b. a ausência de previsão legal e de aceitação do princípio da coculpabilidade pelos tribunais superiores.

Chega-se, com isso, ao objetivo principal deste trabalho, que é expor a fragilidade dos argumentos adotados pelas câmaras criminais, e, por meio de pesquisa bibliográfica, defender a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica inominada do artigo 66 do Código Penal.

2 A SELETIVIDADE PENAL É FATO NOTÓRIO QUE PRESCINDE DE PROVA

O Código de Processo Penal, ao adotar o sistema da persuasão racional, conferiu ao juiz criminal a liberdade para escolher, dentre todas as provas produzidas em contraditório judicial, aquelas que irão auxiliá-lo na procura da verdade.⁹

Assim, é por meio da prova que se confere ao julgador subsídios para decidir acerca da veracidade das alegações trazidas pelas partes, para que delas decorram os efeitos jurídicos previstos em lei.

No entanto, apenas serão objeto de prova os fatos alegados pelas partes que sejam pertinentes, assim entendidos os que tenham relação com a causa, além de relevantes, que são os verdadeiramente capazes de influenciar a convicção do julgador (MARCÃO, 2016, p. 423).

Ainda que a regra no processo penal seja que todos os fatos precisam ser provados, há algumas poucas exceções, emprestadas do Código de Processo Civil (BRASIL, 2016, p. 96), que prescindem de prova. São elas:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Porém, em se tratando de processo penal, não serão todos os fatos acima que dispensarão prova, conforme explica Badaró (2015, p. 396, grifo do autor):

No processo penal, embora não haja regra semelhante, os fatos impertinentes, irrelevantes e notórios não são objetos de prova. Entretanto, mesmo os **fatos incontroversos** vêm a ser objeto de prova (por exemplo, não é porque o réu confessou que ele deve ser condenado).

⁹ A verdade que se entende possível de alcançar através do processo penal é a verdade formal ou processual, assim definida por Aury Lopes Junior (2017, p. 373): “Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.”

Desse modo, mesmo no processo penal, apenas serão objeto de prova os fatos que sejam pertinentes e relevantes, desde que não sejam presumidos nem notórios.

2.1 A DESNECESSIDADE DE PROVA DOS FATOS NOTÓRIOS

Por notório deve se entender aquele fato que é “do conhecimento geral, em relação ao qual não pairam dúvidas da sua existência e certeza, pelo menos no âmbito de parte da sociedade.” (MONTENEGRO FILHO, 2005, p. 462).

Trata-se de fato que possui a mesma importância que os demais fatos alegados pelas partes, porém, devido a sua notoriedade no momento e no lugar em que a decisão foi proferida, não depende de prova para ser aceito como verdadeiro.

Tanto os fatos notórios, como as regras de experiência, são espécies de fatos conhecidos pelo juiz em razão de sua ciência privada, mas que podem ser usados por ele no julgamento dos fatos alegados.

É certo que a lei confere ao juiz o direito de formar livremente sua convicção, porém isso deve ser feito conforme a apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, lhe sendo vedado julgar baseado em fatos que conhece em razão de sua ciência privada (SANTOS, 2000, p. 748).

Tal vedação se justifica pela necessidade de assegurar a imparcialidade e o senso crítico do juiz, que restariam comprometidos se lhe fosse permitido atuar como julgador e testemunha dentro do processo.¹⁰

¹⁰ Explica Santos (2000, p. 748): “Se fôsse (sic) permitido ao juiz utilizar-se no processo de suas informações extrajudiciais e de atingir às turvas reservas da memória para trazer fora dos resíduos de observações ocasionais tudo aquilo que por ventura se referisse aos fatos da causa, êle (sic), sob as vestes de juiz, executaria na realidade funções de testemunha; e os perigos de inexata ou incompleta percepção, de arbitrária reprodução, de insciente parcialidade, que são inerentes a tôda (sic) testemunha, ficariam nesse caso sem corretivo algum, porque não interviria, para removê-los ou atenuá-los, a avaliação objetiva de pessoa diversa da testemunha.”

Nesse sentido, o uso do conhecimento privado do juiz acerca dos fatos notórios configurará exceção a essa regra, permitida por não representar qualquer incompatibilidade com o exercício da função jurisdicional.¹¹ Explica-se.

Todo juiz possui conhecimentos extrajudiciais, produto das experiências vividas em sociedade, que inevitavelmente serão utilizados por ele no momento de aplicar o direito, os quais se convencionou chamar de “máximas de experiência” ou “regras de experiência” (SANTOS, 2000, p. 749).

As regras de experiência são “juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de média cultura.” (SANTOS, 2000, p. 749).

Embora haja uma certa afinidade entre as regras de experiência e os fatos notórios, tais noções não se confundem, pois a regra de experiência não é um fato, mas apenas um juízo formado a partir da observação do que ordinariamente acontece.

Porém, fazendo ambos igualmente parte da cultura geral de uma dada esfera social, qualquer afirmação neles fundada traz consigo o efeito da apreciação coletiva, de modo que “estas noções podem, pois, ser utilizadas pelo juiz sem necessidade de conferência e sem crítica, porque a conferência e a crítica já se completaram fora do processo” (SANTOS, 2000, p. 750), o que justifica a aceitação dos fatos notórios independentemente de prova.

Importa dizer que a notoriedade é um conceito relativo, uma vez que encontra limitação no espaço e no tempo, entretanto o seu reconhecimento exige apenas que seja conhecido em determinada esfera social, não importando se por maior ou menor número de seus membros (SANTOS, 2000, p. 751).

¹¹ Santos (2000, p. 750), citando Calamandrei, conclui que “[...] se a proibição de utilizar-se o juiz, no processo, de sua ciência privada, tem razão determinante na incompatibilidade entre a função de juiz e a de testemunha, é evidente que esta proibição não pode subsistir para aquelas noções (máximas de experiência ou juízos sobre (sic) fatos singulares) que o Juiz encontra já pertencentes ao patrimônio cultural de uma determinada esfera social; porque, não havendo necessidade de exercer sobre (sic) as mesmas qualquer apreciação crítica, à qual deve sempre estar sujeito o depoimento individual da testemunha, o juiz pode tranquilamente utilizá-las sem ficar na perigosa situação de dever julgar a si próprio, enquanto que as partes sempre estão em condições de fiscalizar a sua exatidão, por isso que tais noções são patrimônio comum de uma coletividade.”

Outra característica importante dos fatos notórios é que eles não precisam ser, necessariamente, do conhecimento do juiz, bastando que o possam ser por meio de ciência pública ou comum (SANTOS, 2000, p. 751-752).

Logo, se o fato, ainda que seja notório, não é do conhecimento do juiz, cabe a ele informar-se, pelos meios que achar oportuno, da notoriedade do fato, conforme explica Santos (2000, p. 753):

Lícito é generalizar-se que, embora não sejam do conhecimento do juiz, os fatos notórios pertencem sempre à sua ciência privada, porque a noção dêles (sic) faz parte de sua cultura ordinária, se não real e atualmente, antes ou no curso do processo, ao menos potencialmente, pela possibilidade, que tem, de pronta, fácil e seguramente obtê-la diretamente, pela consulta a obras históricas, científicas, técnicas, etc., ou, indiretamente, por meio de técnicos que o assistam e o elucidem.

Ora, não é notório que o Estado brasileiro, a despeito do dever que lhe foi conferido pela Constituição, não consegue garantir o acesso de todas as pessoas aos direitos sociais que lhes são devidos? E não basta uma breve consulta às pesquisas na área da criminologia para que se conclua que a vulnerabilidade social é fator determinante para que haja a punição por um crime? As regras de experiência não apontam para a seletividade do sistema penal?

Desnecessária, pois, a prova exigida pelas Câmaras Criminais do TJES, quando a simples confrontação da realidade permite ao julgador verificar a inadimplência estatal que se pretende ver compensada pela aplicação do princípio da coculpabilidade.

E nem mesmo a situação de pobreza necessita ser provada, quando a prática judiciária vem admitindo a declaração de hipossuficiência como prova – ainda que relativa – da condição de vulnerabilidade social. Seria mesmo um contrassenso admitir que a pessoa é pobre para fins de assistência judiciária gratuita, mas não o é para fins de atenuação da pena.

O certo é que, uma vez demonstrado pela parte que o réu integra o grupo dos hipossuficientes que são, nitidamente, negligenciados pelo poder público, e lançados numa situação de vulnerabilidade que se torna determinante para que haja punição

penal, resta ao julgador, apenas, considerar tal fato provado em razão da sua notoriedade.¹²

2.2 A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO CAUSA DETERMINANTE DA PUNIÇÃO PENAL

Já faz algum tempo que a associação entre crime e pobreza permeia o imaginário social, em muito influenciada pela herança lombrosiana que, por dar ares científicos aos preconceitos da ideologia dominante, foi amplamente difundida pelos grupos interessados em legitimar o padrão de atuação da justiça criminal¹³.

A bem da verdade que as teorias lombrosianas foram há muito rejeitadas pelo meio científico, porém o esforço em conferir ao pobre uma natureza perigosa permanece, verificável, sobretudo, na preferência dos meios de comunicação de massa por noticiar os crimes cometidos pela população mais vulnerável (BOLDT, 2013, p. 81), o que promove uma relação, quase que imediata, de determinadas características físicas com a propensão para o cometimento de delitos, favorecendo a construção do estereótipo do criminoso.

¹² Existe uma divergência doutrinária acerca da necessidade ou não de que o fato notório seja alegado pelas partes, para que possa vir a ser considerados pelo juiz na sua decisão, existindo duas correntes trazidos por Santos (2000, p. 753-754): “Uma corrente é formada no sentido de que, como o fato notório não foi alegado pelas partes, ao juiz não cabe toma-lo como base na sentença, isto é, ao juiz não cabe trazê-lo como argumento para a sua decisão. Outra, porém, à frente da qual pode indicar-se Chiovenda, se manifesta em sentido oposto, isto é, de que ainda que a notoriedade não seja arguida pelos litigantes, cumpre ao juiz considerá-la no processo. É certo – escreve o insigne processualista – que o juiz pode sempre servir-se do conhecimento dos fatos notórios que possui, porque está na lide não como autômato, mas sim como órgão ativo, que não pode esquecer o complexo de conhecimentos comuns a todos os homens, ou a um tão grande número de homens de forma que a verdade do seu conhecimento seja facilmente conferível pelas partes ou por estas presumida (não se pode pretender que êle (sic) ignore, por exemplo, os dias do calendário.)”

¹³ Thompson (2007, p. 36) explica de maneira bastante perspicaz o equívoco da criminologia tradicional em eleger o criminoso como objeto específico de seu estudo, e como a justiça se utilizou de suas conclusões para justificar sua atuação seletiva. Veja-se: “[...] a justiça condena os membros das camadas pobres da população e os envia para a penitenciária; a criminologia vai aos cárceres, pesquisa-lhes a população, e comunica à primeira: a pobreza representa a mais relevante característica do delinquente; a justiça, vendo abonada sua postura ideológica pelo aval da informação científica, esmera-se em selecionar os pobres para o encarceramento; com a chegada de ondas de indivíduos miseráveis às prisões, os criminólogos, ali encastelados, esfregam as mãos de contentamento e sentenciam: confirmado, cada vez mais confirmado, o crime é comportamento típico das camadas inferiores; o aparelho repressor, por seu turno, de consciência leve, regozija-se: a ciência atesta que estou desempenhando bem meu árduo mister!”

Contudo, a descoberta da cifra negra¹⁴ mostrou que os sujeitos presos, na verdade, representam uma parcela ínfima do universo dos criminosos, de modo que a constatação de que a população carcerária é composta, em sua maioria, de pessoas pobres, prova apenas que a pobreza é um traço característico do encarceramento, jamais da criminalidade (THOMPSON, 2007, p. 32-33).

Nesse sentido, é possível afirmar que são duas as causas determinantes para que se conceba um criminoso: as leis e a atividade discriminatória da justiça criminal.

O crime, como ente político (THOMPSON, 2007, p. 127-129), nada mais é do que o resultado da vontade do legislador. É crime aquilo que a lei diz que é. Assim, se as leis são elaboradas pelos detentores do poder, não surpreende que sejam os interesses deles os protegidos pela norma penal, conforme observa Karam (1993, p. 75):

A seleção e definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, se faz fundamentalmente em defesa dos interesses daqueles que detêm as riquezas e o poder, pois são exatamente estes detentores da riqueza e do poder – as chamadas classes dominantes – que vão, em última análise, definir o que deve ou não ser punido, o que deve ou não ser criminalizado e em que intensidade.

De fato, basta uma breve incursão pelo ordenamento jurídico-penal para que se constate que os comportamentos tidos como merecedores de maior rigorismo penal, são justamente os identificados com as camadas mais pobres da população, o que expõe a fragilidade do discurso de igualdade do sistema penal, como aponta Batista (2005, p. 25-26):

[...] o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.

¹⁴ O autor (2007, p. 3-4) explica que, para que uma pessoa receba o rótulo de criminoso, não basta que pratique uma conduta prevista em um tipo penal, sendo fundamental que percorra todas as fases que antecedem a condenação e, por fim, termine confinado numa penitenciária. Porém, em cada uma dessas fases, há uma perda entre o universo de delitos e o número dos que são apresentados pela ordem oficial, de modo que existe um “descompasso entre as infrações que ficam no escuro (cifra negra) e as que emergem no claro.”

Por essa razão é que a simples prática de uma conduta tipificada em lei penal não é suficiente para inculcar no indivíduo o rótulo de criminoso, existindo quatro fatores que, atuando na fase policial, são determinantes para que uma conduta típica não caia na cifra negra (THOMPSON, 2007, p. 60):

Quatro fatores preponderantes podemos apontar como os que dirigem a destinação de um delito/delinquente para merecer exibição no claro. A existência deles empurra o binômio crime/criminoso no caminho da condenação e evita que consiga saltar fora dos trilhos durante a viagem, de sorte a mergulhar nas sombras da cifra negra: a) maior visibilidade da infração; b) adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; c) incapacidade do agente quanto a beneficiar-se da corrupção ou da prevaricação; d) vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades.

No que diz respeito à visibilidade da infração, certo é que o crime será mais visível na medida em que ocorra em lugares aos quais a polícia tenha mais facilidade de acesso. Como as classes média e alta tendem a passar a maior parte do seu tempo em lugares de acesso restrito, enquanto os mais pobres se utilizam, em sua maioria, de espaços públicos, há muito mais chance de os delitos desses serem vistos pela polícia, do que os delitos daquelas (THOMPSON, 2007, p. 61-62).

Outro ponto importante diz respeito à adequação do autor do crime ao estereótipo do criminoso. Existe uma imagem do criminoso, construída pela ideologia dominante, que em muito se assemelha aos representantes das classes sociais mais baixas, e que orienta a atuação dos órgãos de repressão penal (THOMPSON, 2007, p. 65).

Assim, havendo maior fiscalização sobre determinados grupos, menor será a quantidade de infratores que conseguirão se beneficiar da cifra negra, as estatísticas mostrarão um maior número de criminosos oriundos desse grupo, e a polícia se sentirá autorizada a manter os mesmos critérios de seleção, o que concentrará sobre eles quase toda a atividade repressiva (THOMPSON, 2007, p. 65).

Além disso, a decisão dos envolvidos em um delito acerca da comunicação do fato à autoridade policial costuma se dar conforme a imagem estereotipada que eles

possuem acerca do que seja um verdadeiro criminoso¹⁵. Com isso, condutas idênticas poderão ter diferentes desfechos, a depender da adequação do autor do fato ao estereótipo do criminoso (THOMPSON, 2007, p. 69-70).

O terceiro fator considera a possibilidade de o agente escapar da repressão policial se valendo da corrupção ou da prevaricação, sendo certo que os membros das classes menos favorecidas não dispõem de recursos, nem de prestígio capazes de exercer qualquer influência sobre as autoridades, como os possui a classe mais abastada (THOMPSON, 2007, p. 75-79).

Por fim, a situação de vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências se refere, principalmente, ao emprego da violência durante a investigação policial. Quanto mais indefeso for o indivíduo, mais estimulado ficará a autoridade policial a se valer da violência para recolher elementos incriminatórios contra ele, e quanto mais baixo ele estiver na escala social, mais indefeso será (THOMPSON, 2007, p. 80-86).

Operados esses quatro fatores, a polícia terá em mãos os indivíduos que, em razão de sua vulnerabilidade social, não puderam se ocultar nas estatísticas da cifra negra, cabendo ao Poder Judiciário, a quem serão entregues, o dever constitucional de corrigir as violações de direitos fundamentais cometidas por esse processo de criminalização.

Nesse contexto, o princípio da coculpabilidade surge como uma possibilidade de conter a irracionalidade do poder punitivo, ao permitir que a condição de vulnerabilidade social dos alvos constantes do sistema penal seja considerada para atenuação da sanção penal, caso venham a ser condenados.

O raciocínio é simples.

¹⁵ Vale a pena transcrever o exemplo trazido por Thompson (2007, p. 71) para ilustrar essa situação: “Certa feita, indaguei de um gerente de supermercado que dado considerava mais válido com vistas a distinguir, entre os larâpios que apareciam na loja, os que seriam verdadeiramente criminosos, dignos de ir para a prisão, e os não-criminosos, a merecerem ser dispensados da entrega à polícia. A resposta foi imediata: ‘Se a pessoa não precisa furtar, é porque o caso é de doença e não de crime’.”

O princípio da coculpabilidade pretende ver reconhecida a responsabilidade conjunta do Estado na criminalização de determinados grupos sociais, visto que a sua inadimplência no cumprimento dos deveres sociais que lhe foram atribuídos pela Constituição, é a responsável por colocar essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

As Câmaras Criminais do TJES, no entanto, exigiram para a aplicação do princípio, que fosse feita a prova de que a situação de vulnerabilidade foi a causa determinante do delito.

Ocorre que, conforme foi demonstrado acima, pouco importa qual foi a motivação do agente para a prática do delito, porque o que determina se ele será ou não alcançado pelo poder punitivo, em regra, não é a adequação da sua conduta a um tipo penal – já que é comum que pessoas que praticaram a mesma conduta fiquem ilesas –, mas sim a sua maior ou menor vulnerabilidade ao sistema penal.

Portanto, para que seja possível reconhecer a parcela de responsabilidade do Estado na criminalização dos grupos sociais marginalizados, o que se deve provar não é que o réu cometeu o crime porque era pobre – até porque o que leva uma pessoa a praticar um crime é elemento subjetivo de difícil constatação –, mas que ser pobre foi a causa determinante para que ele fosse punido.

Os direitos sociais estão previstos, em sua maioria, no artigo 6º da Constituição, e como direitos fundamentais que são, possuem, em sua perspectiva objetiva¹⁶, eficácia dirigente, obrigando o Estado à sua permanente realização, conforme explica Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 603-604):

[...] também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente

¹⁶ Sarlet et al. (2017, p. 603) explica que, tal como é verificável nos direitos fundamentais em geral, também “[...] os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. No que diz com a primeira, ou seja, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, está em causa a possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares) em face de seus destinatários. [...]. Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária).”

realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais.

Sabendo que a situação de vulnerabilidade social é consequência direta da falta de acesso às estruturas de oportunidade disponíveis no âmbito da educação, da saúde, do trabalho, e de tantos outros direitos sociais devidos pelo próprio Estado, torna-se inegável a sua participação na seleção dos mais pobres como objeto da repressão penal.

Não bastasse ser o responsável por colocar grande parte dos seus habitantes em situação de vulnerabilidade, o Estado ainda se utiliza dos seus poderes para impedir que se insurjam contra a ordem social estabelecida. Seja na produção das leis, seja na execução das políticas criminais, seja no julgamento dos selecionados na atividade policial, a atuação discriminatória do Estado é causadora direta da sujeição dos mais pobres ao poder punitivo.

Ora, se ter os seus direitos sociais reiteradamente negligenciados, sendo, por isso, lançado numa condição de mais completa vulnerabilidade social, para então acabar arbitrariamente selecionado para ser punido pelo próprio poder que o subjugou, não configura circunstância relevante anterior ao crime apta a atenuar a pena, o que mais configuraria?

Se o próprio exercício do poder punitivo perde legitimidade diante da atuação discriminatória do sistema penal, a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica, apesar de não poder – e sequer pretender – relegitimar o sistema, se mostra um instrumento hábil para conter a violência cotidianamente dispensada aos mais pobres em razão da irracionalidade da justiça criminal.

Mas para isso, é indispensável que os julgadores promovam a necessária interdisciplinaridade com as demais ciências sociais, se utilizando dos saberes por elas produzidos para se tornar mais conscientes da realidade que os circunda e, assim, poder concretizar o dever de defesa dos direitos humanos conferido pela Constituição ao Poder Judiciário.

A efetivação de um sistema penal constitucional exige dos julgadores coragem para dar ao direito penal a função que lhe é inerente¹⁷, lançando mão de todo recurso disponível apto a conter a seletividade estrutural do poder punitivo, razão pela qual a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica se mostra um instrumento jurídico importante na perseguição desse objetivo.

¹⁷ Defende Zaffaroni (2004, p. 1-2, grifo do autor): “ O *direito penal* deve distinguir-se da *legislação penal* e do *exercício real do poder punitivo*. Entendemos por *direito penal* o discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo (a *ciência* ou *saber* jurídico penal) e o treinamento acadêmico dos operadores das agências jurídicas. Sua função é a programação da contenção e redução jurídica do exercício do poder punitivo, considerando que as agências jurídicas não o exercem (a criminalização secundária é impulsionada e realizada por outras agências políticas e executivas), sendo que somente podem opor certa cota de *contrapoder jurídico redutor ou contentor*. Neste sentido, o direito penal é um *apêndice do direito constitucional* de todo estado constitucional de direito, pois a função contentora é indispensável para sua subsistência (sem ela o estado de direito desapareceria convertido em puro estado de polícia).”

3 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE É PRINCÍPIO IMPLÍCITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil exige, para a sua modificação, a observação de um procedimento bem mais rigoroso do que aquele adotado para as leis comuns, revelando a escolha do poder constituinte de resguardar, de maneira especial, as normas nela inscritas, da qual fatalmente se deduz a superioridade do texto fundamental.

A supremacia constitucional sujeita todos os atos praticados, seja pelo poder público, seja por particulares, aos fins perseguidos pela Constituição, de modo que apenas serão válidos os atos formal e materialmente conformes ao ordenamento constitucional.

Diante disso, todo princípio¹⁸ escolhido para compor a ordem constitucional assume a função orientadora da atividade interpretativa¹⁹ do aplicador do direito, e, como mandamento imperativo que é, obriga a observância dos valores por ele abrigados.

Porém a positivação de um princípio não significa que estará, necessariamente, expresso no texto constitucional, sendo comum a existência de princípios implícitos, extraídos pelo raciocínio lógico do ordenamento jurídico, mas de igual importância e força normativa a dos princípios explícitos.²⁰

¹⁸ Na definição clássica dada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 976-977), princípio é “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

¹⁹ A atividade interpretativa aqui deve ser entendida no sentido dado por Humberto Ávila (2009, p. 31-32), para quem “[...] a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significados – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.”

²⁰ Sundfeld (2009, p. 149-150) explica que “[...] todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os ‘seus princípios’, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele.” E completa: “Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.”

Assim, o princípio da coculpabilidade, embora não explícito no texto constitucional, se deduz de diversos princípios orientadores do direito penal nele expressos, dentre os quais se selecionou os mais pertinentes para demonstrar que, ao contrário do defendido pelas câmaras criminais do TJES, trata-se, sim, de princípio previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A cabeça do artigo 5º da Constituição confere a todos os cidadãos igualdade perante a lei, garantia que permeia toda a ordem jurídica, e funciona como pressuposto para a interpretação e aplicação de todo e qualquer dispositivo legal.

O princípio da igualdade pretendeu assegurar que a lei, como instrumento regulador da vida social, não estabelecesse privilégios, nem fizesse distinções arbitrárias, destituídas de fundamento racionalmente justificável. Portanto, não se trata de princípio absoluto, podendo ser afastado sempre que a Constituição, explícita ou implicitamente, autorizar o tratamento diferenciado.

De fato, admitir que a lei atinja a todos igualmente, sem considerar as especificidades que caracterizam os diversos grupos sociais, acabaria por gerar mais desigualdade, além de legitimar inúmeras situações de injustiça.

É por essa razão que, para além de uma igualdade formal, a atuação dos operadores da lei deve perseguir a igualdade material entre os indivíduos, visando sempre corrigir as discriminações que acometem, sobretudo, os setores sociais mais vulneráveis.

É de conhecimento de todos que o Brasil, apesar de ser classificado como a oitava maior economia do mundo, ainda sofre com a má distribuição de suas riquezas, o que faz dele um dos países com o maior índice de desigualdade social do mundo.

Dentre as principais causas dessa desigualdade, está a dificuldade de acesso da população de baixa renda aos serviços mais básicos devidos pelo Estado, como educação, saúde e saneamento básico, essenciais para viabilizar qualquer expectativa de mobilidade dentro da estrutura social.

A omissão estatal em assegurar a todos o mínimo necessário para uma existência digna configura visível afronta ao princípio da igualdade das oportunidades²¹, apta a permitir a sua responsabilização pelos resultados que dela decorrerem.

Isso porque, como ensina Canotilho (2003, p. 430-431, grifo do autor), “o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado Social*”, razão pela qual pode e deve ser considerado um princípio de justiça social. E completa (2003, p. 430-431, grifo do autor):

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13.º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).

Diante disso, a aplicação do princípio da coculpabilidade seria uma forma de repreender o Estado por seu comportamento omissivo, ao mesmo tempo que realiza a compensação da desigualdade de oportunidades, por meio da atenuação da pena

²¹ Bobbio (1996, p. 31-32) explica que o princípio da igualdade de oportunidades “tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devam ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais. Basta formular perguntas do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas a que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições de família nas quais cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto, em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação ao mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.”

imposta aos condenados que, devido a situação de vulnerabilidade social à qual foram impelidos, acabaram selecionados pelo sistema penal.

Trata-se, portanto, de princípio hábil a concretizar o princípio constitucional da igualdade material, ao promover um tratamento jurídico diferenciado àqueles que, ao longo da história, foram socialmente desiguados pelo descaso do poder público com as políticas de promoção da justiça social.

3.2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição, o princípio da individualização da pena garante ao condenado por crime o direito subjetivo de ter a sua pena²² adequada às suas condições pessoais, vedando, assim, a padronização da sanção penal.

Trata-se de princípio instituído com o objetivo de consubstanciar o respeito à dignidade da pessoa humana, ao pretender assegurar ao agente uma resposta penal suficiente para a reprovação do crime, além de ser consequência lógica do princípio da igualdade material, que impõe o tratamento diferenciado destinado a compensar as desigualdades existentes no meio social.

O princípio da individualização da pena incide em três fases distintas, conforme ensina Nucci (2014, p. 30-31):

Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o

²² É comum que as definições de pena façam referência ao seu suposto caráter retributivo-preventivo, como o fez Nucci (2014, p. 55, grifo do autor): “Trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes”. No entanto, apesar das diversas teorias da pena que vêm sendo desenvolvidas ao longo dos anos, defende-se que Zaffaroni (2004, p. 8) foi quem, na sua simplicidade, melhor resumiu quais são as funções da pena na atualidade, a saber: “acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no estado”.

cumprimento individualizado da sanção aplicada. [...]. É a individualização executória.

No que diz respeito à fase judicial, o Código Penal Brasileiro adotou o método trifásico para a fixação da pena pelo cometimento de um delito, conforme revela o seu artigo 68, ao exigir que o juiz percorra, necessariamente, três etapas para o cálculo da quantidade de pena a ser aplicada em cada caso concreto.

Segundo o artigo 68, primeiramente deve-se fixar a pena-base, atendendo-se ao critério do artigo 59, também do Código Penal, respeitados os limites mínimo e máximo previstos no tipo penal. Após, deve o juiz verificar a presença de circunstâncias atenuantes e agravantes. Por fim, deve analisar se existem causas de aumento e de diminuição de pena a serem consideradas.

Assim, é conferida ao julgador larga margem de discricionariedade no momento de estabelecer a quantidade de pena adequada à pessoa do condenado, se tratando, contudo, de discricionariedade juridicamente vinculada, posto que limitada pela lei e, acima de tudo, pelo texto constitucional.

É por essa razão que a atividade de individualização da pena deve sempre observar as circunstâncias objetivas e subjetivas que envolveram o fato delituoso²³, primeiro porque instituído por lei, depois porque essencial para concretizar os objetivos fundamentais perseguidos pela Constituição.

Diante disso, o princípio de culpabilidade constitui meio através do qual o julgador realizará o princípio da individualização da pena, dispensando tratamento penal diferenciado para as pessoas condenadas que, em razão da incapacidade do Estado de cumprir com o seu papel de garantidor das prestações materiais mínimas necessárias para uma vida digna, foram colocadas ao alcance do sistema penal.

²³ Foi o que afirmou o Ministro Marco Aurélio em seu voto vencedor proferido no HC 82.959/SP, julgado em 23 de fevereiro de 2006, pelo Plenário do STF, que, por maioria de votos, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crimes hediondos, cujo trecho foi transcrito por Tavares (2007, p. 632): “Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática”.

A atenuação da sanção apoiada na regra do artigo 66 do Código Penal, portanto, significará o acolhimento de um importante instrumento de justiça social, capaz de garantir penas em quantidade mais adequada às circunstâncias pessoais do condenado, que se mostraram relevantes para a punição pelo delito.

3.3 A TENDÊNCIA DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL EM RECONHECER A COCULPABILIDADE DO ESTADO

Para além da confirmação de que o princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito, é certo que o legislador brasileiro, ainda que não tenha se manifestado expressamente sobre a coculpabilidade no Código Penal, vem demonstrando, nos últimos anos, uma disposição em reconhecer a corresponsabilidade do Estado no âmbito penal.

A primeira manifestação nesse sentido se deu na criação da Lei nº 9.605/1998 (BRASIL, 2015, p. 331), também conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais, que, em seu artigo 14, relaciona o grau de instrução do agente como uma das circunstâncias que atenuam a pena. Veja-se:

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:

I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

[...].

Ao impor a observância das oportunidades educacionais oferecidas ao condenado no momento da individualização da pena, o legislador considerou a violação do dever estatal de garantir igualdade de condições no acesso à educação²⁴,

²⁴ O artigo 205 da Constituição confere ao Estado e à família o dever de assegurar a educação, que deve se dar em igualdade de condições para todos, conforme esclarece Sarlet et al. (2017, p. 649-650): “Enquanto o art. 205 enuncia que a educação é um direito de todos e obrigação do Estado e da família, o art. 206, em seus diversos incisos, estabelece uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo Estado e pela família na realização do direito à educação, dentre as quais destacamos a já citada gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, assim como a garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, que nada mais consagra do que o dever específico de garantir a igualdade de oportunidades nesta seara, norma que

circunstância capaz de ensejar uma menor reprovação da conduta do condenado, suficiente para justificar a atenuação da sanção penal.

A título de ilustração, segue trecho do voto proferido pelo Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, no julgamento da Apelação Criminal nº 70013886742, reconheceu que o semianalfabetismo do réu era responsabilidade do Estado, e que esse fato configurava circunstância relevante anterior ao delito apta a autorizar a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal. Segue excerto do voto:

Quando ao alegado instituto da co-culpabilidade, consta nos autos que o réu é “semi-analfabeto”. Por certo, ALEXANDRO esteve, em algum momento de sua vida, matriculado em uma escola pública. O acusado, todavia, não aprendeu a ler e a escrever. Estamos, então, diante de um caso típico de alguém cuja experiência escolar foi encerrada precocemente pelo fracasso. Terá sido sua a responsabilidade por este fracasso? Podemos, enfim, atribuir a uma criança que não se alfabetiza alguma responsabilidade por este resultado quando, contemporaneamente, se sabe que todas as pessoas são capazes de aprender e que mesmo adultos podem ser alfabetizados em 3 (três) meses? Alguém pode, ainda, atribuir a uma criança que não se alfabetiza a responsabilidade por este resultado quando, desde que com o emprego do método adequado e com o necessário investimento afetivo, crianças autistas e mesmo seqüeladas cerebrais são alfabetizadas? Ora, é evidente que **o fracasso escolar experimentado pelo acusado é de inteira responsabilidade do Estado**. Reconhecê-lo significa incorporar a noção de que há uma responsabilidade pública – vale dizer: de todos – nas opções de vida que foram sendo seqüestradas de ALEXANDRO. Afinal, em uma época como a nossa, onde um simples vendedor que trabalhe atrás de um balcão de uma loja precisa ter noções de informática, a perspectiva de empregabilidade de um homem analfabeto ou semi-analfabeto é praticamente nula. Tal circunstância histórica deve ser sopesada no momento em que a sociedade julga a conduta deste homem (TJRS, Sexta Câmara Criminal, Apelação Crime nº 70013886742, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO BANDEIRA SCAPINI, J. 20/04/2006, DJ 13/06/2006, grifo nosso).

O trecho da decisão acima transcrito mostra ser perfeitamente exequível que as reais oportunidades de educação oferecidas pelo Estado sejam usadas como fundamento para a atenuação da pena com base no artigo 66 do Código Penal, apesar de Carvalho (2008, p. 77-78) defender, também, a possibilidade de a regra do artigo 14, inciso I, da Lei de Crimes Ambientais, ser aplicada por analogia a todos os demais crimes. Diz ele:

seguramente apresenta também uma dimensão impositiva de condutas ativas por parte do Estado, da sociedade e da família”.

Neste sentido, entendemos como imprescindível a aplicação, em nível operacional (jurisprudencial), da regra do art. 14, inciso I, da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, pois, segundo o referido dispositivo, é circunstância que sempre atenua a pena o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente.

A primeira dificuldade seria exposta a partir da indagação se a norma em apreço teria ou não aplicabilidade restrita aos crimes ambientais, ou seja, se seria permitida sua utilização extensiva para outras espécies de condutas ilícitas.

Mister lembrar que é plenamente admissível, na estrutura do direito penal de garantias, a utilização de analogia, desde que não seja em prejuízo do réu. A admissão é tida como pacífica na jurisprudência e na doutrina, dispensando maiores divagações. Todavia, para além desta construção dogmática, a regra do art. 66 do Código Penal é clara e isenta de dubiedades, permitindo a inclusão como atenuante não apenas o baixo grau de instrução ou escolaridade mas, igualmente, o déficit de condições econômicas.

Outro dispositivo que viabiliza o exame das oportunidades oferecidas ao condenado para a etapa de quantificação da pena, é o artigo 187 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2014, p. 51), que após ter o seu texto alterado pela Lei nº 10.792/2003, passou a estipular a seguinte regra:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

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

Pela leitura do parágrafo primeiro, conclui-se que a lei impôs ao julgador o dever de produzir prova acerca de fatores relacionados ao contexto social do interrogando, apontando para a necessidade de que tais circunstâncias fossem consideradas para o adequado julgamento da infração penal.

Não se nega que em um sistema penal seletivo, como o é o brasileiro, essas informações tendem a ser usadas muito mais em prejuízo do acusado, do que em seu favor. Ou na melhor das hipóteses, a ser ignoradas. Mas a sua juntada aos autos garante, ao menos, a oportunidade de que as possibilidades a ele sonegadas, sejam enfrentadas por julgadores comprometidos com uma atuação voltada para a contenção do poder punitivo.

Por fim, um dos crimes que mais encarcera jovens negros e pobres²⁵ no país, é também o cuja a lei, surpreendentemente, mais perto chegou de legitimar a responsabilização do Estado por ocasionar as condições determinantes para que se opere a sanção penal. Trata-se da Lei nº 11.343/2006, mais conhecida como a Lei de Drogas.

O artigo 4º, inciso V, da referida lei (BRASIL, 2015, p. 516), traz expressamente como um dos princípios orientadores do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad, a responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade na redução dos custos sociais relacionados às drogas no país.

Com isso, retira do criminoso a responsabilidade exclusiva pelo seu destino, para a repartir com o Estado e a sociedade, que devem concorrer ativamente para minimizar a situação de risco na qual se encontra os segmentos sociais mais vulneráveis, sob pena de ter de arcar com os custos resultantes da sua omissão.

Também o artigo 5º, em seu inciso I, estabelece, como um dos objetivos do Sisnad, “contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados” (BRASIL, 2015, p. 516).

Assim, a lei reconhece a causalidade existente entre vulnerabilidade social e criminalidade, e confirma ser a exclusão social fator determinante a conduzir o processo de criminalização dos grupos sociais marginalizados.

Finalmente, vale dizer que o princípio da coculpabilidade chegou perto de ser positivado como circunstância judicial a ser considerada na primeira fase de aplicação da pena. Isso porque o anteprojeto de lei visando à reforma da Parte Geral do Código Penal, elaborado sob a coordenação de Miguel Reale Júnior, inseriu a

²⁵ Segundo dados do último relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (2014, p. 6), o Brasil já é o quarto país com a maior população carcerária do mundo, composta em sua maioria por jovens (55,07% tem até 29 anos), negros (61,67%) e de baixa escolaridade (apenas 9,5% concluíram o ensino médio), sendo os crimes contra o patrimônio e os crimes relacionados às drogas, juntos, responsáveis por 74% dos encarceramentos.

coculpabilidade como circunstância judicial prevista no artigo 59, que dizia (MOURA, 2015, p. 121-122, grifo do autor):

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

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto (sic) como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34.

Contudo, houve a dissolução do grupo de trabalho originariamente constituído para a elaboração do anteprojeto, de modo que o relatório final²⁶ apresentado ao Senado não mais prevê a coculpabilidade como circunstância judicial.

É uma pena. Considerando a atuação discriminatória que já se tornou a regra no sistema de justiça criminal, a positivação do princípio da coculpabilidade se mostra a maneira mais segura de garantir que ele não continue sendo desprezado, justamente, por quem deveria assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa condenada, consagrados na Constituição.

²⁶ Ver nota de rodapé 4.

CONCLUSÃO

O princípio da coculpabilidade visa o reconhecimento da corresponsabilidade do Estado, nos crimes cometidos em função da situação de vulnerabilidade social da pessoa condenada, para uma possível redução da sanção penal, o que tem levado muitos advogados e defensores a pleitear a sua aplicação como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

A partir da análise dos acórdãos proferidos pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, foi constatada a rejeição dos desembargadores ao princípio da coculpabilidade, que negaram a sua aplicação como atenuante genérica, principalmente, devido a ausência de prova de que a pobreza foi a causa determinante do delito, ou pela ausência de previsão do princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito a ausência de prova de que a pobreza foi a causa determinante do delito, foi demonstrado que a inadimplência estatal que se pretende ver compensada pela aplicação do princípio da coculpabilidade é fato notório, e, como tal, não depende de prova para ser aceito como verdadeiro.

Em seguida, se concluiu que a simples prática de uma conduta tipificada em lei penal não é suficiente para a criminalização de um indivíduo, que dependerá, muito mais, da sua maior ou menor vulnerabilidade ao sistema penal.

Logo, para que seja possível reconhecer a responsabilidade do Estado na criminalização dos segmentos sociais mais vulneráveis, o que se deve provar não é que a pobreza foi a causa determinante do delito, mas sim que a pobreza foi a causa determinante para que houvesse punição penal.

Quanto ao argumento de que o princípio da coculpabilidade não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, foi confirmado que se trata, na verdade, de princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da igualdade e do princípio da individualização da pena.

Além disso, foram apresentadas algumas legislações que apontam para a tendência de se reconhecer a corresponsabilidade do Estado no âmbito penal, sobretudo ao exigirem, em seus textos, que as oportunidades sociais oferecidas ao sujeito sejam consideradas para um adequado julgamento do delito.

Desse modo, não resta qualquer dúvida acerca da viabilidade de o princípio da coculpabilidade ser aplicado como atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, bastando para isso que os julgadores se conscientizem da realidade que os circunda, e passem a lançar mão desse instrumento jurídico para conter a seletividade estrutural do poder punitivo.

Porém, considerando a atuação discriminatória do sistema de justiça criminal, a positivação do princípio da coculpabilidade se mostra a alternativa mais segura para garantir a sua observância pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BISSOLI FILHO, Francisco. **O objeto da ciência do direito penal: descrição, crítica e reconfiguração**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil e Constituição Federal. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciária – INFOPEN. Dez. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 11 nov 2017.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução nº 15/95. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/PDF/legislacao/REGIMENTO_INTERNO_2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. I. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos Fatos Notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, vol. 776, p.743-754, jun. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decidido conforme minha consciência?** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos** – o crime e o criminoso: entes políticos. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 31-47, 2004. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/014.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.