

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE NA DOSIMETRIA DA PENAL: UMA LEITURA À LUZ DE CASOS CONCRETOS

Mariana Pinheiro de Araújo¹
Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

Em sintonia com o método dedutivo, a presente pesquisa pretende averiguar as razões que amparam o reconhecimento da coculpabilidade como atenuante na dosimetria da pena, bem como o estudo de peculiaridades de sentenças judiciais que fizeram esse reconhecimento. No ínterim entre os dois aspectos, pretende-se analisar a formação do Estado de bem-estar social, dos princípios norteadores do Direito Penal e, em especial, o valor da coculpabilidade na esfera da doutrina. Para tanto, adota-se a técnica bibliográfica e a documental. Ao final do trabalho, com a pesquisa embasada em duas sentenças judiciais provenientes de Tribunais Superiores, conclui-se pela possibilidade e necessidade da aplicação do princípio retromencionado em alguns casos, desde que preenchidos certos requisitos.

Palavras-chave: Estado de bem-estar social. Direito Penal. Dosimetria da pena. Coculpabilidade.

ABSTRACT

In accordance with the deductive method, this research intends to investigate the reasons that support the recognition of co-culpability as an attenuating factor in the dosimetry of the penalty, it also aims to investigate the peculiarities of some judicial sentences that made this recognition. In the interim between these two aspects, this study analyzes the formation of the social welfare state of the guiding principles of criminal law and in particular the value of co-culpability in the doctrine sphere. Therefore, the bibliographic and documentary technique is adopted. At the end of the study, with the research based on two judicial sentences originally from the Higher Court, it was concluded the possibility and necessity of the application of the co-culpability principle in some cases, provided certain requirements are met.

Keywords: Co-culpability. Criminal Law. Penalties Dosimetry. Social Welfare State.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: marianapinheirorn@hotmail.com

² Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI -RN. Email: sandresson1@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Considerando que o modelo de Estado neste país é o de bem-estar social, conclui-se que há um mínimo imposto ao Estado brasileiro para a subsistência daqueles que aqui sobre(vivem). Como exemplo desse modelo, tem-se que um dos objetivos situados na Constituição Federal de 1988 é a erradicação da pobreza.

Como se sabe, no entanto, esse objetivo ainda não foi alcançado, de modo que há milhares de pessoas em situação de vulnerabilidade social, conforme pesquisas atuais que serão expostas ao longo do trabalho. Por consequência, o ciclo vicioso da pobreza impõe a determinados indivíduos uma única saída para sua subsistência, a prática de delitos. Apesar de alguns doutrinadores considerarem que o caminho desvirtuoso “eleito” pelos indivíduos ter sido ocasionado pela ineficiência do Estado, muitos não consideram a coculpabilidade como ferramenta capaz de atenuar a pena à luz desse ideário, qual seja, ausência estatal.

Esta pesquisa, desse modo, pretende *a priori* contextualizar a coculpabilidade com a formação do Estado brasileiro e, em seguida, com os princípios reitores do Direito Penal. Para tanto, adota-se o método dedutivo, partindo de noções gerais até a chegada de conclusões fundamentadas na averiguação de casos concretos.

O estudo e a análise da possibilidade da coculpabilidade, como atenuante, consistem no objetivo geral desta pesquisa. No plano dos objetivos específicos, tem-se: a exposição e o contexto social que autoriza o uso da coculpabilidade como atenuante e apresentar certos requisitos para a concretização dessa medida no âmbito da sentença penal condenatória.

Remetendo-se à história recente do Brasil, percebe-se que há uma superlotação contínua do sistema penitenciário, sendo este alvo de duras críticas por parte de órgãos fiscalizadores. Nesse caso, indaga-se: qual a razão de utilizar o Direito Penal como ferramenta punitiva, quando, de forma clara, esse ideário não tem mais consistência? Não bastasse isso, supõe-se que muitos dos encarcerados estão nessa situação exatamente por parcela de “culpa” do Estado brasileiro.

Reside nesse aspecto, portanto, a justificativa do presente trabalho: qual a razão de manter encarcerado o indivíduo que está lá exatamente por responsabilidade estatal? No caso, há, por ora, um meio adequado para atenuar a pena desse sujeito com o fim de evitar uma superlotação da penitenciária e, por que não, materializar a redição do Estado perante a sua responsabilidade, a qual se fundamenta no não atendimento do mínimo

existencial imposto pela Constituição Federal de 1988.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR-SOCIAL

Faz-se necessário adentrar na órbita da formação do Estado brasileiro, uma vez que este é o plano de fundo para a vivência harmônica, ou não, dos indivíduos no território nacional. Em outras palavras, em que pese o trabalho apresentar contornos do Direito Penal, apenas com a compreensão e fixação do conceito de Estado, é que o princípio da coculpabilidade e a possibilidade de sua aplicação em sede de sentença penal condenatória poderão ser averiguados com consistência.

Em sintonia com o sobredito, para uma parcela da doutrina – esta compreendida como a vertente clássica –, um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo é o Estado de Direito, visto que ele veio com o fim de atender à vociferação popular por um “governo de leis, não de homens”. Como exemplo da afirmação, tem-se a mudança estatal culminada pela Revolução Francesa, a qual teve a indignação como um de seus principais fatores³.

Nessa senda, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada na França, datada de 1789, não seja considerada uma constituição em sentido estrito, aqui se entende o documento referenciado como amparado pelo sentido amplo, já que apresenta o núcleo inerente ao movimento constitucionalista, a saber: decisão política.

Dessa forma, tem-se que a ideia de supremacia do parlamento não deve ser semelhante à de supremacia da ordem constitucional. A afirmação referida encontra respaldo nos primeiros passos do constitucionalismo francês, que não fez previsão de qualquer instrumento (leia-se ação)⁴ para subsidiar a defesa da lei maior, razão pela qual a salvaguarda da Constituição terminava por ser entregue ao próprio legislativo ante a supervalorização da lei infraconstitucional e do Parlamento⁵.

Com o fito de amparar a concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo uma decisão política, segue a transcrição do conceito de Poder

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

4 Apenas para contrapontear com a atual constituição brasileira, registre-se que a aferida foi influenciada pela Constituição de 1976 de Portugal, no que diz respeito às ações de controle de constitucionalidade, especialmente aquela que tem como objeto a omissão estatal. Contudo, os instrumentos de defesa da Lei Maior brasileira evoluíram mais do que a portuguesa, sendo hoje um dos modelos de direito comparado mais “avançados” e controversos na proteção das omissões inconstitucionais.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

Constituinte dado pelo saudoso jurista Miguel Seabra Fagundes⁶:

O poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou reconstrói) por meio da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva, organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segunda ela demanda os seus fins.

Como é amplamente conhecido, em decorrência do surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, tem-se o Estado Constitucional, no qual a ordem maior impõe um mínimo a ser cumprido pelo Estado em prol da coletividade, como, por exemplo, o mínimo existencial amparado nos direitos sociais, consistentes no direito à saúde de qualidade, moradia e trabalho sem ter condições análogas às da escravidão.

Nesse sentido, dispõe o Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da UFPR⁷, quando evidencia os elementos responsáveis pela modificação estrutural:

Em última instância, contudo, o que caracteriza efetivamente a Constituição do Estado Constitucional em face da Carta Magna de um Estado de Direito é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que tange à *dignidade da pessoa humana* e aos Direitos Fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.

No que diz respeito ao princípio da dignidade humana⁸, fazem-se necessários alguns comentários: o referido valor foi desenvolvido, pela primeira vez, na fase do cristianismo, com o arrimo de ser o homem o reflexo de Deus, bem como por ser amado pelo seu criador, consistindo, ademais, por poder tomar decisões contrárias ao seu desejo natural. Com o passar do tempo, o referido princípio foi incorporado na atual Constituição

6 FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1.

7 BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41.

8 Com a pretensão de realizar uma ressalva – a fim de evitar possível confusão –, faz-se necessário ensinar a diferença latente entre regra e princípio, em especial explicitar qual a que por ora se filia. Segundo Dworking, a regra está pautada no tudo ou nada, razão pela qual o simples enquadramento da norma na situação fática satisfaz a sua aplicação. No caso da regra, há possibilidade de uma eventual antinomia (conflito). Caso isso ocorra, o intérprete deve buscar a solução nos critérios tradicionais (hierárquico, da especialidade e cronológico). Para ele, o princípio, ao contrário da regra, tem a dimensão do peso, como também pode interferir na esfera de outro princípio. Para Alexy, de forma um pouco distinta, defende-se que a norma deve ser aplicada na maior medida possível, enquanto os princípios são mandados de otimização. Realizada essa breve conceituação e confronto de ideias, filia-se à corrente de Robert Alexy.

da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo, então, uma tendência mundial. Por último, registre-se que ela – dignidade da pessoa humana – não transita somente na órbita dos atos oriundos do Estado, mas, também, norteia as relações que se desenvolvem no seio da sociedade civil⁹.

Em razão do exposto, parece ser imprescindível que esta pesquisa elucide a diferença latente entre Estado social-democrático e o modelo de Estado oriundo do liberalismo. O Estado de bem estar-social (*welfare state*) tudo prevê. De mais a mais, também interfere na sociedade por meio das funções legislativa e administrativa. Portanto, para que *Welfare State* ocorra de forma harmônica, faz-se necessário um aparelho administrativo complexo para atender aos valores advindos do Estado Constitucional, do Estado de bem-estar social¹⁰.

Nesse diapasão, considera-se que a fase inicial do constitucionalismo moderno está fundamentada na proteção de direitos individuais perante o estado. A Constituição, com isso, apresenta-se como produto da ideologia liberal, a qual foi influenciada de maneira intensa pela filosofia de John Locke, que, de uma forma clara, colocou o Parlamento como protagonista. A função desse primeiro passo do constitucionalismo, sem a intenção de parecer repetitivo, foi garantir uma esfera de liberdade na qual o poder político do Estado não poderia interferir.

Com um olhar mais recente sobre o movimento constitucionalista, Luís Roberto Barroso¹¹ ensina sobre as recentes transformações sofridas pelo Estado no ocidente:

O Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou *literal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E

9 NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: educação e saúde. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 9, n. 11069, p.799-876, ago., 2015. Mensal.

10 A fim de evitar um equívoco por parte do leitor, não se tenta aqui anular o império de um Estado Constitucional em países que gozam da ideologia liberal. De fato, o Estado Constitucional representa a origem de uma Lei Maior norteadas por direitos fundamentais, os quais podem ser arguidos tanto por um país com ideologia liberal quanto por um de origem social. Desse modo, quando se confecciona uma oração em que se põe Estado Constitucional e o Estado do bem-estar social lado a lado, apenas se tenta apresentar um viés didático, facilitando a compreensão por aqueles da área jurídica, como também por pertencentes de áreas afins, os quais não portam tamanha familiaridade com a natureza jurídica dada aos institutos por profissionais do direito e pela doutrina. Em suma, o Estado Constitucional pode ser concretizado em ambos os modelos de Estado; no entanto, aqui se interessa pelos preceitos constitucionais à luz do Estado de bem-estar social.

11 CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. **A Teoria da Culpabilidade do Estado e a Seletividade do Direito Penal**. 2014. 28 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídicas Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Cap. 4.

assim chegou ao novo século e ao novo milênio.

No caso deste trabalho, interessa-se pelo princípio da coculpabilidade e sua repercussão na seara do direito penal, de maneira que o surgimento da teoria acerca desse princípio é ponto pertinente de análise. Dessa forma, assim como o Estado de bem-estar social, o referido princípio tem suas origens na Revolução Francesa de 1789, embora ninguém consiga precisar com exatidão como se deu o nascimento dessa discussão. Para parcela da doutrina especializada, o jornalista e médico Jean-Paul Marat, contemporâneo à revolução, concluiu que a justiça criminal só acontece quando há uma coletividade sem justiça distributiva¹².

Noutras palavras, o pensamento do médico, filósofo e político Marat, consistia em uma verdadeiro debate do direito penal, cuja seara do direito deveria ter um critério definido para ser aplicado com a devida justiça, ante as desigualdades presentes na sociedade e que tal ferramenta, portanto, fosse igualmente justa, independente de raça, cor, classe social e credo.

Como se sabe, esta pesquisa se interessa pelo Estado de bem-estar social, como também qual a condição imposta por esse modelo aos indivíduos e as oportunidades dadas na formação de um cidadão. Aliado a isso, apenas com essas premissas, é que se pode chegar a uma conclusão mais consistente acerca do uso da coculpabilidade como atenuante. Em outras palavras, essa forma de atenuar a pena de um condenado só merece amparo quando averiguado se há, de fato, “culpa” por parte do Estado no intento criminoso cometido pelo sujeito detentor de direitos fundamentais.

3 A INEFICIÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Partindo-se da distinção entre a comunidade, como organização compreensiva da vida humana em comum, e o direito como parte dela, pode-se dizer que o objeto da sociologia jurídica é, por um lado, a relação entre mecanismos de ordenação do direito e da comunidade, e, por outro lado, a relação entre o direito e outros setores da ordem social. Portanto, a sociologia jurídica tem a ver tanto com as estruturas normativas da comunidade, em geral, bem como com as condições e efeitos das normas jurídicas, em especial.

O objeto da sociologia jurídico-penal corresponde às duas categorias de

12 **Cármem Lúcia visita penitenciárias no Rio Grande do Norte.** 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/carmen-lucia-visita-penitenciaria-federal-de-mossoro-rn.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

comportamento alvo da sociologia jurídica em geral. A sociologia jurídico-penal estuda, pois, inicialmente, as ações governamentais e os mandamentos normativos que constituem na formação e na aplicação de um sistema penal dado; depois, estudará os efeitos do sistema entendido como aspecto “institucional” da reação ao comportamento desviante e do correspondente controle social¹³.

A execução da pena de prisão vem sendo questionada há muitos anos pelos estudiosos de direito. Tal questionamento, entretanto, deixou de ser tema somente da doutrina, da jurisprudência e do meio acadêmico, para ser debatido nos jornais, nas escolas secundaristas e nas conversas informais, tornando-se tema corriqueiro no dia a dia do brasileiro.

O interesse pelo estudo do atual modelo do sistema prisional cresceu, sobretudo, em virtude das inúmeras rebeliões que estão acontecendo nas penitenciárias e delegacias de todo o país, bem como de outros problemas existentes há muito tempo, tais como superlotação, proliferação de doenças, denúncias de prática de torturas, gastos públicos pela Administração Pública com a manutenção do preso etc.

Recentemente, a presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, que também gere o Conselho Nacional de Justiça, realizou visitas aos presídios do Estado do Rio Grande do Norte, tanto os estaduais como no federal, este situado no município de Mossoró. Segundo a ministra, as visitas tinham o objetivo de averiguar a realidade *in loco* e, posteriormente, definir e executar estratégias de combate à superlotação do sistema penitenciário potiguar, bem como em outros estados do Brasil¹⁴.

De acordo com levantamento realizado pelo Instituto Avante no ano de 2014, o sistema carcerário brasileiro tem 237.313 (duzentos e trinta e sete mil e trezentos e treze) presos a mais do que a sua capacidade suporta. O número, inclusive, é um pouco maior daquele averiguado no ano 2000, quando o mesmo sistema contava com 233 (duzentos e trinta e três) mil indivíduos detidos¹⁵.

De fato, o sistema sobredito entrou para a situação de calamidade no ano de 2014. Para se chegar nesse atestado público de situação precária, averiguou-se uma série de fugas, mortes e motins organizados pelos presidiários. De acordo com a

13

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 23 p.

14 **Cármen Lúcia visita penitenciárias no Rio Grande do Norte**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/carmen-lucia-visita-penitenciaria-federal-de-mossoro-rn.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

15 **Sistema prisional brasileiro tem quase 240 mil pessoas além da capacidade**. 2014. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-07-03/sistema-prisional-brasileiro-tem-quase-240-mil-pessoas-alem-da-capacidade.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

Secretária de Cidadania e de Justiça (Sejuc), há um deficit de 4,5 (quatro mil e quinhentas) vagas, eis que eles oferecem 3,5 (três mil e quinhentas) vagas para uma população presidiária de 8 (oito) mil¹⁶.

Neste ano, considerando a manutenção do estado de coisas precário no sistema potiguar, o governador do Estado do Rio Grande do Norte, Robinson Faria, renovou o decreto por mais 180 (cento e oitenta) dias. O Ministério Público, por sua vez, entendeu que a situação se agravou durante o período de calamidade decretado pelo governo do RN há dois anos, embora essa pretensão obviamente não tenha sido a missão do decreto¹⁷.

A macrocomunidade nos presídios é de conhecimento do poder público, no entanto, cada vez mais a população carcerária cresce e poucos presídios são construídos para atender à demanda das condenações. A superpopulação nos presídios representa uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais. Nesse aspecto, basta citar o art. 5º, XLIX, da Carta Magna (a qual assegura aos presos o respeito à integridade física e moral), bem como lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição.

Diante desse ideário garantista, a Constituição Federal de 1988 impôs um regime básico para tratar e administrar o regime penitenciário, onde, em tese, deve prevalecer a segurança do apenado conjuntamente com a implementação políticas públicas voltadas à sua reinserção social. Entretanto, o latente descompasso entre o plano normativo e o fático, explica a crise perene na qual o sistema penitenciário se encontra, onde a regra é a predominância do desrespeito aos direitos humanos. Aliado a isso, a ausência de políticas públicas realmente eficazes contribui para um sistema penal/penitenciário caótico com repercussões diretas na sociedade civil.

Dito isso, os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Há, ainda, alto índice de hepatite e de doenças sexualmente transmissíveis (DST) em geral, especialmente a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Conforme pesquisas realizadas nos estabelecimentos prisionais, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do vírus HIV, sobretudo

16 Em calamidade há 19 meses, sistema prisional potiguar é tema de audiência. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/em-calamidade-ha-19-meses-sistema-prisional-potiguar-e-tema-de-audiencia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

17 Governo renova estado de calamidade pública nas prisões do RN. 2016. Disponível em: <<http://www.omossoroense.com.br/governo-renova-estado-de-calamidade-publica-nas-prisoas-do-rn/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

em decorrência da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis¹⁸.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende averiguar a aplicação do princípio da coculpabilidade na dosimetria da pena, aqui na condição de atenuante, à luz de alguns fundamentos, especificamente diante da atual conjuntura do sistema carcerário nacional. Como se sabe, uma série de estudos foram desenvolvidos acerca dessa temática ao longo dos anos. Contudo, percebe-se que tais pesquisas não foram realizadas sob a égide do princípio referenciado.

3.1 Cárcere e marginalidade social

Partindo da ideia de que o atual cenário do sistema em questão não é o mais adequado com base nos ditames constitucionais, a ideia de que o cárcere marginaliza não consiste num esforço hermenêutico. Isso porque, na medida que ele não trabalha um aprimoramento do presidiário numa convivência harmônica, objetivando o retorno do indivíduo para a convivência com a sociedade civil organizada, sua marginalização é dada como certa e, às vezes, sem qualquer chance de o apenado se redimir dos erros cometidos.

Nesse contexto, há décadas, uma vastíssima literatura baseada na observação empírica tem analisado a realidade do sistema penitenciário brasileiro nos seus aspectos psicológicos, sociológicos e organizativos.

A comunidade carcerária e a subcultura dos modernos institutos de detenção se consubstanciam, ademais, à luz dessas investigações de campos, de modo que eles têm apresentado um diagnóstico real do cenário entristecedor. Em que pese essas pesquisas fomentarem o debate no Poder Legislativo acerca da urgência de um novo paradigma no sistema penitenciário nacional, as inovações introduzidas na Lei de Execução Penal não parecem destinadas a mudar decisivamente a natureza das instituições carcerárias¹⁹.

No âmbito de uma dessas pesquisas, de acordo com um estudo realizado em Blumenau/SC, especificamente na penitenciária regional, constatou-se que a maioria dos presidiários tinha baixa escolaridade e até 29 anos de idade. Ainda de acordo com esse levantamento, as profissões mais comuns encontradas entre os presos são de auxiliar de

18 ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero39/artigo09.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

19 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 183 p.

serviços gerais, pedreiro, servente e pintor²⁰.

Os delitos que mais atormentam a população são os chamados crimes violentos e os crimes de sangue. Os cidadãos, aliás, veem com mais complacência o cometimento de outras espécies de crime e contravenção, pois, para eles, os delinquentes que não fazem uso da força são menos “maus” que aqueles que o fazem. Ainda assim, há uma preocupação geral de que, independentemente do delito cometido, as pessoas em conflito com a lei devem permanecer encarceradas, sem qualquer chance de retorno breve ao seio social.

Aliado à política de encarceramento, os esforços desenvolvidos pela União e pelos Estados-membros contra a criminalidade e a violência têm sido descontraídos, de modo que eles acontecem mediante o saber de “ondas” de violência sem, contudo, qualquer embasamento mais consistente, articulado e ordenado objetivando a repressão prévia, sem a necessidade de superlotar os estabelecimentos prisionais.

Essa distinção, registre-se, é de suma importância para que se possa, diante de dados estatísticos do sistema prisional, determinar o nível de eficácia dele, aferindo-se a extensão do cumprimento da pena por parte de condenados por crimes violentos e por delitos de bagatela. Diante disso, concluir-se-á o cumprimento da pena imposta pela Justiça Pública atingiu, ou não, a finalidade ressocialização²¹.

Desse modo, averigua-se que há uma grande dissonância com aquilo que reza o Código de Processo Penal brasileiro, ao menos no que diz respeito à finalidade de que os apenados retornem conscientes de seus erros e sem a vontade de voltar a repeti-los.

3.3 O sistema penitenciário brasileiro à luz dos direitos humanos

Vale registrar, inicialmente, que Direitos Fundamentais são garantias que o ser humano possui por finalidade básica de o Estado proporcionar a dignidade por intermédio do aparelho estatal e, também, de protegê-lo de sua própria força. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), também por esse viés, tem definido genericamente os direitos humanos fundamentais como uma maneira institucionalizada dos direitos das pessoas da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecerem

20 Pesquisa traça perfil dos detentos do Presídio Regional de Blumenau. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2016/07/pesquisa-traca-perfil-dos-detentos-do-presidio-regional-de-blumenau.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

21 SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública**: na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 7 p.

condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana²².

Registre-se, também, que essa percepção de Direitos Fundamentais está respaldada nos princípios gerais do direito, os quais estão apoiados pelos princípios gerais do direito, como os princípios da boa-fé e da cooperação, que são compartilhados harmonicamente boa parte dos países no mundo²³.

Em suma, o sistema penitenciário brasileiro está em colisão contínua com os direitos fundamentais, eis que o ambiente imposto pelo Poder Público para o cumprimento da pena está em confronto com o ideário da dignidade da pessoa humana e, também, com os princípios gerais do direito, que são comungados por outros países.

4 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO PLANO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal no seu art. 5º, caput, prestigia a igualdade jurídica ao proclamar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Princípio esse de extrema relevância para o Direito Constitucional, pois, de acordo com Paulo Bonavides²⁴, “de todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância na seara constitucional nos dias atuais, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o pilar do Estado social”. Ressalte-se também que há duas concepções no que se refere à igualdade, quais sejam: a formal e a material.

A igualdade formal vislumbra que a lei deve ser impessoal, genérica, não podendo, dessarte, fazer distinções. Por força dessa igualdade, com origem na Revolução Francesa, a lei não poderá assumir uma atitude discriminatória em razão de características socioeconômicas, raça, sexo, religião etc. Por outro lado, a igualdade material consagra a ideia de que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças. Aplicar tal premissa significa alcançar a igualdade material.

Assim sendo, torna possível a existência de distinções, desde que justificáveis. Afinal, as pessoas não são iguais, razão pela qual, caso haja alguma justificativa plausível para um tratamento diferenciado, este deverá ser aplicado. Isto é razoável, já que há justiça e não uma discriminação abusiva. Paulo Bonavides²⁵, ressaltando a

22 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 20 p.

23 REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 20 p.

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 347 p.

25 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 347 p.

imprescindibilidade da igualdade material, expõe: “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador”.

Nesse contexto, o princípio da igualdade, ao menos no Direito Penal, tanto cumpre função político-criminal como dogmática. No primeiro plano, obriga o legislador a tratar todos os iguais de maneira igual; os desiguais de forma desigual (exemplo: ao imputável se prevê a imposição de pena; ao inimputável está prevista a medida de segurança; os desiguais devem ser tratados desigualmente). O legislador penal não pode fazer diferenciações injustificadas ou abusivas ou discriminatórias. No âmbito dogmático e interpretativo, tanto o intérprete como o juiz deve enfatizar a mesma regra para todos os casos iguais. O juiz deve, de outro lado, tratar desigualmente os desiguais. O inimputável não pode ser tratado como o imputável. Justifica-se, nesse caso, o tratamento diferenciado.

Porém, o reconhecimento do princípio da coculpabilidade no âmbito constitucional e penal seria uma maneira de tentar diminuir as desigualdades socioeconômicas e concretizar a almejada igualdade material. Afinal, o juiz, no momento em que verifica a situação de hipossuficiência do delinquente e aplica a este uma pena específica, concretiza o princípio da igualdade.

Ou seja, não se trata o princípio referenciado de um instrumento restrito à seara criminal, mas de uma conexão direta com o princípio da igualdade, um dos pilares da ordem constitucional desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, conforme artigo da CF/88 citado anteriormente.

Nos estudos da coculpabilidade, Eugenio Raúl Zaffaroni assumiu protagonista no final do século XX ao se contrapor às injustiças causadas pelas desigualdades sociais, que, segundo ele, culmina na exclusão social mediante o encarceramento de parcela significativa da sociedade, uma vez que esta não consegue harmonizar a teia de possibilidades inclusivas, ou seja, meios idênticos de promoção social para todos os cidadãos²⁶.

Dessa forma, o operador do direito atento à situação desigual e vulnerável em que se encontra o autor da prática delitiva do caso concreto, aplicará um tratamento diferenciado, eis que justificável. Isso significa que o juiz deixará de ser mero espectador da realidade desigual que aflige o cenário brasileiro e passará, portanto, a atuar de modo

26 CAMPOS, Nayara Alves de Larcenda. **A teoria da coculpabilidade do estado e a seletividade do direito penal**. 2014. 32f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Criminais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

efetivo com fins de permitir que o almejado princípio da igualdade norteie à aplicação da pena. Portanto, o princípio da coculpabilidade constituirá o meio pelo qual o juiz atingirá o princípio da igualdade e, na verdade, a própria justiça.

Nesse sentido, perante a omissão estatal no diz respeito à concretização dos deveres antevistos no plano constitucional, tais como a saúde e a educação, o princípio da coculpabilidade surge como o diagnóstico feito pelo Estado sobre a sua parcela de responsabilidade na conduta delitiva praticada por determinadas pessoas atingidas pela não consecução dos deveres referenciados. Assim, como o Estado não proporcionou uma inclusão socioeconômica de determinados cidadãos, deverá arcar indiretamente com a sua responsabilidade do delito em conjunto com o infrator.

Confirmando o conceito ora desenhado, Grégore Moura²⁷ esclarece o que se entende por princípio da coculpabilidade:

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

No mesmo sentido segue Greco²⁸:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa culpa com a sociedade.

Ressalte-se, desde logo, que não se pode entender erroneamente que recai sobre o Estado uma infração penal, em virtude de este assumir parcialmente sua responsabilidade no cometimento do delito. Afinal, tal raciocínio não faria o menor sentido diante da função *jus puniendi* do Estado, no momento em que o detentor do dever de

27 MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. 56 p.

28 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. 469 p.

punir não poderia aplicar pena a si próprio. Além disso, o Estado não pode configurar-se na qualidade de sujeito ativo de um crime, não sendo capaz, dessa forma, de praticar uma conduta criminosa, seja a título de dolo ou de culpa. Ou seja, deve-se ter a cautela para “não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos”²⁹.

O que há, portanto, é simplesmente uma responsabilidade compartilhada entre o autor da infração penal e o Estado, havendo uma mitigação da pena e juízo de reprovação do criminoso, ou seja, no momento da aplicação da pena, o juiz, ao se deparar com a hipossuficiência do autor da prática delitiva, aplicará uma pena reduzida. Caso haja necessidade de aplicação da pena, que ela seja aplicada de maneira justa, na medida em que será mitigada, haja vista a condição pessoal de vulnerabilidade do criminoso.

Noutras palavras, para a devida aplicação do princípio da coculpabilidade no âmbito da dosimetria da pena, faz-se necessário a existência de um pré-requisito, qual seja: a hipossuficiência do autor da conduta criminosa perante a sociedade, diante das instituições do Estado brasileiro. Caso contrário, a aplicação da pena reduzida padecerá de grande injustiça.

Ressalte-se também que o reconhecimento do princípio da coculpabilidade não significa impunidade. Afinal, o agente que é oriundo de um meio em que o Estado não se fez presente e, por fatores socioeconômicos, comete um delito, sofrerá sim uma pena, mas esta será ajustada conforme sua culpabilidade na medida de sua reprovação social e pessoal pelo crime praticado.

O princípio da coculpabilidade defende uma situação compensatória do Estado no momento em que, diante da sua omissão em promover serviços públicos essenciais à maioria da população, deverá contrabalancear ou descontar a sua falta no momento da aplicação da pena. Corroborando esse entendimento, Simone Matos Rios Pinto³⁰ expõe:

Outro fundamento do princípio da co-culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou

29 MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. 38 p.

30 PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

enquanto devedor, em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a co-culpabilidade representa uma corresponsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.

3.2 Hipóteses de inserção da coculpabilidade no direito penal

Há dispositivos no Código Penal brasileiro por intermédio dos quais é possível a aplicação do princípio da coculpabilidade. Ou seja, existem hipóteses em que o legislador poderia alterar o Código Penal em vigor a fim de positivizar a coculpabilidade.

Vislumbram-se quatro opções, segundo Grégore Moura³¹, quais sejam:

como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal.

Cabe, portanto, a análise de cada uma delas.

A primeira possibilidade de positivação da coculpabilidade se fundamenta na sua colocação no art. 59 do Código Penal, pois, tal dispositivo trata das circunstâncias judiciais, que são consideradas para a fixação da pena-base, fazendo parte, desse modo, da fase inicial da dosimetria da pena. Portanto, a coculpabilidade poderia vir expressa no mencionado artigo como circunstância judicial. Quer dizer, o art. 59 poderia ser acrescentado do seguinte modo: o juiz atendendo também as oportunidades sociais oferecidas ao autor do delito estabelecerá as penas.

Essa opção, entretanto, não se mostra eficaz, pois se a pena-base for fixada no seu limite mínimo, não poderá a coculpabilidade reduzir a pena. Afinal, em se tratando de primeira fase do cálculo da pena, não se vislumbra a possibilidade de redução desta para abaixo do mínimo estabelecido em lei. Portanto, o reconhecimento do princípio da coculpabilidade não é pertinente para sua concretização.

A segunda forma em que o princípio objeto de estudo tem respaldo no Estatuto Repressor é mediante o art. 65. Poderia, diante disso, ser antevisto expressamente como uma circunstância atenuante.

Ou seja, haveria um acréscimo no rol das atenuantes genéricas do mencionado dispositivo. É como defende Grégore Moura³², expondo que haveria uma “previsão de

31 MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. 93 p.

32 MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006. 94 p.

mais uma alínea no inciso III do citado art. 65 do Código Penal”. Tal previsão tornaria mais forte e sólida a necessidade de aplicação da coculpabilidade. Todavia, também essa hipótese não seria eficiente, pois, segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, as atenuantes genéricas não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal.

Ou seja, mesmo sendo aplicada a atenuante genérica da coculpabilidade, não seria possível reduzir a pena abaixo do limite mínimo. Constitui a terceira hipótese de inserção o acréscimo de um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, declarando que, conforme Grégore Moura (2006, p. 94), “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3)”.

Cumpra mencionar a necessidade de que tais circunstâncias sociais e econômicas tenham relação e influência com o delito praticado, a fim de se vislumbrar a coculpabilidade. Referido doutrinador entende que essa posituação constitui a melhor. Afinal, torna possível uma maior individualização da pena e uma redução da pena abaixo do mínimo legal.

A última proposta trazida por Grégore Moura diz respeito à inclusão da coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, visto que o comportamento do agente é visto como de culpa exclusiva da inadimplência do Estado. Ou melhor, a coculpabilidade aparecia como mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. É bom pontuar que tal hipótese é apresentada somente a título de citação, tendo em vista se tratar de proposta em que não se concorda, afinal, ela se mostra contrária à própria ideia defendida pela coculpabilidade, que é a de culpa compartilhada entre autor da conduta criminosa e o Estado. Ambos, portanto, têm sua parcela de culpa no cometimento do delito, não se tratando, assim, de uma responsabilidade exclusiva do Estado.

Já parcela da doutrina especializada defende que o art. 66 do Código Penal traz em seu bojo a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade.

Como foi visto no tópico anterior, tal dispositivo refere-se à atenuante nominada, isto é, torna possível que uma situação, mesmo não prevista expressamente no rol do art. 65 do Código Penal, atenua a pena, desde que relevante, anterior ou posterior ao delito. Abre-se a oportunidade, portanto, para uma circunstância não especificada pelo legislador interferir na fixação da pena pelo juiz.

Noutras palavras, a medida mais acertada para a concretização do ideário de coculpabilidade é, sem dúvidas, a aplicação do art. 66 do Estatuto Repressor sobre o

caso concreto, desde que preenchido os requisitos delineados no tópico do plano constitucional deste trabalho.

3.3 Jurisprudências dos tribunais brasileiros

Serão averiguadas neste tópico decisões oriundas de alguns tribunais de justiça estaduais brasileiros que tratam da coculpabilidade. Na maioria dos julgados, conforme se verá adiante, o princípio objeto deste estudo tem sido afastado, quer dizer, rechaçado pelos órgãos colegiados.

Registre-se que é ainda irrisório o número de julgados acerca da temática em questão. Realmente, há muitos tribunais do Brasil nos quais sequer há algum vestígio de debate ou posicionamento sobre o princípio referenciado. Inclusive, observa-se que, das poucas decisões que existem, não há um entendimento consistente, perante a quase nula fundamentação dos julgados. Do Tribunal do Rio Grande do Sul, tem-se o seguinte julgamento:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. ARTIGO 112 DA LEP COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. ANÁLISE DOS EXAMES PSICOSSOCIAIS CONSTANTES DOS AUTOS PARA AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE, DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. SÚMULA N.º 439 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N.º 26. A nova redação do artigo 112 da LEP não elenca literalmente o exame psicossocial como requisito para a concessão da progressão de regime, nem para livramento condicional, mas também não o suprime objetivamente, portanto, numa interpretação sistemática do ordenamento processual vigente, pode o juiz se valer das provas contidas nos autos e determinar a realização do referido laudo para averiguar as condições pessoais e o mérito do apenado para a progressão do regime carcerário ou livramento condicional, formando sua convicção, na forma dos artigos 155 e 182 do Código de Processo Penal. Na espécie, as condições subjetivas do agravante são por demais desfavoráveis à progressão de regime, é o que se denota das avaliações constantes dos autos nas fls. 19/20 e 21/22, não podendo o juiz se furtar de analisá-las, apenas por entender que, pela nova legislação, basta o atestado de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. O princípio da coculpabilidade não é aplicado para fins de progressão de regime, por falta de previsão legal e porque não se pode responsabilizar a sociedade pela ausência de oportunidades ao indivíduo, bem como a culpabilidade não decorre da pobreza, pois presente o crime em todas as camadas sociais. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70047398979, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 21/03/2012).

Como se vê, não foi aplicado o princípio da coculpabilidade sob a fundamentação de que este não tem respaldo legal. Entretanto, como foi visto no decorrer deste trabalho, a coculpabilidade apresenta-se como um princípio constitucional implícito, razão pela qual requer ou é dotado de imperatividade. De fato, o princípio em questão tem sustento em princípios previstos expressamente pela Constituição vigente. Além disso, conforme delineado no tópico anterior, foi visto inclusive a possibilidade de sua inserção no Código Penal, ressaltando que, embora a sua positivação não seja necessária, é importante porque proporciona segurança jurídica na seara penal.

Outro julgado em que a coculpabilidade foi discutida diz respeito à Apelação de nº 993070367121 apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Cuida-se de um condenado em primeira instância pela conduta tipificada no art. 155, §4º, inciso I, do Código Penal, que recorre pleiteando a redução da pena, com fundamento no princípio da coculpabilidade, de acordo com a atenuante genérica inominada do art. 66 do Estatuto Repressor. O condenado, desse modo, argumenta que o Estado não proporcionou condições mínimas de sobrevivência, privando-o, assim, de valores sociais.

Os julgadores, entretanto, não recepcionaram a tese da coculpabilidade invocada, sob a argumentação de que o Estado proporciona a toda sociedade as mesmas condições dignas de sobrevivência. Acrescentam ainda que o réu teve oportunidade sim de ter acesso à educação, pelo fato de ter estudado até a 7ª série, mas que acabou por escolher em se envolver em crimes contra o patrimônio.

Tal entendimento, no entanto, não procede. Afirmar que o Estado propicia a todos as mesmas oportunidades sociais, é uma inverdade. Isso porque, sabe-se que a o cenário brasileiro é recheado de desigualdades sociais e a população de menor poder aquisitivo está extremamente vulnerável, de maneira que o caminho do crime se apresente para esta parcela da população com a “melhor saída”. De fato, como se viu ao longo desta pesquisa, o delito não pode ser visto como algo isolado, mas sim como fruto também do meio social do indivíduo. Quer dizer, é inegável que a extrema pobreza e a baixa escolaridade influem na autodeterminação do indivíduo, que se torna mais suscetível a práticas ilícitas.

Outro fundamento dos julgadores no tocante à recusa da apreciação da coculpabilidade, foi no sentido de que, sendo esta acolhida por meio da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, estaria punindo a sociedade pela segunda vez, uma vez que esta já tinha sido “acusada por uma criminalidade violenta e crescente” (Apelação nº 993070367121 TJ-SP).

Ora, é o Estado que fomenta a prática do crime, no instante em que não

proporciona a todos os cidadãos igualdade de oportunidades. Além disso, a coculpabilidade não defende a absolvição do delinquente vulnerável, apenas prevê a aplicação da pena de modo justo. Do outro lado, existem no Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul duas decisões que acolheram o princípio da coculpabilidade:

Ementa: Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da coculpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000).

Neste caso, a coculpabilidade foi aplicada mediante circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, inserida, portanto, na primeira fase de dosimetria da pena. Como se vê no julgado, levou-se em consideração a vulnerabilidade social do agente, razão pela qual foi aceita a coculpabilidade. Quanto à outra decisão, apresenta-se:

Furto em residência. Concurso de agentes. Materialidade e autoria comprovadas. Fato típico. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. [...] Juízo condenatório mantido. Incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do CP. Réu semialfabetizado. Instituto da coculpabilidade. (Apelação criminal nº 70013886742, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 20/4/2006).

Nesse decisório, o instituto em questão foi acolhido por meio da atenuante genérica inominada do art. 66 do Estatuto Repressor, colocada, portanto, na segunda fase de aplicação da pena. Com efeito, o julgador, por intermédio das peculiaridades do caso concreto, identificou na coculpabilidade um viés de fato relevante anterior ao crime, merecendo o condenado, portanto, a atenuação da pena. A fundamentação do referido julgado tem como parâmetro o reconhecimento de que o fracasso ao acesso à educação do acusado é também de responsabilidade do Estado, o que enseja os efeitos da atenuante genérica.

Ainda no corpo da decisão, menciona o julgador que é patente a necessidade de reconhecimento uma responsabilização do Estado nas opções de vida escolhidas pelo autor do crime, visto tratar-se de um indivíduo que não aprendeu a ler e tampouco a escrever o seu próprio nome e que para ele, desse modo, é quase inexistente a perspectiva de emprego. Afinal, o mercado de trabalho atual apresenta-se extremamente

competitivo, não havendo praticamente, dessa forma, lugar para um semianalfabeto. É como declara a decisão: “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 semianalfabeto é praticamente nula” (Apelação nº 70013886742 TJ-RS).

Com efeito, não há como essa situação peculiar deixar de ser averiguada no momento de o Estado impor a pena para o cometimento da infração penal. Essas duas decisões apresentam, portanto, a audácia dos julgadores, no momento em que estes não deixaram de perceber que determinados indivíduos possuem um menor âmbito de autodeterminação em virtude das circunstâncias sociais e econômicas que foram inseridos ao longo de suas vidas.

Diante de todo o delineado neste tópico, uma vez analisado o conceito do princípio da coculpabilidade, assim como o seu viés constitucional, através da harmonização com princípios constitucionais, bem como a sua aplicação no âmbito do Direito Penal, incluindo entendimentos jurisprudenciais sobre a temática, conclui-se pela possibilidade e aplicação do referido princípio na condição de atenuante genérica.

CONCLUSÃO

Conforme delineado ao longo do primeiro capítulo, o estado de bem-estar social está estabelecido neste país desde o movimento constitucionalista da segunda metade do século passado, que aprimorou a ordem constitucional ao positivar direitos sociais e estipulou metas do poder público para a erradicação da pobreza, por exemplo.

Dito isso, é inegável que o mínimo existencial, defendido no plano da dignidade da pessoa humana, é uma das principais metas impostas aos Poderes da República Federativa do Brasil, cuja execução depende da atividade legiferante e de políticas públicas criadas pelo Executivo, ou, em último caso, pela concretização do referido mínimo mediante a atividade jurisdicional.

Nesse contexto, compreende-se como uma verdade afronta o Estado de bem-estar social o estado de coisas do sistema penitenciário brasileiro, responsável por estampar péssimas notícias tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Isso porque, conforme verificado com a exposição de pesquisas recentes, o Brasil, especialmente o estado do Rio Grande do Norte, possui uma população carcerária superior às condições prestadas pelo poder público, de modo que o governador do RN renovou a situação de calamidade pública no sistema penitenciário potiguar.

Assim, a fim de evitar a catástrofe no sistema penitenciário potiguar, faz-se necessário o Poder Judiciário local rever a política de encarceramento no que concerne à prisão em regime fechado de determinados criminosos. Para tanto, requer do juiz o julgamento com base em dois parâmetros, quais sejam: cometimento do delito patrimonial em razão da falta de oportunidade dada ao agente e na culpa compartilhada do Estado, responsável pela falha no provento de certas oportunidades, como, por exemplo, o devido acesso à educação de qualidade. Essa medida prestigia o princípio da coculpabilidade.

No aspecto específico da culpa compartilhada, não há uma previsão legal quanto ao assunto, o que torna a sua aplicação temerária aos olhos de muitos juízes brasileiros. Apesar disso, constatou-se ao longo deste trabalho que há, sim, uma saída para esse impasse, qual seja: aplicação do art. 66 do Estatuto Repressor, objetivando o acolhimento da coculpabilidade como atenuante genérica, conforme julgados colacionados no último tópico.

Diante de todo o exposto, defende-se a aplicação do princípio da coculpabilidade nos termos delineados acima, como uma forma de justiça criminal e, de uma forma indireta, como política criminal a longo prazo, reduzindo, neste caso, a superlotação carcerária do Brasil e, especificamente, a do Rio Grande do Norte.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero39/artigo09.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. **A teoria da coculpabilidade do estado e a seletividade do direito penal**. 2014. 28f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Criminais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

Cármén Lúcia visita penitenciárias no Rio Grande do Norte. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/carmen-lucia-visita-penitenciaria-federal-de-mossoro-rn.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

EM CALAMIDADE há 19 meses, sistema prisional potiguar é tema de audiência. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/em-calamidade-ha-19-meses-sistema-prisional-potiguar-e-tema-de-audiencia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GOVERNO renova estado de calamidade pública nas prisões do RN. 2016. Disponível em: <<http://www.omossoroense.com.br/governo-renova-estado-de-calamidade-publica-nas-prisoas-do-rn/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

NAKAHIRA, Ricardo. Eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: educação e saúde. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 9, n. 11069, p.799-876, ago. 2015.

PESQUISA traça perfil dos detentos do Presídio Regional de Blumenau. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2016/07/pesquisa-traca-perfil-dos-detentos-do-presidio-regional-de-blumenau.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública**: na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SISTEMA prisional brasileiro tem quase 240 mil pessoas além da capacidade. 2014. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-07-03/sistema-prisional-brasileiro-tem-quase-240-mil-pessoas-alem-da-capacidade.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.