

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS

THE APPLICATION OF THE CO-GUILT THEORY AS A GENERIC MITIGATING CIRCUMSTANCE OF ARTICLE 66 OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN COURTS OF JUSTICE

ÍCARO GOMES COELHO

*Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.
Fortaleza, Ceará, Brasil.
icarocoelho1103@hotmail.com*

SIDNEY SOARES FILHO

*Coordenador do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito e Processo Penal da Universidade de Fortaleza
(UNIFOR). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Fortaleza, Ceará, Brasil.
sid_filho@hotmail.com*

RESUMO

A Teoria da Culpabilidade, invocada, a princípio, pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, objetiva partilhar a responsabilidade do indivíduo que comete um delito em determinadas circunstâncias, de modo que o agente tenha sua culpabilidade diminuída, ou até mesmo afastada, em razão das falhas sociais e estatais que, comprovadamente, o levaram a incorrer na atitude criminosa. O presente trabalho tem a finalidade de analisar a posição dos tribunais de justiça brasileiros acerca da (in)aplicabilidade da Teoria da Culpabilidade do Estado enquanto atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. O estudo jurisprudencial das 27 (vinte e sete) cortes do País acerca do tema objetiva subsidiar uma análise tanto quantitativa quanto qualitativa das decisões destes tribunais e de seus respectivos fundamentos à luz do que leciona o autor da referida teoria, bem como do papel do Judiciário enquanto poder independente e harmônico ao lado do Legislativo e do Executivo.

Palavras-chave: Atenuante; Culpabilidade; Genérica; Jurisprudência; Tribunais.

ABSTRACT

The Co-guilt Theory, invoked, at first, by the Argentine Eugenio Raúl Zaffaroni, aims to share the responsibility of the individual who commits a crime in certain circumstances, so that the agent has his guilt lessened, or even removed, on account of social and State failures that led him to practice the crime. This study aims to analyze the position of Brazilian Courts of Justice about the (in) applicability of State's Co-guilt Theory while a generic mitigating circumstance of the article 66 of the Brazilian Criminal Code. The case study of the 27 (twenty seven) courts about the theme aims to subsidize an analysis both quantitatively and qualitatively of these courts decisions and their respective reasoning in light of what the author of this theory teaches, as well as the role of the Judiciary as an independent and harmonic power next to the Legislative and the Executive.

Keywords: Mitigating circumstance; Co-guilt; Generic; Jurisprudence; Courts of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 TEORIA DA COCULPABILIDADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS; 1.1 Conceito e origem; 1.2 Culpabilidade e Criminologia; 1.3 Culpabilidade e Direitos Humanos; 2 ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS ACERCA DO TEMA; 2.1 Análise quantitativa das decisões; 2.2 Análise qualitativa das decisões; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Culpabilidade, de autoria do professor e ex-ministro da Suprema Corte Argentina Eugenio Raúl Zaffaroni, objetiva responsabilizar o Estado e a sociedade, de forma concorrente, pelos crimes praticados por seus nacionais, tendo em vista as falhas sistemáticas e estruturais em que incorre o ente público na efetivação das atividades que se propõe a realizar.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros acerca do tema “aplicação da Teoria da Culpabilidade enquanto atenuante genérica do art. 66 do Código Penal”, sendo objetivo específico o estudo individual das 27 (vinte e sete) cortes estaduais e do Distrito Federal e Territórios e a análise quantitativa e qualitativa dos fundamentos utilizados pelos magistrados em suas decisões, de modo a responder ao questionamento sobre a adequação, ou não, dos argumentos expostos pelos desembargadores à luz da função institucional do Poder Judiciário.

O artigo, em seu primeiro tópico, tem o escopo de evidenciar os fundamentos da Teoria da Culpabilidade, apresentando seus parâmetros e objetivos, de modo a elucidar suas finalidades, bem como de justificar sua incidência em determinados casos concretos, ressaltando-se as espécies de crimes nas quais, mais recorrentemente, se vislumbra a possibilidade de aplicá-la. É feita, ainda, relação entre a culpabilidade e as disciplinas de Criminologia e Direitos Humanos, evidenciando sua interdisciplinaridade.

No segundo tópico, comentam-se julgados dos 27 (vinte e sete) tribunais de justiça do Estado Brasileiro, os quais foram obtidos utilizando-se como baliza temporal as datas de 1º de janeiro de 2014 e 22 de fevereiro de 2016. Realizou-se a pesquisa da seguinte forma: foram acessadas as páginas oficiais dos referidos tribunais, clicando-se no link destinado à pesquisa de jurisprudência e, neste espaço, utilizada a palavra-chave “culpabilidade”, sendo excluídos os julgados que não guardavam relação com o termo na esfera criminal, assim como os que

mencionavam a expressão em seu inteiro teor, mas apenas a título de transcrição de outro julgado utilizado para fundamentar assunto que não o veiculado no presente artigo.

Tabelas contendo a data do julgamento, o número do processo e o assunto abordado na demanda, o relator e o órgão fracionário a que pertence, bem como a aplicação ou não da Teoria da Culpabilidade foram utilizadas para fins de tornar inteligível a pesquisa.

Trechos de julgados proferidos pelos desembargadores foram transcritos, de modo a tornar possível a análise individual de cada decisão. Os referidos fragmentos foram extraídos, em regra, das ementas dos acórdãos, recorrendo-se ao inteiro teor apenas quando considerado não satisfatório ao entendimento da decisão o primeiro método.

Chegou-se, pelo procedimento exposto, a 447 (quatrocentos e quarenta e sete) julgados, analisados todos os tribunais de justiça do País, ressaltando-se que em 5 (cinco) deles - Roraima, Amapá, Pernambuco, Sergipe e Goiás - não foram encontrados julgados nos parâmetros delimitados.

Faz-se análise quantitativa e qualitativa dos referidos julgados, de modo a aferir a pertinência e adequação dos fundamentos utilizados nos acórdãos em relação à Teoria da Culpabilidade lecionada por Eugenio Raúl Zaffaroni, bem como às finalidades institucionais do Poder Judiciário, tanto no viés de aplicar o Direito ao caso concreto quanto no de realizar a pacificação social.

Julgados considerados discrepantes da homogeneidade dos demais foram destacados, seja por apresentarem fundamentos de direito material que se identificam com os parâmetros utilizados pelo difusor da Teoria, seja por veicularem argumentos de ordem processual considerados adequados e isentos do clamor inerente às massas.

Por fim, conclui-se o artigo realizando as últimas considerações ao que fora apresentado nos tópicos anteriores, posicionando-se conclusivamente acerca do (des)acerto dos fundamentos utilizados pelos tribunais de justiça pátrios quando da abordagem do tema envolvendo a aplicação da Teoria da Culpabilidade do Estado enquanto atenuante genérica do art. 66¹ do Código Penal.

¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 28 maio 2016.

1 TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Aspectos introdutórios da Teoria da Culpabilidade serão analisados, para fins de tornar claras as bases da referida doutrina, de modo a subsidiar os capítulos seguintes e, principalmente, a conclusão do presente estudo. Para tanto, serão expostos o conceito e a origem da referida teoria, bem como sua relação com a Criminologia e com os Direitos Humanos.

1.1 Conceito e origem

A Teoria da Culpabilidade do Estado foi invocada, primeiramente, por Eugenio Raúl Zaffaroni, ex-ministro da Suprema Corte Argentina (2003 a 2014), atualmente juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e professor titular da Universidade de Buenos Aires.

Para o referido professor, a responsabilidade do agente que praticou um delito deve ser, em determinados casos, partilhada com o Estado, em razão da falha do ente público no que tange à efetivação de prestações essenciais que, conforme dispõe a Carta Política, é dever estatal perante os nacionais. Nesse sentido leciona Eugenio Raúl Zaffaroni em coautoria com José Henrique Pierangeli:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.²

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 525.

Desse modo, observa-se que a finalidade da teoria invocada por Zaffaroni é a de reduzir a responsabilidade do agente criminoso, tendo em vista serem as “causas sociais” o motivo pelo qual o indivíduo incorreu em conduta delitiva.

Sidney Soares Filho, em artigo escrito em coautoria com Fernanda Lira Marçal, intitulado “O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro”, indica as origens do princípio da coculpabilidade estatal, mencionando a Revolução Francesa como raiz desta teoria, uma vez ter o pensamento iluminista - difundido à época - estreita ligação com a garantia dos direitos fundamentais.

É fato que as ideias iluministas do século XVIII, isto é, ideologias que propuseram uma nova sociedade baseada na igualdade de direitos dos cidadãos e na consolidação do liberalismo político, proporcionaram ao Direito Penal uma fase de novas perspectivas no âmbito da organização social e política. Consequentemente, essas correntes iluministas constituem a origem histórica do princípio da corresponsabilidade estatal.³

Tem-se, portanto, a Revolução Francesa - ocorrida no ano de 1789 - como base histórica da Teoria da Coculpabilidade, e a doutrina de Eugenio Raúl Zaffaroni como veículo responsável pela introdução da ideia na ciência jurídica.

Decorrência direta do Estado Liberal, o qual, por sua vez, tem suas origens na Revolução Francesa, despontam as diretrizes do que Jean Jacques Rousseau atribuiu a denominação de Contrato Social. Sidney Soares Filho e Fernanda Marçal, no mesmo artigo, desta forma se expressam a respeito do tema:

Em consequência do surgimento do contratualismo, surge a co-culpabilidade no momento em que o crime aparece como rompimento do contrato social. Cezar Roberto Bittencourt (2002, p. 47) corrobora a assertiva ao dizer que “sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceitado, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade”. E, por outro lado, o Estado também rompe o pacto social, conforme esclarece Grégore Moura (2006, p. 44), “em contrapartida, o Estado também quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana”.⁴

³ MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 12 maio 2016

⁴ MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 12 maio 2016

Com efeito, o rompimento do Contrato Social, no contexto da Teoria da Culpabilidade, ocorre tanto por parte do Estado quanto pelo indivíduo que incorre em ação delituosa, sendo que o ente estatal é quem, primeiramente, viola o pacto na medida em que não cumpre com o que se propõe a realizar, para, então, diante de tal descumprimento, o indivíduo arremata rompendo o Contrato quando da prática do crime.

Quanto à aplicação do Princípio da Culpabilidade no Direito Brasileiro, esta, quando ocorre por parte dos magistrados, tem base unicamente doutrinária, uma vez não estar positivado no ordenamento jurídico interno.

Em artigo denominado “O princípio da culpabilidade como causa atenuante inominada”, publicado na Revista Jurídica De Jure, assim menciona a aplicação do referido princípio no Direito Brasileiro Jader Máximo de Araújo, indicando sua existência expressa nos ordenamentos jurídicos de outros países:

Contudo, a culpabilidade não está expressamente prevista na legislação penal-constitucional pátria. Além disso, ela é muito pouco aplicada pela jurisprudência e muito pouco explorada pela doutrina pátria - apesar de ser bastante debatida pela doutrina estrangeira, já sendo inclusive positivada na legislação de países como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica.⁵

Com efeito, das três consequências possíveis da aplicação da Teoria da Culpabilidade, relacionadas, respectivamente, às três fases de aplicação da pena - circunstância judicial favorável, atenuante de pena e causa de diminuição -, apenas a título de atenuante inominada (art. 66 do Código Penal Brasileiro) é que decisões pontuais vêm-na reconhecendo. Ainda a respeito do tema, explica Jader Máximo de Araújo:

Enfim, é de se notar a oportunidade deste estudo, uma vez que atualmente está em tramitação no Congresso Nacional o anteprojeto de Lei n. 3.473, apresentado em 18 de agosto de 2000 pelo Poder Executivo, que visa à reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro (CPB). Nessa proposta, a culpabilidade é inserida entre as circunstâncias judiciais previstas para fixação da pena-base, elencadas pelo art. 59.⁶

Conclui-se, assim, que diante das mazelas sociais ocasionadas, muitas vezes, pela falha do próprio Estado, a tendência é que se reconheça a culpabilidade nos casos em que, comprovadamente, a ação delituosa decorre da omissão estatal.

⁵ ARAÚJO, Jader Máximo de. O Princípio da culpabilidade como causa atenuante inominada. *De jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ano 2013, n. 20, mes JAN/JUN, p.109.

⁶ ARAÚJO, Jader Máximo de. O Princípio da culpabilidade como causa atenuante inominada. *De jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ano 2013, n. 20, mes JAN/JUN, p.109.

1.2 Coculpabilidade e Criminologia

Inevitável se mostra a associação da Teoria da Coculpabilidade com o estudo da Criminologia, notadamente das teorias que se prestam à explicação dos motivos que levam as pessoas a cometer delitos. Sérgio Salomão Shecaira⁷ divide em dois grupos o que chama de “visões da macrossociologia que influenciam o pensamento criminológico”.

Compõem estes grupos as teorias da integração - ou do consenso -, as quais abrangem a Escola de Chicago, a Teoria da Associação Diferencial, a da Anomia e a da Subcultura Delinvente; paralelamente às teorias do consenso, as críticas, que englobam o *Labelling Approach* (interacionista) e a Teoria Crítica. Assim expõe o referido autor:

Podemos agrupar duas visões principais da macrossociologia que influenciaram o pensamento criminológico. À primeira visão, de corte funcionalista, mas também denominada de teorias da integração, daremos o nome mais amplo de teorias do consenso. A segunda visão, argumentativa, pode-se intitular, genericamente, de teorias do conflito. A escola de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria da subcultura delinvente podem ser consideradas teorias do consenso. Já as teorias do *labelling* (interacionista) e crítica partem de visões conflitivas da sociedade.⁸

Foge ao objeto de estudo deste trabalho o aprofundamento na análise das teorias criminológicas. Pretende-se evidenciar, no entanto, que todas as teses que se propõem a explicar os motivos que levam as pessoas a cometer delitos estão intimamente ligadas à Sociologia e ao comportamento da sociedade perante o (pretense) criminoso. Tal constatação se mostra suficiente para demonstrar que a relação entre sociedade e delinvente é mais próxima e intensa que o senso comum tenciona considerar.

Apesar da notória interdisciplinaridade entre Direito Penal e Criminologia, o que se observa, de um modo geral no Brasil, é uma prevalência daquela disciplina em detrimento desta, em razão da percepção da sociedade brasileira - equivocada ou não - no sentido de que o excesso de punição é mecanismo apto a solucionar o problema da criminalidade, deixando-se em segundo plano a compreensão acerca das razões do cometimento de crimes.

Nesse sentido leciona René Ariel Dotti acerca do descrédito da Criminologia com o advento do Código Penal de 1940:

⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-124.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 123-124.

O desprestígio da Criminologia decorreu do antagonismo que lhe passaram a dedicar ilustres penalistas da geração dos anos 30. Com a autoridade de ter sido o principal redator do CP de 1940, Nélon Hungria declarou em várias oportunidades a marginalização da Criminologia “em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas” (Introdução à Ciência Penal, em *Novas Questões Jurídico-Penais*, p. 15). Em vários trechos do CP se percebe o hermetismo em que se radica, opondo-se fortemente às contribuições da Criminologia e da Vitimologia e outras disciplinas. No tratamento das causas de exclusão de culpabilidade existem marcantes exemplos desta orientação que conduz à responsabilidade objetiva (doença mental, distúrbio de consciência, embriaguez, paixão, emoção, erro etc).⁹

Da simples análise do objeto de estudo da Criminologia - o delito, o delinquente, a vítima e o controle social -, conclui-se que esta disciplina tem papel fundamental na compreensão dos motivos pelos quais os crimes são cometidos, sendo certo que mais interessa à sociedade prevenir de maneira eficaz o delito a puni-lo de forma cada vez mais rígida.

Sérgio Salomão Shecaira, ao abordar o controle social como objeto de estudo da Criminologia, evidencia a interdisciplinaridade entre esta disciplina e o Direito Penal, ressaltando-se a quem é dirigido, em regra, o direito de punir estatal:

De um lado tem-se o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviços etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada como a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os conseqüentários de tais agências, como controle legal, penal etc. As instâncias de controle social informal operam educando, socializando o indivíduo. São mais sutis que as agências formais e atuam ao longo de toda a existência da pessoa. Por fazer assimilar nos destinatários valores e normas de uma dada sociedade sem recorrer à coerção estatal, o controle social informal possui mais força em ambientes reduzidos, sendo, então, tópicos de sociedades pouco complexas.¹⁰

Trazendo-se o conceito de controle social informal indicado por Salomão Shecaira para a dinâmica da sociedade brasileira, conclui-se pela existência de um ciclo vicioso: família, escola, opinião pública etc, ou seja, instâncias que se prestariam, em um primeiro momento, ao controle da criminalidade, estão, em muitos casos, inegavelmente maculadas pela falha embrionária do Estado em conferir condições dignas de vida, de modo que o mínimo ético mencionado pelo alemão Georg Jellinek não é - e nem poderia ser - o mesmo para todas as camadas sociais.

⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

Observa-se, quanto ao tema, o discurso de que a Teoria da Culpabilidade guarda relação com o que se atribuiu a nomenclatura de “direito penal socialista”, o que não deixa de ser pertinente, tendo em vista a constatação empírica do que se afirma. Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina mencionam a notória aceitação da Teoria nos países comunistas:

Zaffaroni e Pierangeli fazem referência à co-culpabilidade para explicar que quando a sociedade é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora etc., ou seja, quando ela cria condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente (pouco espaço social, que se limita à subsistência), ela também contribui para o delito. Haveria, então, a co-culpabilidade dela, isto é, o sujeito é culpável, mas a sociedade também o é. Cuida-se de tese que ganhou muita força nos países do chamado socialismo real (comunistas).¹¹

É importante destacar, entretanto, que nada impede que um Estado se proponha a efetivar o bem-estar social de seus nacionais, garantindo o acesso a saúde, educação e lazer de qualidade sem se afastar do caráter de estado liberal.

A Carta Magna de 1988 traz uma gama de dispositivos que autorizam tal conclusão, a exemplo dos que tratam dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (artigos 1º e 3º, respectivamente), bem como do Título IV da Constituição, que trata da Ordem Econômica e Financeira, indicando expressamente a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como vetores da economia brasileira.

O que se pretende evidenciar com tais considerações é que atribuir ao Estado parcela da culpabilidade de indivíduos que cometem crimes não significa transformar o sistema político-econômico de um país em comunista, representando tão somente o reconhecimento da falha na efetivação de políticas públicas veiculadas no texto constitucional pelo constituinte originário que, também de forma expressa, indica o sistema capitalista como o orientador da Política e da Economia do País.

No que tange ao encaixe da Teoria da Culpabilidade ao art. 66 do Código Penal, enquanto atenuante genérica, Julio Fabbrini Mirabete cita alguns exemplos nos quais seria possível a incidência da referida teoria:

Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 417.

facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.¹²

Observa-se, portanto, que apesar de específicas, não são poucas as possibilidades de se considerar, em tese, a Culpabilidade do Estado quando da prática de um crime por um indivíduo, podendo-se chegar à conclusão de que em uma sociedade na qual o funcionamento regular das instituições é motivo de divulgação em noticiários, maiores ainda são as possibilidades de que incida a Teoria sobre os fatos tipificados como crime.

1.3 Culpabilidade e Direitos Humanos

Notória relação também existe entre a Teoria da Culpabilidade e a disciplina destinada ao estudo dos Direitos Humanos. Tal interdisciplinaridade se deve ao fato de que a invocação daquela é motivada justamente pela violação, em maior ou menor grau, destes. Com efeito, não fosse a violação reiterada e sistêmica dos direitos humanos - no caso, direitos fundamentais, uma vez que incorporados ao ordenamento jurídico interno - motivos não haveria para se pretender responsabilizar o Estado e a sociedade por condutas delituosas praticadas pelos nacionais.

Várias são as terminologias utilizadas para fazer referência aos Direitos Humanos. No âmbito do ordenamento jurídico interno, a doutrina costuma atribuir a nomenclatura de Direitos Fundamentais, apesar de a Constituição, em diversas passagens, não seguir um rigor a este respeito. Nesse sentido lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Segundo a denominação do Título II da Constituição Federal, utiliza-se, no presente trabalho, o termo “direitos fundamentais”. Esse termo não é o único existente no direito constitucional e nas Constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo “liberdades individuais”, direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”.¹³

Arrematam os autores com crítica à ausência de precisão terminológica no âmbito da Constituição da República de 1988, justificando o descontentamento com a possibilidade de interpretações várias a respeito do que se lê no texto constitucional:

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 299.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

Alguns desses termos são utilizados na própria Constituição Federal, que não foi consequente na terminologia. Isso é lamentável, pois aqui temos uma “questão terminológica essencial” em dois sentidos. Primeiro, porque os vários termos adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque o emprego de um termo pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a “direitos individuais” ou a “liberdades fundamentais”, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécies de direitos coletivos e, portanto, não individuais.¹⁴

No presente trabalho, entretanto, considera-se a expressão “Direitos Humanos” tão somente como os Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República, na linha do que entende a doutrina predominante.

A relação entre os Direitos Humanos e a Teoria da Culpabilidade se apresenta na medida em que a violação daqueles enseja a invocação desta. A efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é, talvez, um dos maiores óbices que encontra o Estado Brasileiro para que seja concretizado o bem-estar social.

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, promotor de justiça do estado do Maranhão e doutor em Direito pelas Universidades Federais de Pernambuco e de Santa Catarina, em artigo intitulado “A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais”, publicado na Revista Espaço Jurídico, desta maneira leciona a respeito das funções do Estado e de suas prioridades:

Em primeiro lugar, na tabela das prioridades sociais, devem figurar os direitos humanos, preferentemente antes que o direito punitivo seja chamado a intervir, uma vez que com os direitos fundamentais sociais sendo efetivamente reconhecidos e implementados, ao controle sociopenal restariam apenas as condutas que efetivamente colocam em risco a estabilidade do sistema republicano de governo, consubstanciando-se em um Direito Penal de intervenção mínima, cuja referência para intervenção seriam, finalmente, a magnitude do bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e a necessidade de aplicação de uma sanção penal, mais precisamente de uma pena.¹⁵

Critica-se, portanto, a visão da sociedade - e consequentemente de seus representantes - de que no poder punitivo estatal estaria a solução para os problemas relativos à criminalidade,

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

¹⁵ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A Culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais. **Espaço jurídico**. Ano 2009, v. 10, n. 1, mes JAN/JUN, p. 35.

quando, na verdade, a resolução do problema demanda tempo e paciência, uma vez que toda uma geração deve ser afetada por (boas) políticas públicas.

Como consequência da aplicação da coculpabilidade, defende Guimarães o encaminhamento do agente delituoso a órgãos estatais responsáveis por programas públicos que levem à inclusão social do indivíduo, deixando-se, com isso, de aplicar a desnecessária pena:

Dessa forma, o Estado, representado pelo órgão jurisdicional e pelo Ministério Público, reconhecendo não ter tido o apenado o acesso aos direitos sociais mínimos, os quais garantiriam a sua dignidade como pessoa humana, deixará de aplicar a pena e encaminhará o apenado para programas públicos de inclusão social, para que assim, o primeiro contato entre o Estado e o cidadão ocorra no âmbito da cidadania positiva, reconhecidora de direitos, e não na esfera da punição, da cidadania negativa, cujo objetivo é uma restrição ainda maior dos poucos direitos usufruídos pelos extremófilos.¹⁶

Gina Vidal Marcílio Pompeu, em artigo intitulado “A crise do estado social e o escopo do estado e das instituições”, publicado em obra denominada “Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa”, com clareza evidencia as expectativas do indivíduo no Século XXI diante do fenômeno da Globalização e do amplo acesso à informação:

O Século XXI, em tempos de globalização econômica e de acesso à informação, trouxe ao ser humano a consciência coletiva do bem-estar e de suas liberdades. Elevou a expectativa de obter do Estado um padrão de comportamento, em que não há espaço para o patrimonialismo, para a pessoalização do poder e para a exclusão do cidadão de um sem-número de oportunidades calcadas no desenvolvimento humano e econômico. Essa situação de ser social, comunitário, e também, e também de ser global, conhecedor do processo e das relações entre as comunidades globais, exige do Estado que assuma um novo dever de garantir um patamar mínimo de condições aos seus nacionais para que desempenhem efetivamente suas capacidades.¹⁷

Com efeito, é inegável que a Globalização acarreta, em decorrência do amplo acesso à informação, o afastamento da inércia, por parte do cidadão, no que tange à exigência dos direitos que sabe possuir. Não há como negar que tal fato se mostra louvável, tendo em vista que uma sociedade que não conhece seus direitos tende a estagnar.

¹⁶ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A Culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais. *Espaço jurídico*. Ano 2009, v. 10, n. 1, mes JAN/JUN, p. 39.

¹⁷ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A crise do estado social e o escopo do estado e das instituições. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Orgs). *Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Unaesc, 2012, p. 559.

Ocorre que a ciência acerca destes direitos - ou a mera percepção de que o mínimo a que o Estado tem obrigação de fornecer não está sendo destinado a si - gera graves consequências, no caso em questão o fato de a sociedade entrar em erupção, cometendo, inclusive, delitos.

Diante de tal circunstância, e ressaltando-se que excesso de informação por parte de uma sociedade democrática jamais poderá ser visto como algo negativo, questiona-se: na concorrência de ilicitudes entre Estado e indivíduo, sobre quem deve recair a culpabilidade, partindo do pressuposto de que a prática do delito, no caso concreto, foi motivada pela omissão estatal? O questionamento serve como subsídio por ocasião da análise da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros acerca do tema central deste trabalho.

Passa-se, portanto, à análise dos julgados dos tribunais de justiça brasileiros que tratam do tema “aplicação da coculpabilidade estatal enquanto atenuante genérica do art. 66 do Código Penal”.

2 ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS ACERCA DO TEMA

2.1 Análise quantitativa das decisões

Analisaram-se 447 (quatrocentos e quarenta e sete) acórdãos dos tribunais de justiça brasileiros, para fins de estudar o perfil das referidas cortes de justiça no que tange à pertinência e adequação dos fundamentos utilizados quando da abordagem da Teoria da Culpabilidade aos casos concretos.

Os tribunais de Roraima, Amapá, Pernambuco, Sergipe e Goiás, conforme os métodos de pesquisa utilizados, não apresentaram julgados quanto ao tema, de modo que, efetivamente, a análise realizada diz respeito às demais 22 (vinte e duas) cortes.

Em relação à quantidade de julgados por tribunal, o Sodalício Gaúcho apresentou o maior número de decisões relacionadas ao tema, 93 (noventa e três); as cortes de Piauí, Rio Grande do Norte, Alagoas e Mato Grosso do Sul apresentaram apenas 1 (um) julgado segundo os parâmetros delimitados na pesquisa.

Em ordem crescente de julgados, têm-se os seguintes estados da federação, excluindo-se os que não apresentaram decisões nos parâmetros utilizados neste trabalho: Piauí, Rio Grande

do Norte, Alagoas e Mato Grosso do Sul (1); Rondônia, Ceará, Paraíba e Tocantins (2), Amazonas e Maranhão (3); Mato Grosso (4); Acre (5); Espírito Santo (9); Distrito Federal e Territórios (12); Bahia (14); Santa Catarina (21); Paraná (34); Pará (39); São Paulo (49); Rio de Janeiro (70); Minas Gerais (79); Rio Grande do Sul (93).

Faz-se breve resumo das unidades da federação, de norte a sul do País, acerca da quantidade de julgados encontrados por tribunal, de modo que, a partir da tabela, se possa ter uma visão panorâmica acerca do perfil de cada corte, individualmente considerada, a respeito do tema.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	Nº DE JULGADOS
ACRE	5
AMAZONAS	3
RORAIMA	0
AMAPÁ	0
PARÁ	39
RONDÔNIA	2
MARANHÃO	3
PIAUI	1
CEARÁ	2
RIO GRANDE DO NORTE	1
PARAÍBA	2
PERNAMBUCO	0
ALAGOAS	1
SERGIPE	0
BAHIA	14
MATO GROSSO	4
MATO GROSSO DO SUL	1
TOCANTINS	2
GOIÁS	0
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS	12
MINAS GERAIS	79
ESPÍRITO SANTO	9
SÃO PAULO	49
RIO DE JANEIRO	70
PARANÁ	34
SANTA CATARINA	21
RIO GRANDE DO SUL	93
TOTAL	447

Fonte: elaborado pelo autor

2.2. Análise qualitativa das decisões

Da análise das decisões, observa-se notória homogeneidade na abordagem do assunto: trata-se de entendimento uniforme nos tribunais brasileiros a impossibilidade de aplicação, como regra, da Teoria da Culpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal.

Os principais argumentos encontrados consistem na impossibilidade de aplicação da referida atenuante em razão de tal reconhecimento representar um risco à sociedade, pois fomentaria a prática de crimes pelos indivíduos.

Nesse sentido, podem ser citadas as decisões cuja relatoria coube aos desembargadores Denise Pinho da Costa Val (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, processo nº 1.0704.14.009704-6/001¹⁸), Laura Louzada Jaccottet (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo nº 70054881701¹⁹), Newton Varella Júnior (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, processo nº

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO -- ATENUANTE DA COCULPABILIDADE DO ESTADO - INAPLICABILIDADE PENA - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME ABERTO - NÃO CABIMENTO. Apelação 1.0704.14.009704-6/001. Bruno Freitas Pereira vs. Ministério Público de Minas Gerais. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Relatora: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 12/08/2015, 6ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0704.14.009704-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 27 mai. 2016.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO. PRELIMINAR DE AFRONTA AO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENSA NÃO VERIFICADA. PRELIMINAR AFASTADA. Da Lei nº. 11.690 de 2008 extrai-se que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha. Nas mudanças trazidas em seu art. 212, não se constata qualquer vedação ao Juiz inquirir diretamente as testemunhas ou as partes, quando tal for necessário à formação de seu convencimento. Também não há orientação quanto à ordem na qual deverão ser questionadas. Não havendo prejuízo às partes, não há falar em nulidade do processo. FRAGILIDADE PROBATÓRIA NÃO CONSTATADA - MATERIALIDADE E AUTORIA. Prova cabal da autoria e da materialidade. Autos que contemplam elementos autorizadores da manutenção da condenação. Depoimentos e declarações coerentes em sede policial e na fase judicializada. DOSIMETRIA DA PENA. Redução da reprimenda. COCULPABILIDADE do Estado. Com efeito, irrazoável responsabilizar-se toda a sociedade em razão do crime cometido por um indivíduo, sob pena de fomentar a impunidade. Pena definitiva mantida. AFASTAMENTO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Descabido o afastamento da agravante da reincidência, porquanto expressamente prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal. Além da ilegalidade proposta, não se há falar em ofensa à Constituição Federal, ao contrário, pois a aplicação da agravante da reincidência atende ao tratamento isonômico que se deve dispensar aos condenados, à luz do princípio da individualização da pena. Renitência antissocial do agente, que, sem dúvidas, deve ser aquilataada. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, CPP. LEI Nº 12.736/2012. Inaplicável detração para fins de fixação de regime por mais benéfico o estabelecido na sentença e mantido neste Tribunal. À UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, A FIM DE, NA PREVALÊNCIA DO VOTO MÉDIO, EXARADO PELO PRESIDENTE, REDUZIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO RÉU PARA UM ANO E SETE MESES DE RECLUSÃO E DEZ DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, VENCIDA A RELATORA, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR, QUE PROVIA EM MAIOR

2015.044748-6²⁰), João Mauro Bessa (Tribunal de Justiça do Amazonas, processo nº 0014107-76.2014.8.04.0000²¹) e Claudio Tavares de O. Júnior (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, processo nº 0015792-77.2012.8.19.0063²²), este chegando a adjetivar o reconhecimento da atenuante de “prêmio”.

Observa-se que os fundamentos destas decisões guardam pertinência com o papel do Poder Judiciário de pacificador da sociedade, entendendo os magistrados atuantes nos

EXTENSÃO E VENCIDO O PRESIDENTE, QUE VOTAVA PELA ANULAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA. (Apelação Crime Nº 70054881701, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 25/02/2014). Apelação 70054881701. Rafael Lange da Rocha vs. Ministério Público do Rio Grande do Sul. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Relatora: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 25/02/2014, 7ª Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054881701&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em 27 maio 2016.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 157, INCS. I E II, C/C 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (ART. 61, I, CP) COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, "D", CP). PLEITEADA PREPONDERÂNCIA DAQUELA. NÃO CABIMENTO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NESSE SENTIDO. ORIENTAÇÃO SEGUIDA POR ESTA CÂMARA. RECURSO DO ACUSADO. PRETENDIDA MINORAÇÃO DA PENA, NOS TERMOS DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO. TESE NÃO ADMITIDA PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NÃO REFERENDADA POR ESTE TRIBUNAL. CAUSA ENSEJADORA DA ATENUANTE, ADEMAIS, NÃO COMPROVADA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. Apelação 2015.044748-6. Maicon da Silva vs. Ministério Público de Santa Catarina. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Relator: Newton Varella Júnior, Data de Julgamento: 10/09/2015, 4ª Câmara Criminal. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANoPOAAO&categoria=acordao> Acesso em: 27 maio 2016.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. Apelação 0014107-76.2014.8.04.0000. David Carvalho Penafort vs. Ministério Público do Amazonas. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**. Relator: João Mauro Bessa, Data de Julgamento: 09/02/2015, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso em: 27 maio 2016.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DEFESA QUE SE INSURGE CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO E REQUER, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA PARA A QUE TIPIFICA O DELITO DE CONSUMO PESSOAL DE ENTORPECENTES, A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, A APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL, O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO INSERTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIRETOS E O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PREQUESTIONAMENTO DE TODA A MATÉRIA IMPUGNADA. Apelação 0015792-77.2012.8.19.0063. Rafael de Oliveira Lima vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Claudio Tavares de Oliveira Júnior, Data de Julgamento: 08/04/2015, 8ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BC41F225508A2795354A6F323ED54CE6C5035A644037>>. Acesso em: 27 maio 2016.

respectivos processos que suas decisões são verdadeiros contra-ataques ao inesgotável número de brasileiros que, podendo optar por outro caminho, escolheram o da criminalidade.

Partindo-se do pressuposto de que a função do Poder Judiciário é a de promover a pacificação dentro de sua margem de análise e discricionariedade, não se questiona a qualidade dos julgados acima mencionados. Considerando-se, por outro prisma, que cabe aos magistrados aplicar o Direito aos fatos apresentados, levando-se em consideração a peculiaridade de cada caso concreto, não se pode crer que, dos quase quinhentos julgados analisados, o Estado esteja certo ao reconhecer em apenas um dos casos apresentados sua falha a ponto de fazer incidir a Teoria da Culpabilidade.

Importante destacar, ainda que não seja o foco do presente estudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema, que pode ser representado pelo seguinte trecho, reproduzido em alguns julgados:

O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos (STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013).²³

Assim, constata-se que o próprio Tribunal Superior adere ao entendimento de que a aplicação da Teoria da Culpabilidade representa uma forma de se esquivar da punição por parte do agente.

Infere-se que, dos 447 (quatrocentos e quarenta e sete) julgados, 9 (nove) utilizam fundamentos de ordem processual, seja reconhecendo a possibilidade de aplicação da atenuante genérica, seja sequer adentrando neste mérito, mas em ambas as hipóteses com fundamento na Súmula 231²⁴ do STJ e, em todos os casos, negando os efeitos práticos da referida atenuante.

Seguem os tribunais - e seus respectivos acórdãos e julgadores - que tratam do tema da forma acima exposta: Tribunal de Justiça da Bahia, com o desembargador Nilson Soares Castelo

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. REsp. 187132/MG. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais vs. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. In: **Site do Superior Tribunal de Justiça**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=187132&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27231%27>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

Branco (processo nº 0001930-43.2006.8.05.0191²⁵), que deixa de analisar a possibilidade da incidência da atenuante genérica, tendo em vista a pena haver sido aplicada no mínimo legal, e desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda (processo nº 0036781-23.2011.8.05.0001²⁶), que indica expressamente a aceitação, pelo juízo *a quo*, quanto à aceitação da Teoria da Culpabilidade, mas afasta o aprofundamento da análise, assim como os efeitos da diminuição de pena pelo fato de esta haver sido aplicada no mínimo legal; Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Marcelo Gordo (processo nº 0002910-59.2013.8.26.0126²⁷), que considera despropiciada a digressão acerca da incidência da Teoria ao caso concreto, tendo em vista a aplicação da pena no mínimo legal.

Também na linha da invocação da Súmula 231 do STJ, o desembargador Carlos Eduardo Roboredo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (processo nº 0014581-27.2010.8.19.0014²⁸) que, além de mencionar o enunciado da Corte Superior, indica a ausência

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 121, § 2º, I, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA BASE - CABIMENTO - APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL - INVIABILIDADE - ELEVAÇÃO DO PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO ATINENTE À TENTATIVA - NÃO CABIMENTO - RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. Apelação 0001930-43.2006.8.05.0191. Cristiano Salvador Melo vs. Ministério Público da Bahia. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Relator: Desembargador Nilson Soares Castelo Branco. Data de julgamento: 31/01/2015, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em 27 mai. 2016.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. APELAÇÃO. PENAL. ROUBO. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO E DA COCULPABILIDADE ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DO STJ. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Apelação 0036781-23.2011.8.05.0001. Patrícia Evangelista dos Santos Dias vs. Ministério Público da Bahia. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Relator: Inez Maria Brito Santos Miranda. Data de julgamento: 31/01/2015, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 27 maio 2016.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Roubo majorado - Elementos de prova que demonstram autoria e materialidade delitivas - Emprego de arma e liame subjetivo entre os agentes caracterizado - Crime que se consuma com a mera inversão da posse - Corrupção de menores - Delito formal - Inteligência da Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça - Reincidência - Constitucionalidade - Critério que serve ao Princípio da Individualização da Pena - Recurso improvido. Apelação 0002910-59.2013.8.26.0126. Leandro de Sousa Cardoso e Patrick Rodrigues de Jesus vs. Ministério Público de São Paulo. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Relator: Marcelo Gordo. Data de julgamento: 21/05/2015, 13ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8480520&cdForo=0>>. Acesso em: 27 maio 2016.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação criminal defensiva. Condenação por roubo. Arguição de preliminares, perseguindo consequências nulificadoras sob o argumento de falta de nomeação de curador ao Réu semi-imputável e (suposta) violação do sistema cross examination, por ocasião da AIJ. Rejeição. Matéria preclusa, porque não suscitada na fase das alegações finais. Conteúdo igualmente improcedente, ressaltando-se que a atuação do defensor técnico faz suprir a falta de nomeação do curador, sobretudo quando não demonstrado concretamente eventual prejuízo. Defesa que não se insurtiu, por ocasião da AIJ, quanto ao método de inquirição de testemunhas, sendo-lhe igualmente

dos requisitos para o reconhecimento da incidência da Teoria. No mesmo sentido, a magistrada do Tribunal de Justiça do Paraná Simone Cherem Fabrício de Melo (processo nº 1308626-3²⁹).

assegurada a prerrogativa de reperguntar diretamente e por último, o que resguarda o postulado da ampla defesa. Rejeição das preliminares. Mérito que se resolve em favor da Acusação. Conjunto probatório apto a suportar a solução restritiva. Relevância da palavra da Vítima em crimes contra o patrimônio. Agente que, após constranger a Lesada, simulando portar arma de fogo, praticou a subtração de seu telefone celular. Pleito que busca a aplicação do princípio da insignificância. Considerável valor do prejuízo (R\$ 390,00). Delito complexo (roubo) que tutela não só o patrimônio, mas a integridade física e psíquica da Vítima - precedentes. Inaplicabilidade. Ação praticada mediante grave ameaça consubstanciada na simulação do porte de arma de fogo. Inviabilidade de desclassificação para o delito de constrangimento ilegal ante a presença dos elementos caracterizadores do crime de roubo (grave ameaça + subtração). Dosimetria que tende a merecer reajuste. Circunstâncias judiciais inidôneas usadas para recrudescer a pena-base, a qual é restituída para o seu mínimo patamar. Réu primário e sem antecedentes criminais válidos. Incidência da Súmula 444 do STJ, a qual inviabiliza a consideração de anotações criminais inconclusivas para negatar a personalidade ou a conduta social. Postulação defensiva que busca a incidência da atenuante genérica da coculpabilidade (CP, art. 66). Manifesta improcedência, não só porque ausentes seus requisitos legais, mas também por força da Súmula 231 do STJ. Terceira fase da dosimetria a indicar repercussão pela culpabilidade mitigada. Semi-imputabilidade, com atestado pericial de que o Réu tinha plena consciência do fato, mas não conseguia determinar-se de acordo com esse entendimento. Aplicação do parágrafo único do art. 26 do CP pela instância de base, diminuindo o quantum anterior em 1/3. Redutor proporcional e indicado pelas circunstâncias concretas. Fixação do regime prisional aberto, compatível com o volume de pena e com os parâmetros do art. 33 do CP. Excepcional substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança para o Réu parcialmente imputável (CP, art. 98). Pericial que atesta a necessidade de tratamento ambulatorial, com acompanhamento neurológico e psiquiátrico. Jurisprudência do STF e STJ que, excepcionalmente, admite tal modalidade de tratamento, em casos como tais, mesmo em sede de crime punido com reclusão. Pena de multa à qual se atribui proporcionalidade frente à privativa de liberdade. Matéria relativa a custas processuais de competência do Juízo da Execução. Provimento parcial do recurso defensivo. Apelação 0014581-27.2010.8.19.0014. Daniel Silva vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Carlos Eduardo Roboredo. Data de julgamento: 16/12/2014, Terceira Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004953D6FBAE245C32B52959F0B4C568D52C50343251712>>. Acesso em: 27 maio 2016.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.TENTATIVA DE ROUBO (ART. 157, CAPUT, C.C. ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA.RECURSO DA DEFESA.1) CONHECIMENTO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CAUSAS NÃO RECONHECIDAS EM SENTENÇA. AGRAVANTE, PORTANTO, QUE NÃO SERVIU PARA INCREMENTAR O APENAMENTO.AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL DO SENTENCIADO.2) DOSIMETRIA PENAL.2.1) REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PARCIALMENTE PROCEDENTE. A DESPEITO DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INTERPRETADAS EM DESFAVOR DO RÉU, APENAS A MULTA FORA EXASPERADA.SANÇÃO CORPORAL ESTABELECIDA NO GRAU MÍNIMO [04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO].2.1.1) ANTECEDENTES. RÉU QUE POSSUI CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. CARÁTER NEGATIVO MANTIDO.2.1.2) CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.DESVALOR AFASTADO.2.1.3) CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA UTILIZADA PELO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIA NORMAL À ESPÉCIE QUE RETIRA O DESVALOR DA ANÁLISE. TESE DE Ap. Crime nº 1.308.626-3 RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO RÉU E DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE VISANDO REDUZIR A BASILAR AQUÉM DO MÍNIMO ESTABELECIDO EM LEI. IMPOSSIBILIDADE.APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE PARTICULAR, PROVIDO EM PARTE. Apelação 1308626-3. Sidney Chaves Budziak Dias vs. Ministério Público do Paraná. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Relator: Simone Cherem Fabrício de Melo. Data de julgamento: 13/08/2015, Terceira Câmara Criminal. Disponível em:

Observam-se, portanto, 8 (oito) julgados expressos no sentido de não analisar a aplicação da Teoria da Culpabilidade - ou ressaltar que não estão preenchidos os requisitos para tanto - pelo fato de a pena ter sido fixada no mínimo legal.

Ainda no que tange à incidência da Súmula 231 do STJ, observou-se um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reconhece a aplicação da Teoria da Culpabilidade, mas deixa de fazer incidir os efeitos da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal pelo fato de a pena haver sido fixada no mínimo legal. Trata-se de acórdão em apelação cujo relator é o desembargador Sidney Rosa da Silva, da 7ª Câmara Criminal da referida corte (processo nº 0000888-75.2013.8.19.0044), que diz o seguinte:

Embora reconheça a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal pela culpabilidade, no que diz respeito a Apelante Catiane Idelfonso Rodrigues, por ser primária e possuidora de bons antecedentes, não há como fazer incidir seus efeitos, tendo em vista a pena ter sido fixada no mínimo legal (Súmula nº 231 do STJ).³⁰

Com efeito, o entendimento acima indicado, ao lado do exposto pelo desembargador Gilmar Augusto Teixeira - também da Corte Fluminense - no processo de nº 0001048-86.2015.8.19.0026³¹, se trata do único, dentre as quase quinhentas decisões analisadas, que admite, expressamente, a possibilidade de incidência da Teoria da Culpabilidade enquanto atenuante genérica, sendo ressaltados, no acórdão proferido pelo primeiro magistrado, os motivos pelos quais se admite a aplicação da Teoria: o fato de a apelante ser primária e possuidora de bons antecedentes.

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11971665/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1308626-3#integra_11971665>. Acesso em: 27 maio 2016.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGO 33 E 35 AMBOS DA LEI 11.343/2006. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Apelação 0000888-75.2013.8.19.0044. Roosevelt Moreira de Sousa Júnior, Roosevelt Gonçalves de Araújo e Catiane Idelfonso Rodrigues vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Sidney Rosa da Silva. Data de julgamento: 18/03/2014, Sétima Câmara Criminal. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11512&PROCESSO=201405001028>>. Acesso em: 26 maio 2016.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA QUANTO A AUTORIA. SUBSIDIARIAMENTE, PUGNA PELA REDUÇÃO DAS SANÇÕES BÁSICAS, AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES, APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66, DO CP, PELA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO, BEM COMO ARREFECIMENTO DO REGIME PRISIONAL. Apelação 0001048-86.2015.8.19.0026. Reginaldo Herculado vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Gilmar Augusto Teixeira. Data de julgamento: 17/02/2016, Oitava Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040265E220102F3EE1C4A35CD52C266E7FC5044F444458>>. Acesso em: 27 maio 2016.

Importante destacar que, ainda que louvável a coragem do julgador ao reconhecer a incidência da atenuante genérica, é inevitável reconhecer que, assim como a maioria dos julgados que negam a aplicação da Teoria da Culpabilidade, não há identidade entre os fundamentos utilizados pelo magistrado com a essência da tese trazida por Zaffaroni, uma vez que não é o fato de o réu ser primário e possuidor de bons antecedentes que, por si só, autorizará a redução da pena com base na referida teoria.

Desse modo, conclui-se pela falta de correspondência, em regra, entre os fundamentos utilizados pelos desembargadores nos julgados colhidos e a base da Teoria da Culpabilidade proposta pelo professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, considerando-se como argumentos de melhor qualidade os mais simples: os que indicam a falta de comprovação dos requisitos para a diminuição da pena com fundamento na indigitada teoria, dentre os quais podem ser citados os proferidos em processos relatados pelos desembargadores Francisco Gomes de Moura (Tribunal de Justiça do Ceará, processo nº 0456401-26.2011.8.06.0001³²), Arnóbio Alves Teodósio (Tribunal de Justiça da Paraíba, processo nº 00080625120138150011³³), Nágila Maria Sales Brito (Tribunal

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECORRENTE CONDENADO A ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL), PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 16 DA LEI 10.826/03), CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 222-B DA LEI 8.069/90), E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO (ART. 150, § 1º DO CÓDIGO PENAL). 01) RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO DE MENORES E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. 02) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA A FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA POSSE. CARACTERIZADA A CONSUMAÇÃO. 03) DESCONSIDERAÇÃO DA MAJORANTE REFERENTE AO USO DE ARMA. IMPROVIMENTO. MERA INEFICÁCIA RELATIVA DA ARMA. MANUTENÇÃO DA MAJORANTE QUE SE IMPÕE. 04) PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PROVIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CRIME-MEIO PARA O DELITO DE ROUBO. 05) DOSIMETRIA. PARCIAL PROVIMENTO. REAVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA PARA O CRIME DE ROUBO MAJORADO DO SEU PATAMAR ORIGINAL PARA 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO NO REGIME INICIAL PARA O SEMIABERTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO DE MENORES E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. Apelação 0456401-26.2011.8.06.0001. Iderlan da Silva de Oliveira vs. Ministério Público do Ceará. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Relator: Francisco Gomes de Moura. Data de julgamento: 21/07/2015, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3070997&cdForo=0&vLCaptcha=nctyz>>. Acesso em: 28 maio 2016.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. APELAÇÃO CRIMINAL. Homicídio simples. Art. 121, caput, do Código Penal. Condenação. Irresignação defensiva fundamentada na alínea "c" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal. Redução da pena-base. Critério trifásico devidamente analisado, consoante os requisitos dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Aumento da pena-base devidamente justificado. Reprimenda irretocável. Aplicação da atenuante do art. 66 do CP. Impossibilidade. DESPROVIMENTO DO APELO. Apelação 00080625120138150011. Ednalva Pereira de Andrade vs. Ministério Público do Paraíba. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba**. Relator: Arnóbio Alves Teodósio. Data de julgamento: 19/08/2014, Câmara Especializada Criminal. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2014/8/25/16d084a4-9068-4db7-915f-b650aeb59cd.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2016.

de Justiça da Bahia, processo nº 0390324-91.2013.8.05.0001³⁴), Marcelo Gordo (Tribunal de Justiça de São Paulo, processo nº 0026630-26.2012.8.26.0050³⁵), José Antônio Datoe Cezar (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo nº 70066802083³⁶) e Rogério Etzel (Tribunal de Justiça do Paraná, processo nº 1274941-8), este digno de transcrição:

apenas situações pontuais, em que fica patente na instrução probatória que o crime foi praticado devido à situação de vulnerabilidade (o que não é o caso dos autos) devem ser interpretadas pelo magistrado como abrangidas pela inominalidade das atenuantes previstas no art. 66 do CP.³⁷

Por fim, elegem-se os Tribunais de Justiça do Paraná e do Distrito Federal e Territórios como as cortes que atenderam a contento às expectativas sob o ponto de vista técnico-

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DAS MAJORANTE DO USO DE ARMA E DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 DO CP - CRIME CONSUMADO - INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA - PENA DEFINITIVA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Apelação 0390324-91.2013.8.05.0001. Nívea de Almeida Santos e Alexandre Passos dos Santos vs. Ministério Público da Bahia. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Relator: Nagila Maria Sales Brito. Data de julgamento: 18/08/2015, 2ª Câmara Criminal, 2ª Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml;jsessionid=l8P6Z+etKsw2rvZxOoHJPQUq>>. Acesso em: 28 maio 2016.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Roubo e porte de entorpecente para consumo próprio- Elementos que comprovam autoria e materialidade delitiva --- Conjunto probatório suficiente para manter a condenação - - Pena fixada com parcimônia - Causa de aumento autenticada - Fixação de regime fechado ao início de cumprimento - Impossibilidade de substituição por regime menos gravoso - Recursos desprovidos. Apelação 0026630-26.2012.8.26.0050. Valdir Almeida de Sousa vs. Ministério Público de São Paulo. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Relator: Marcelo Gordo. Data de julgamento: 10/12/2015, 13ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9272422&cdForo=0&v1Captcha=fbAev>>. Acesso em: 28 maio 2016.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Roubo e porte de entorpecente para consumo próprio- Elementos que comprovam autoria e materialidade delitiva --- Conjunto probatório suficiente para manter a condenação - - Pena fixada com parcimônia - Causa de aumento autenticada - Fixação de regime fechado ao início de cumprimento - Impossibilidade de substituição por regime menos gravoso - Recursos desprovidos. Apelação 70066802083. Flávio Muniz Terra vs. Ministério Público do Rio Grande do Sul. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Relator: José Antônio Datoe Cezar. Data de julgamento: 05/11/2015, Sétima Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066802083%26num_processo%3D70066802083%26codEmenta%3D6533382+70066802083++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066802083&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=05/11/2015&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Daltoe%20Cezar&aba=juris>. Acesso em: 28 maio 2016.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação 1274941-8. Reginaldo de Oliveira vs. Ministério Público do Paraná. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Relator: Rogério Etzel. Data de julgamento: 29/01/2015, 5ª Câmara Criminal. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11841025/Ac%3B3rd%3A3o-1274941-8#>>. Acesso em: 28 maio 2016.

processual, tendo em vista não se deixarem influenciar, em regra, pela tendência da sociedade ao considerar o reconhecimento de uma falha estatal como benevolência ao réu.

CONCLUSÃO

Analisaram-se, no primeiro capítulo do presente trabalho, aspectos introdutórios da Teoria da Culpabilidade, notadamente sua relação com a Criminologia, de modo a subsidiar a pesquisa jurisprudencial realizada no segundo capítulo e as análises quantitativa e qualitativa promovidas no terceiro capítulo da pesquisa.

Do estudo da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros, bem como, ainda que brevemente, a do Superior Tribunal de Justiça, observou-se homogeneidade no entendimento das referidas cortes, sendo a impossibilidade de aplicação da Teoria da Culpabilidade enquanto atenuante do art. 66 do Código Penal a conclusão a que chegam, em regra, os magistrados.

Nota-se dos fundamentos utilizados nos julgados colhidos, predominantemente, o receio por parte do Poder Judiciário de que o reconhecimento de circunstância relevante anterior ao crime, com a conseqüente incidência de atenuante genérica na segunda fase de aplicação da pena, possa ser visto como “aval” para que a sociedade cometa crimes.

Diante de tal fato, inevitável buscar entender a função institucional do Poder Judiciário na sociedade brasileira: caso se considere que cumpre ao Estado-juiz promover, prioritariamente, a pacificação social, torna-se compreensível o receio dos magistrados de reconhecer a falha estatal e, conseqüentemente, aplicar a referida atenuante genérica; por outro lado, partindo do pressuposto de que cabe ao Judiciário analisar cada caso concreto e aplicar o Direito aos fatos veiculados na demanda, questiona-se a postura dos magistrados que, dos quatrocentos e quarenta e sete julgados analisados, em apenas um deles se reconhece a culpabilidade estatal.

Sendo uma ou outra a função do Poder Judiciário na sociedade, não se discute que a jurisdição deve ter como base para suas decisões a Constituição da República de 1988. Nesse sentido, ainda que se reconheça a interpretação sistemática e o diálogo de fontes que devem ser realizados do Ordenamento Jurídico para que se chegue à culpabilidade do Estado enquanto atenuante genérica, conclui-se neste trabalho que sequer tal providência é motivo de

preocupação pelos magistrados, uma vez que o mero receio de que uma “decisão estranha” leve ao caos a sociedade parece ser o que motiva as decisões analisadas.

Desse modo, chega-se à conclusão do equívoco em que incorrem os tribunais brasileiros, em regra, ao abordar o tema “Coculpabilidade do Estado”, de modo a se considerar como decisões detentoras de melhor qualidade as que simplesmente mencionam a ausência de comprovação, por parte do interessado, de que os requisitos para a aplicação da Teoria estejam presentes.

Diante disso, elegem-se os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Paraná as cortes cujos argumentos utilizados nos processos em que o réu pleiteava o reconhecimento da Teoria da Coculpabilidade enquanto atenuante genérica do art. 66 do Código Penal são os mais sensatos.

No caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entende-se que o fato de se mencionar, predominantemente, a ausência de comprovação, por parte do réu, quanto à sua efetiva marginalização em virtude a circunstância imputável ao Estado, satisfaz a expectativa de uma decisão bem fundamentada, tendo em vista se tratar de ônus do interessado tal prova.

Em relação ao Tribunal de Justiça do Paraná, o motivo pelo qual se entende pela adequação dos fundamentos aos casos concretos é o interesse demonstrado, por parte dos magistrados, em recorrer à doutrina, com certo grau de profundidade, para fins de justificar a impossibilidade de aplicação da Teoria da Coculpabilidade.

Quanto aos tribunais de justiça dos estados do Norte e Nordeste do País, poucas foram as decisões colhidas, destacando-se as cortes do Pará e da Bahia, que apresentaram o maior número de decisões, 39 (trinta e nove) e 14 (quatorze), respectivamente, todas no sentido de negar a aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, tanto por desvincular a condição de pobreza da prática de delitos, quanto por inexistir comprovação, por parte do réu, de que a falha estatal foi motivo determinante para que incorresse em prática delituosa.

Entende-se que os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, notoriamente conhecidos em razão do porte institucional, tanto no aspecto da quantidade de julgadores quanto sob o ponto de vista da respeitabilidade de suas deliberações, deixam a desejar no tocante ao tema abordado no trabalho, tendo em vista suas decisões, em regra, não se apegarem à técnica, seja a relacionada ao direito material, seja ao direito processual, focando primordialmente em argumentos que, aparentemente, pretendem resguardar a Instituição de eventual crítica negativa em potencial.

Reitera-se, portanto, a predominância e homogeneidade dos tribunais brasileiros acerca da impossibilidade de se aplicar a Teoria da Culpabilidade enquanto atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, sendo os fundamentos utilizados, eminentemente, de ordem prática, salvo exceções pontuais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jader Máximo de. O Princípio da culpabilidade como causa atenuante inominada. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 20, jan./jun.2013 p. 107-152.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 187132/MG. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais vs. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=187132&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Súmula nº 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27231%27>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Amazonas. Apelação 0014107-76.2014.8.04.0000. David Carvalho Penafort vs. Ministério Público do Amazonas. In: *Site do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*. Relator: João Mauro Bessa, Data de Julgamento: 09/02/2015, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação 0001930-43.2006.8.05.0191. Cristiano Salvador Melo vs. Ministério Público da Bahia. In: *Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*. Relator: Desembargador Nilson Soares Castelo Branco. Data de julgamento: 31/01/2015, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Apelação 0390324-91.2013.8.05.0001. Nívea de Almeida Santos e Alexandre Passos dos Santos vs. Ministério Público da Bahia. In: *Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*. Relator: Nagila Maria Sales Brito. Data de julgamento: 18/08/2015, 2ª Câmara Criminal, 2ª Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml;jsessionid=l8P6Z+etKsw2rvZxOoHJPQUq>>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Apelação 0036781-23.2011.8.05.0001. Patrícia Evangelista dos Santos Dias vs. Ministério Público da Bahia. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Relator: Inez Maria Brito Santos Miranda. Data de julgamento: 31/01/2015, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação 0456401-26.2011.8.06.0001. Iderlan da Silva de Oliveira vs. Ministério Público do Ceará. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Relator: Francisco Gomes de Moura. Data de julgamento: 21/07/2015, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3070997&cdForo=0&vlCaptcha=nctyz>>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 1.0704.14.009704-6/001. Bruno Freitas Pereira vs. Ministério Público de Minas Gerais. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Relatora: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 12/08/2015, 6ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0704.14.009704-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. Apelação 00080625120138150011. Ednalva Pereira de Andrade vs. Ministério Público do Paraíba. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Relator: Arnóbio Alves Teodósio. Data de julgamento: 19/08/2014, Câmara Especializada Criminal. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2014/8/25/16d084a4-9068-4db7-915f-b650aeab59cd.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação 1274941-8. Reginaldo de Oliveira vs. Ministério Público do Paraná. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Rel.: Rogério Etzel - Unânime. Data de julgamento: 29/01/2015, 5ª Câmara Criminal. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11841025/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1274941-8#>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Apelação 1308626-3. Sidney Chaves Budziak Dias vs. Ministério Público do Paraná. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Relator: Simone Cherem Fabrício de Melo. Data de julgamento: 13/08/2015, Terceira Câmara Criminal. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11971665/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1308626-3#integra_11971665>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70054881701. Rafael Lange da Rocha vs. Ministério Público do Rio Grande do Sul. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Relatora: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 25/02/2014, 7ª Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054881701&proxystylesh eet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Apelação 70066802083. Flávio Muniz Terra vs. Ministério Público do Rio Grande do Sul. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Relator: José Antônio Datoe

Cezar. Data de julgamento: 05/11/2015, Sétima Câmara Criminal. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066802083%26num_processo%3D70066802083%26codEmenta%3D6533382+70066802083++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066802083&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=05/11/2015&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Daltoe%20Cezar&aba=juris>. Acesso em: 28 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0000888-75.2013.8.19.0044. Roosevelt Moreira de Sousa Júnior, Rooswelt Gonçalves de Araújo e Catiane Idelfonso Rodrigues vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Desembargador Sidney Rosa da Silva. Data de julgamento: 18/03/2014, Sétima Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11512&PROCESSO=201405001028>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Apelação 0015792-77.2012.8.19.0063. Rafael de Oliveira Lima vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Claudio Tavares de Oliveira Júnior, Data de Julgamento: 08/04/2015, 8ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BC41F225508A2795354A6F323ED54CE6C5035A644037>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Apelação 0014581-27.2010.8.19.0014. Daniel Silva vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Carlos Eduardo Roboredo. Data de julgamento: 16/12/2014, Terceira Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004953D6FBAE245C32B52959F0B4C568D52C50343251712>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Apelação 0001048-86.2015.8.19.0026. Reginaldo Herculado vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Relator: Gilmar Augusto Teixeira. Data de julgamento: 17/02/2016, Oitava Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040265E220102F3EE1C4A35CD52C266E7FC5044F444458>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0002910-59.2013.8.26.0126. Leandro de Sousa Cardoso e Patrick Rodrigues de Jesus vs. Ministério Público de São Paulo. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Relator: Marcelo Gordo. Data de julgamento: 21/05/2015, 13ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8480520&cdForo=0>>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação 2015.044748-6. Maicon da Silva vs. Ministério Público de Santa Catarina. In: **Site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Relator: Newton Varella Júnior, Data de Julgamento: 10/09/2015, 4ª Câmara Criminal. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoPOAAO&categoria=acordao> Acesso em: 27 maio 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Direito Penal Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A Culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais. **Espaço jurídico**. Ano 2009, v. 10 , n. 1 , mes JAN/JUN , páginas 31-50.

MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>>. Acesso em: 12 maio 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A crise do estado social e o escopo do estado e das instituições. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Orgs). **Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Unaesc, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Recebido em: 07/06/2016 / Revisões requeridas em: 05/10/2016 / Aprovado em: 17/10/2016