

# O princípio da coculpabilidade no tipo penal do tráfico de drogas

Flávia Silva Soares

Estagiária da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Membro do Laboratório de Ciências Criminais 2018 de Salvador-BA, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

**Resumo:** O presente artigo é destinado a tratar sobre a tese da coculpabilidade e a sua possível aplicação às sentenças condenatórias pelo tipo penal do tráfico de drogas. Busca-se evidenciar o contexto vulnerável em que sobrevivem determinados agentes do tráfico, perpassando pelo processo de criminalização, pela política proibicionista e pela omissão estatal na garantia de direitos fundamentais a certos segmentos sociais. Pretende-se analisar o estado das penitenciárias brasileiras e os resultados decorrentes da política antidrogas, além de alguns julgados pertinentes dos tribunais brasileiros, a fim de aferir se há a aplicação do princípio da coculpabilidade nos processos relacionados ao referido tipo penal.

**Palavras-chave:** Coculpabilidade. Tráfico de drogas. Política proibicionista. Guerra às drogas. Corresponsabilidade estatal. Omissão estatal.

**Abstract:** The present paper intends to discuss the co-guilt theory and its applicability on guilty verdicts in drug-trafficking crimes. It seeks to demonstrate the vulnerable context in which some people related to the traffic environment live, in extreme poverty situations, passing through the criminalization process, the prohibitionist drugs policy and the failure of the State in acting to guarantee human rights. The paper aims to analyze the conditions of Brazilian criminal institutions, the results of the drug policy and the position of Brazilian Courts of Justice, with the objective to observe the applicability of the co-guilt theory on drug-trafficking cases.

**Keywords:** Co-guilt. Drug-trafficking crime. Prohibitionist drugs policy. War on drugs. State's co-responsibility. State's failure to act.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O princípio da coculpabilidade. 2.1 A culpabilidade no Direito Penal. 2.2 Notas elementares sobre a dosimetria da pena. 3 O tipo penal do tráfico de drogas. 4 A vulnerabilidade e o tipo penal do tráfico de drogas. 4.1 A política de drogas proibicionista. 4.2 A superlotação carcerária no Brasil. 4.3 Alguns julgados pertinentes. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

Pretende-se, neste artigo, analisar a possibilidade jurídica e social da aplicação do princípio da coculpabilidade no tipo penal do tráfico de drogas, examinando alguns julgados dos tribunais brasileiros. Ademais, também serão estudadas a política antidrogas brasileira e a falta de garantia dos direitos básicos aos cidadãos, em virtude da omissão estatal, principalmente no que tange ao estado das penitenciárias. O objetivo, portanto, será evidenciar a vulnerabilidade que circunda os delitos relacionados às drogas ilícitas, especialmente os de tráfico. Diante disso, formula-se o seguinte problema de pesquisa: é cabível a aplicação do princípio da coculpabilidade no crime de tráfico de drogas?

A teoria da coculpabilidade surge para apontar a responsabilidade que a sociedade e o Estado possuem quando um cidadão marginalizado, desprovido de oportunidades sociais e de direitos fundamentais, pratica um determinado delito em decorrência desse *status* de marginalidade.

Na realidade brasileira, o problema do tráfico de drogas tem tomado proporções gigantescas, tornando-se o tipo penal que mais encarcera no País. Ainda mais gritantes são as mortes ocasionadas por essa chamada “guerra às drogas”, que, em verdade, é uma guerra que mata pessoas: pessoas de determinada classe, de determinada raça, e, ainda, um enorme contingente de policiais. Assim, se faz necessário compreender os fatores que envolvem a aplicação da pena e os princípios que podem torná-la mais compatível com a realidade social e suas mazelas.

A controvérsia que envolve o tema posto consiste no fato de que há um posicionamento forte pela não aplicação do princípio da coculpabilidade, pautado na questão de que a sua aplicação violaria o princípio da igualdade, já que nem todos aqueles que são vítimas

da desigualdade social praticam crimes. De outro lado, encontram-se o respaldo constitucional implícito do referido princípio, por força do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, e o argumento de que a análise dos aspectos políticos, econômicos e sociais que circundam a vida do infrator são essenciais para a aplicação da pena.

A relevância social do tema aqui proposto perpassa pela necessidade de um estudo crítico acerca da omissão do Estado em garantir direitos básicos fundamentais aos cidadãos e da sua política ineficiente e genocida chamada de “guerra às drogas”, que provoca um assustador número de mortes no País. Juridicamente, a relevância do tema se dá pelo alto índice de encarceramento ocasionado pelo crime de tráfico de drogas e pela discussão sobre a aplicação de um Direito sensível às mazelas sociais, com base em princípios que garantam a dignidade da pessoa humana, como o princípio da coculpabilidade.

O método de fundamentação utilizado para o desdobramento do artigo será o hipotético-dedutivo, o qual consiste em submeter a hipótese apresentada a um processo de falseamento, a fim de a confirmar. Esse processo ocorrerá com base em críticas doutrinárias, decisões judiciais e análise dos fatos sociais pertinentes ao tema.

Além disso, os tipos de pesquisa utilizados na construção do referido artigo se concentrarão, especialmente, na pesquisa bibliográfica, através do estudo de livros, artigos e periódicos científicos, e na pesquisa documental, isto é, aquela que consiste na análise do conteúdo da legislação e das decisões jurisprudenciais. Logo, configura-se em uma pesquisa qualitativa, na qual, através das fontes citadas, busca-se interpretar o fenômeno temático descrito. No entanto, também será ensejada uma pesquisa quantitativa, a fim de demonstrar o número de pessoas encarceradas pelo crime de tráfico de drogas no Brasil e o déficit de vagas existente nas penitenciárias públicas brasileiras, as quais submetem os presos a situações degradantes por conta da superlotação. Esses dados serão retirados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2016.

Por fim, cabe estabelecer, também, quais serão os recursos utilizados para a consecução da pesquisa referida, ou seja, quais as fontes de estudo que serão consultadas. Trabalhar-se-á, assim, com

a jurisprudência, a doutrina, os artigos de internet, os periódicos das revistas científicas, as monografias e as teses de mestrado e doutorado encontradas que se relacionem ao tema, bem como com os gráficos e as estatísticas pertinentes à comprovação da falência do sistema penitenciário brasileiro e do alto índice de encarceramento decorrido do tipo penal de tráfico de drogas.

## **2 O princípio da coculpabilidade**

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 580) explicam que a teoria da coculpabilidade possui suas bases históricas na Revolução Francesa, mais precisamente no pensamento do médico francês Jean Paul Marat. Jean afirmava que, enquanto um pequeno número de famílias acumulava riquezas, uma grande parte da população vivia na indigência, sem ter acesso a um quinhão. Por isso, o médico elaborou o seguinte questionamento: essa enorme massa do povo, que não obtinha da sociedade nada além de desvantagens, estaria obrigada a respeitar as leis? A sua resposta era que não, uma vez que, sendo abandonadas pela sociedade e pelo Estado, essas pessoas retornariam ao seu estado de natureza, fazendo uso da força para recuperarem os direitos que lhe foram retirados. Marat ainda defendia que, configurada essa situação de grave desigualdade, “toda autoridade que se lhes oponha será tirânica, e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino”. O seu principal fundamento consistia na ideia de que nada supérfluo poderá pertencer, legitimamente, a alguém, enquanto ao outro faltar aquilo que lhe é necessário (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 257).

Assim, a coculpabilidade consiste na perspectiva de que cada indivíduo age num determinado contexto e com um livre-arbítrio também determinado, sendo estes diferentes para cada um. Essa diferença ocorre pelo fato de que nenhuma sociedade consegue prover as mesmas oportunidades para todos, mesmo que seja extremamente organizada. Dessa maneira, as causas sociais afetam os sujeitos de maneiras diferentes: a uns, mais do que a outros. Não é possível, dessa forma, que os sujeitos mais atingidos pelas desigualdades sociais ainda sejam sobrecarregados no momento de reprovação da culpabilidade,

quando do cometimento de um delito. Por isso falar em “cocolpabilidade”, que consiste na parcela de culpa com a qual a sociedade deve arcar em conjunto ao agente do delito. A cocolpabilidade deveria fazer parte do ordenamento jurídico de todo Estado Social de Direito, já que leva em conta a discrepância entre os direitos econômicos e sociais dos cidadãos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 580).

Ainda nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 336) afirma que, se as condições sociais precárias não subsistem como exceção, mas sim como regra para a grande maioria marginalizada presente nas sociedades capitalistas, o crime passa a constituir uma resposta normal desses indivíduos que se encontram em situações socioeconômicas anormais. Quando os sujeitos experienciam, diariamente, relações sociais desumanas, nada mais compreensível do que uma reação violenta, visto que esta se torna a única forma possível de sobrevivência. Nessas situações, os critérios utilizados pelo Direito para valorar o ilícito devem ser modificados, levando em consideração o estado de vulnerabilidade dos sujeitos.

A tese da cocolpabilidade é uma maneira de democratizar o Direito Penal, ao minimizar as injustas criminalizações daqueles que já são, todos os dias, penalizados pelas condições de vida social indignas e degradantes. A cocolpabilidade é uma forma de responsabilizar a sociedade organizada pelas mazelas estruturais vivenciadas por aquela parcela esquecida da população, desprovida de toda e qualquer atenção do Poder Público (SANTOS, 2017, p. 337).

Concluindo, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como escolha do mal menor – até porque, em situações sem alternativa, não existe espaço para a culpabilidade. (SANTOS, 2017, p. 337).

Por sua vez, importa salientar que a tese da cocolpabilidade não defende que o estado de miserabilidade e pobreza de grande parte da

população é a maior e mais importante causa da prática de infrações penais; apenas defende que a vulnerabilidade deve, sim, ser considerada, por exercer forte influência sobre as motivações dos indivíduos. Não considerar a vulnerabilidade no momento de análise da pena é desconectar o Direito Penal da realidade (MOTA, 2013, p. 94).

## 2.1 A culpabilidade no Direito Penal

Atualmente, no âmbito do Direito Penal, atribui-se à culpabilidade um triplo sentido. Um primeiro aspecto trabalhado é a culpabilidade como fundamento da pena, isto é, se é possível a aplicação de uma pena ao agente de um fato tido como típico e proibido pela lei; para isso, serão observados determinados requisitos, como, por exemplo, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa – a ausência de qualquer um deles será suficiente para não haver sanção penal. Além disso, a culpabilidade também funciona como limite da pena, impedindo que esta seja imposta além da medida. Por fim, o princípio da culpabilidade determina que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível ou sem ter atuado, ao menos, com dolo ou culpa (BITENCOURT, 2016, p. 438-439).

Ainda segundo Bitencourt (2016, p. 453),

a essência da culpabilidade reside nesse “poder em lugar de...”, isto é, no “poder agir de outro modo” do agente referentemente à representação de sua vontade antijurídica.

Portanto, o fundamento da reprovação pessoal que se volta contra o autor do delito encontra-se nessa liberdade de ação, isto é, na possibilidade de agir de forma diferente. Em síntese, a culpabilidade consiste na reprovabilidade da formação da vontade. Dessa forma, não basta, para que se imponha uma sanção, que o agente tenha cometido um ato típico e ilícito; a sua conduta deverá ser, também, reprovável.

No mesmo sentido, vale abordar a concepção de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 572), ao afirmarem que

este conceito de culpabilidade é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse.

Os elementos legalmente estabelecidos para serem observados no momento de análise da culpabilidade são a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito (BITENCOURT, 2016, p. 457). Para fins do presente artigo, caberá o exame deste último elemento, a fim de discutir sobre a possibilidade da inserção do princípio da coculpabilidade como uma hipótese supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

O fundamento da exigibilidade de obediência ao Direito é a normalidade da situação de fato, isto é, circunstâncias normais obrigam o respeito às normas, ao passo que circunstâncias anormais podem constituir hipóteses que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme o Direito. Dessa forma, deve-se analisar se, ao sujeito, poderia ser exigida a conduta de respeitar o ordenamento, dadas as condicionantes concretas em que se encontrava (MOTA, 2013, p. 141).

Existem situações extraordinárias que diminuem drasticamente a motivação para atuar conforme a norma, de tal forma que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que realize dita conduta com conhecimento da antijuridicidade que lhe é própria. Nessas circunstâncias, ocorre o que se chama de *inexigibilidade de outra conduta*, que afasta o terceiro elemento da culpabilidade, eliminando-a, conseqüentemente. (BITENCOURT, 2016, p. 460, grifo do autor).

O art. 22 do Código Penal Brasileiro prevê, expressamente, duas hipóteses segundo as quais não se pode esperar que o sujeito aja de acordo com o Direito, ou seja, é inexigível conduta diversa daquela praticada: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Entretanto, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro tratar, apenas, sobre as referidas situações, existem outras, na doutrina, consideradas “supralegais”, visto que o legislador não teria como antever todas elas. O que significa que as situações não previstas expressamente em lei devem ser consideradas: o formalismo exacerbado é uma maneira de distanciar o Direito Penal das situações concretas e complexas, falhando ao

compromisso de concretizar, em qualquer circunstância possível, o princípio da dignidade da pessoa humana (MOTA, 2013, p. 154).

Alguns doutrinadores, então, defendem que a tese da coculpabilidade se enquadraria nessas situações supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Assim, sustenta-se que é possível, ao indivíduo, em face de um contexto concreto de vulnerabilidade social, a depender do caso, não lhe ser exigida a obediência ao Direito, em virtude do seu estado de miserabilidade. Todavia, vale ressaltar que o delito cometido deverá estar correlacionado à conjuntura marginalizada (MOTA, 2013, p. 160).

## 2.2 Notas elementares sobre a dosimetria da pena

A dosimetria da pena é o momento em que se estabelecerá, para aquele caso concreto, o *quantum* de pena que deverá ser atribuído ao agente daquele delito. O sistema brasileiro de dosimetria da pena é considerado trifásico, por força do art. 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Inicialmente, observa-se a pena cominada para o crime em questão, definida pelo Código Penal. Em seguida, analisam-se as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59<sup>1</sup> do referido diploma legislativo, as quais poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao agente, culminando, assim, na determinação da pena-base – resultado da primeira fase de dosimetria. Os moduladores do art. 59 fixam critérios de orientação para o juiz, de modo que a lei não

---

1 Código Penal: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

os mensura concretamente. Funcionam como limitadores da discricionariedade do magistrado, a fim de indicar o procedimento adequado para a individualização da pena (BITENCOURT, 2016, p. 775). O Projeto de Lei n. 3.473, de 17 de agosto de 2010, que visa reformar a Parte Geral do Código Penal brasileiro, propõe a inserção da coculpabilidade entre as circunstâncias judiciais previstas para a fixação da pena-base (COELHO; FILHO, 2016, p. 1034).

Posteriormente, na segunda fase de dosimetria, examinam-se as circunstâncias legais, isto é, as atenuantes e agravantes que compuseram a prática da infração penal, a fim de estabelecer a pena provisória. Elas estão expressamente previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal pátrio. O legislador não previu, entretanto, a quantidade certa de aumento ou de diminuição, deixando ao prudente arbítrio do juiz (BITENCOURT, 2016, p. 782). Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 580) defendem que a tese da coculpabilidade estaria prevista, implicitamente, por força da disposição genérica do art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Por fim, a terceira e última fase de dosimetria da pena consiste na observação das causas de aumento e diminuição elencadas pelo Código Penal, chamadas de majorantes e minorantes. O legislador, nesse caso, determinou, precisamente, a quantidade de variação que a pena deverá sofrer, afinal, o resultado, aqui, será a pena definitiva (BITENCOURT, 2016, p. 784).

### **3 O tipo penal do tráfico de drogas**

O tráfico de drogas está tipificado no art. 33<sup>2</sup> da Lei n. 11.343/2006, sendo este composto de dezoito verbos nucleares que

---

2 Lei n. 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

denotam atos passíveis de punição. Diante da diversidade dos verbos, a doutrina classifica o tráfico como crime de ação múltipla, ignorando, todavia, a sua grave afronta ao princípio da legalidade, que consagra a objetividade e a clareza do tipo penal, prejudicadas pela abertura demasiada do texto do referido artigo (VALOIS, 2017, p. 422).

A generalização que compõe o tipo penal de tráfico corresponde ao uso do Direito Penal como medida de polícia, e não como instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado (VALOIS, 2017, p. 421). Ainda nesse sentido, Luís Carlos Valois (2017, p. 424) critica o referido tipo penal ao afirmar que, quando o ordenamento jurídico admite a criação de uma norma com racionalidade duvidosa, acaba se enfraquecendo como um todo. Em síntese, o art. 33 da Lei de Entorpecentes não possui fundamento lógico, o que afeta, de maneira geral, todo o sistema jurídico.

Salo de Carvalho (2007, p. 200-201) aponta, ainda, outro problema na incriminação indistinta dos diversos verbos nucleares do art. 33: haveria desproporcionalidade em relação ao art. 28 da mesma lei, que prevê o dolo específico “para consumo pessoal”, mas conta com alguns verbos idênticos ao tipo injusto de tráfico (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas). Assim, a única maneira de enquadrar determinadas condutas no art. 28, cujas penalidades são brandas (advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas), seria provando o dolo específico de consumo pessoal.

Não sendo possível essa comprovação, essas condutas idênticas seriam tipificadas como tráfico de drogas, já que o dolo do art. 33 é, diferentemente do art. 28, genérico. Este cenário acaba por suscitar, na jurisprudência brasileira, uma certa tendência à inversão do ônus da prova, quando o réu precisa provar seu dolo específico (consumo pessoal) para não ser punido como traficante (CARVALHO, 2007, p. 201).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, equipara o injusto de tráfico de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos amparados pela Lei n. 8.072/1990, sendo estes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Contudo, nem todos os dezoito verbos nucleares descritos no art. 33 da Lei de Drogas podem ser considerados como tráfico ilícito de entorpecentes.

Dessa forma, Salo de Carvalho (2007, p. 226) defende que apenas os verbos que denotam atos essencialmente de comércio podem ser classificados como tráfico de drogas (importar, exportar e vender) e, portanto, como crime hediondo. Todas as outras condutas tipificadas, por sua vez, em virtude de serem incompatíveis semanticamente com atos mercantes, não possuem natureza de tráfico, muito menos de crime hediondo.

Cabe ressaltar, acerca desta questão, a contundente crítica de Luís Carlos Valois (2017, p. 446-447) à criação da Lei dos Crimes Hediondos, editada sem os devidos rigores técnicos e com caráter estritamente político. Por fim, Valois afirma que, por conta da equiparação, o réu do crime de tráfico acaba sendo culpabilizado, no processo penal, por todas as mazelas sociais existentes, o que faz com que o Direito Penal retorne ao direito do autor e da vingança pública, em detrimento ao direito do fato.

#### **4 A vulnerabilidade e o tipo penal do tráfico de drogas**

Inicialmente, para se falar em vulnerabilidade no crime de tráfico, faz-se necessário evidenciar que a seletividade é marca constante nos sistemas criminais. Ela opera de tal modo que a perseguição penal beneficia aqueles que detêm influência sobre o poder, desfavorecendo os que não possuem a mesma prerrogativa. Além disso, a seletividade é o motivo pelo qual a agência judicial recai, explicitamente, de forma desigual sobre pessoas de classes socioeconômicas distintas. Por isso, uma vez ocorrendo a seletividade no processo de criminalização, é possível delinear diferentes níveis de vulnerabilidade, a depender de diversos fatores sociais e individuais, visto que os sujeitos não são colocados em patamar de igualdade no sistema punitivo brasileiro (LEMONS, 2010, p. 17).

A fim de demonstrar a perpetuação da vulnerabilidade que se faz presente no contexto do tráfico, aborda-se a obra de Vera Malaguti Batista, publicada em 1998, que, infelizmente, mostra-se profundamente atual. A referida autora defende que a estruturação do estereótipo do bandido se firma na figura de um jovem negro,

morador de favela e traficante de drogas. Esse bandido não merece respeito e nem possui direitos; poderá, assim, ser linchado, espancado, exterminado e torturado. Não é e não pode, de maneira alguma, ser considerado um cidadão, sob pena de se fomentarem o caos e a desordem. A raiz da constituição dessa ideologia é o medo, administrado, diariamente, pelos meios midiáticos (BATISTA, 1998, p. 28).

Neste ponto, vale tratar sobre a construção doutrinária do direito penal do inimigo, formulada por Günther Jakobs. O direito penal do inimigo determina que o infrator que demonstrar possibilidade de reiteração delitativa, isto é, que possuir, como sinal característico, a habitualidade e a profissionalização no cometimento de crimes, perderá sua personalidade política (cidadania), não podendo usufruir dos direitos a ela inerentes (CARVALHO, 2007, p. 79).

Quando se amplia o conceito de inimigo para além dos grupos terroristas, estabelece-se uma expansão punitiva em face de garantias penais constitucionais. Neste cenário, o conceito de organização criminosa propiciará a aplicação do direito penal do inimigo para práticas delitivas variáveis, como, por exemplo, o comércio de drogas ilícitas. Ao se destituir os sujeitos definidos como inimigos da condição de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito (CARVALHO, 2007, p. 81-82).

Através da análise de diversos casos do Juizado de Menores do Rio de Janeiro relacionados ao tráfico e consumo de drogas, entre 1968 e 1988, Vera Malaguti Batista concluiu que o discurso de recuperação, ressocialização e reeducação, proposto pelo sistema penal contra o jovem taxado como traficante, consiste, em verdade, numa armadilha. O seu objetivo original é conter socialmente aqueles previamente selecionados para tanto (BATISTA, 1998, p. 120).

A demonização do tráfico fortalece os sistemas de controle social e fomenta o seu caráter genocida. A partir do momento em que se estabelece o jovem negro, pobre e traficante como inimigo interno, legitima-se, por exemplo, a violência policial, sendo a vítima um suposto traficante (BATISTA, 1998, p. 122-123).

O mercado de drogas ilícitas propiciou altos investimentos no sistema penal e, principalmente, argumentos para a construção de uma política de drogas massacrante e cotidianamente violadora de direitos fundamentais, cujo destinatário é o jovem negro e pobre, pertencente às massas vulneráveis (BATISTA, 1998, p. 123).

#### 4.1 A política de drogas proibicionista

A criminalização do comércio e do uso de drogas é relativamente recente. As substâncias entorpecentes que, nos dias atuais, são definidas como ilícitas já eram conhecidas e consumidas há séculos, mas passaram a ser proibidas a partir do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes e penas (RODRIGUES, 2006, p. 26).

Nas primeiras décadas do século XX, foram assinados tratados internacionais acerca da questão da droga, impulsionados pela política proibicionista estadunidense, que visava se expandir em nível internacional. A princípio, restringiu-se o uso do ópio para fins medicinais; gradativamente, entretanto, essa restrição se ampliou para outras drogas populares, como a cocaína e os diversos tipos de *cannabis sativa* (RODRIGUES, 2006, p. 37-38).

A Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 instituiu um amplo sistema internacional de controle e repressão às drogas ilícitas, obrigando os Estados-Partes à incorporação das medidas ali previstas em seus ordenamentos internos. Tal convenção marca o início da militarização da segurança pública, legitimando a repressão por parte dos operadores policiais de controle das drogas, sendo os Estados Unidos uma referência neste sentido. Passa-se, dessa forma, a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos (RODRIGUES, 2006, p. 40).

Segundo Maria Lucia Karam (2013, p. 2), a política de drogas proibicionista chegou ao seu ápice na década de 1970, nos Estados Unidos, quando o presidente Nixon declarou a famosa “guerra às drogas”. A nomenclatura *guerra* denota o caráter bélico e punitivo que compõe a criminalização das drogas em todos os seus aspectos (consumo pessoal, produção e comercialização).

A “guerra às drogas” nunca se propôs a ser, efetivamente, uma guerra contra as substâncias definidas como ilícitas. Não é e nunca foi uma guerra contra coisas, mas, sim, contra determinadas pessoas; é uma guerra contra os produtores, os consumidores e os comerciantes previamente selecionados como inimigos do Estado, isto é, os indivíduos pobres, não brancos, marginalizados e desprovidos de qualquer tipo de poder (KARAM, 2013, p. 3). É importante salientar, ainda, que guerra e direitos humanos são incompatíveis, portanto há uma clara violação dos Estados aos direitos fundamentais quando propagam essa danosa política bélica (KARAM, 2013, p. 4).

Passados 100 anos da proibição, com seus mais de 40 anos de guerra, os resultados são mortes, prisões superlotadas, doenças se espalhando, milhares de vidas destruídas e nenhuma redução na disponibilidade das substâncias proibidas. Ao contrário, nesses anos todos, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, comerciantes e consumidores serem combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra. (KARAM, 2013, p. 8).

Além disso, de acordo com o Atlas da Violência divulgado em 2019, o Brasil possui uma taxa de aproximadamente 31,6 homicídios por 100 mil habitantes (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 5). Uma grande parte desses homicídios está relacionada ao combate proposto pelo Poder Público ao mercado ilegal das drogas. No Rio de Janeiro, uma das cidades brasileiras que mais padecem com a guerra aqui referida, um em cada cinco homicídios, em média, está ligado às operações policiais de combate ao tráfico nas favelas (KARAM, 2013, p. 11). Mais uma vez, denota-se a vulnerabilidade que acomete determinados agentes do crime de tráfico, especialmente os estigmatizados para tanto.

Fernando Salla, Maria Gorete Marques de Jesus e Thiago Thadeu Rocha (2012, p. 11) afirmam que as sensações de insegurança e de medo vivenciadas pela sociedade legitimam a política proibicionista. Ademais, constata-se que “a repressão e punição aos

acusados por tráfico de drogas se limita em grande parte ao circuito varejista e de áreas territoriais mais pobres das cidades”. A rotina de trabalho dos policiais não é investigar as grandes corporações de tráfico de drogas, mas sim os comerciantes que vendem a droga nas comunidades periféricas das cidades. Uma decorrência clara desse modelo punitivo é o alto índice de jovens com passagem pela polícia e que, por isso, precisam aprender a carregar o estigma do cárcere.

Assim, reputa-se clara a ineficácia dessa política proibicionista, precisando ser repensada imediatamente, a fim de buscar alternativas cujo impacto não seja genocida. A grande questão que paira nas discussões sociológicas, políticas e de saúde sobre o tema é se a política de drogas deveria ser criminal. Nesse sentido, Daniel Nicory do Prado (2013, p. 53) sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal é uma escolha que deriva da autonomia privada dos sujeitos<sup>3</sup>, não interferindo na saúde pública, mas que o Estado pode desencorajá-la de outras formas que não o excesso de punitivismo atual, como fez e ainda faz com o tabaco.

Todavia, como a política de drogas ainda é uma questão criminal, torna-se necessário que o aplicador do Direito saiba usufruir dos institutos disponíveis ao seu alcance para promover transformações significativas no quadro normativo resultante não somente da política proibicionista, mas que também encontra, nela, uma impossibilidade para essa aplicação, por força do tabu que circunda o tema das drogas ilícitas (PRADO, 2013, p. 129).

## 4.2 A superlotação carcerária no Brasil

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em junho de 2016 a população carcerária brasileira chegou ao alarmante número de 726.700 presos, o que representa

---

3 Sobre o tema, está em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

um aumento de 707% em relação ao registrado no início da década de 1990. A taxa de ocupação das penitenciárias é de 197,4%, possuindo um déficit de 358.663 vagas em todo o País, contando os presos homens e as presas mulheres (BRASIL, 2017, p. 7-9). O tráfico de drogas, por sua vez, é o tipo penal que mais encarcera no País, responsável pela prisão de 26% dos homens e de 62% das mulheres (BRASIL, 2017, p. 46).

As condições de encarceramento dos países da América Latina violam os dispositivos de diversos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, principalmente se forem levados em conta os padrões estabelecidos pela carta internacional *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*, assinada em 1955. Princípios básicos encontrados neste documento são ignorados nas prisões latino-americanas, como, por exemplo, a separação dos presos em categorias, a manutenção da prisão em boas condições de funcionamento e um tratamento que não viole a dignidade do preso (SALLA *et al.*, 2008, p. 8).

Na maior parte dessas prisões, os presos comuns estão submetidos à privação de alimentos e de serviços de saúde, além de haver baixíssima disponibilização de oportunidades de trabalho e de atividades educativas que promovam a reinserção social. As mulheres e as pessoas com transtornos mentais são ainda mais afetadas pela deficiência dos serviços penitenciários públicos, pelo estado deplorável das prisões e pelo não atendimento de suas necessidades específicas (SALLA *et al.*, 2008, p. 8).

Além disso, cabe salientar o considerável déficit existente no que tange ao corpo profissional atuante nas penitenciárias, ocasionado pelo mal treinamento e pelas más qualificação e remuneração. A manutenção da ordem e da disciplina resta seriamente comprometida nos estabelecimentos prisionais latino-americanos, nos quais se percebe um alto índice de corrupção e violência por parte dos agentes penitenciários. Um exemplo notório dessa conjuntura são as frequentes e violentas rebeliões, que têm evidenciado a falência da estabilidade das prisões e propiciado um ambiente de alta insegurança (SALLA *et al.*, 2008, p. 9).

A situação das penitenciárias brasileiras é tão degradante que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2015, através do Informativo n. 798, a configuração do *estado de coisas inconstitucional* no que tange ao sistema carcerário nacional, dado o seguinte contexto: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

O plenário do Supremo ainda anotou, no mesmo informativo, que o sistema prisional brasileiro seria marcado pela

violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas (BRASIL, 2015).

Diante de tais constatações, torna-se claro que o Brasil tem falhado, sistematicamente, na garantia dos direitos fundamentais dos seus presos, que se encontram sob tutela específica do Estado. Assim, é preciso ter a sensibilidade necessária no momento de sentenciar um indivíduo, uma vez que o ambiente prisional brasileiro consiste num local de extrema vulnerabilidade e numa nítida violação à dignidade da pessoa humana, sancionada pela omissão estatal e legitimada pelo sentimento punitivista da sociedade.

### 4.3 Alguns julgados pertinentes

Embora criado para ser um instrumento que minimizasse as violações a direitos individuais decorrentes da omissão estatal, a tese da coculpabilidade não é acatada pela jurisprudência brasileira, sob o principal argumento de que o seu reconhecimento ensejaria um risco à sociedade, já que incentivaria a prática de crimes (COELHO; FILHO, 2016, p. 15). Além disso, os magistrados entendem que o reconhecimento da coculpabilidade seria uma afronta à parcela da sociedade que, mesmo vítima da omissão estatal, opta por caminhos que não a criminalidade.

No entanto, vale ressaltar que a função do aplicador do Direito é analisar o contexto específico de cada caso concreto, o que torna curioso o fato de que, em quase quinhentos julgados analisados, nenhum magistrado reconheceu a omissão estatal como fomento ao crime para a aplicação da coculpabilidade (COELHO; FILHO, 2016, p. 17).

De forma exemplificativa, aborda-se o Recurso de Apelação Criminal n. 0007312-24.2009.8.26.0483, do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo objeto é o tráfico de entorpecentes, no qual a tese defensiva esteve consubstanciada no princípio da coculpabilidade como uma circunstância judicial favorável na análise do art. 59, do Código Penal. O relator Willian Campos decidiu como incabível o reconhecimento do princípio, sob o argumento de que, ao reconhecer, estaria justificando infrações intoleráveis e reprimidas pela sociedade.

Torna-se essencial destacar, todavia, que, no Processo n. 0001048-86.2015.8.19.0026, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Gilmar Augusto Teixeira, admite a aplicação da teoria da coculpabilidade, como atenuante genérica, no crime de tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que a apelante é primária e possuidora de bons antecedentes. Ainda que importantíssima a decisão do desembargador, cabe ressaltar que a tese não foi aplicada segundo a construção de Zaffaroni e Pierangeli, que nada previa sobre a necessidade de o infrator ser primário e possuidor de bons antecedentes (COELHO; FILHO, 2016, p. 20-21). A teoria da coculpabilidade, em suas bases, está relacionada ao estado de vulnerabilidade decorrido da omissão estatal, e não do histórico criminal do agente.

## **5 Conclusão**

Ante o exposto, fica claro que a teoria da coculpabilidade pode ser um importante instrumento de transformação do quadro de vulnerabilidade de determinados indivíduos, fomentado pela omissão estatal, antes do cometimento do delito (omissão genérica na garantia de direitos básicos) e após o seu cometimento (superlotação carcerária e direitos fundamentais suprimidos nas penitenciárias).

O tipo penal de tráfico de drogas é o tipo penal que mais encarcera no País e é a expressão mais nítida da política proibicionista e da “guerra às drogas”, que enseja números alarmantes de homicídios, aumentando ainda mais o grau de vulnerabilidade daqueles previamente definidos como inimigos, por questões racistas e classistas já explicadas.

Considerando o estado deplorável das penitenciárias brasileiras e suas taxas exorbitantes de ocupação, conjuntamente à inefetividade e ao caráter anti-humanitário da política de “guerra às drogas”, fica nítido que há uma conjuntura precária e perversa na grande maioria dos delitos relacionados aos entorpecentes ilícitos.

Diante dessas constatações, torna-se compreensível todo o contexto vulnerável que envolve a prática do tráfico de drogas, desde a origem da sua execução até o seu processo de criminalização. É por esse cenário caótico que a tese da coculpabilidade deve ser aplicada pelos julgadores, por reconhecer a vulnerabilidade como um aspecto importante da culpabilidade, isto é, da reprovabilidade da conduta do agente.

Entende-se, dessa maneira, que a coculpabilidade deveria funcionar como uma tentativa de minimizar a penalização dos já especificados agentes do tráfico, que foram vítimas, em algum momento, da omissão do Poder Público e (ou) da fatídica política repressiva e punitiva chamada de “antidrogas”, evitando mais uma penalização no ambiente miserável das prisões brasileiras.

## **Referências**

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações*

*Penitenciárias*. Atualização – junho de 2016. Brasília: DEPEN, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-le vantamento.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 798, 7 a 11 de setembro de 2015*. Brasília: Secretaria de Documentação; Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 635.659*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 4 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. *Apelação Criminal n. 0001048-86.2015.8.19.0026*. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: [www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040265E220102F3EE1C4A35CD52C266E7FC5044F444458&USER=](http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040265E220102F3EE1C4A35CD52C266E7FC5044F444458&USER=). Acesso em: 4 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Terceira Vara Judicial. *Apelação Criminal n. 0007312-24.2009.8.26.0483*. Relator: Willian Campos, 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22260004/apelacao-apl-73122420098260483-sp-0007312-2420098260483-tjsp/inteiro-teor-110619206?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 maio 2018.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Ícaro Gomes; FILHO, Sidney Soares. A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros.

*Revista Eletrônica do Curso de Direito*, Santa Maria, v. 11, n. 3, p. 1029-1056, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revisadireito/article/view/22549>. Acesso em: 5 maio 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: IPEA, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 4 fev. 2020.

KARAM, Maria Lucia. Proibição às drogas e violação aos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 169-189, jan./abr. 2003. Disponível em: [https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas\\_violacao\\_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf). Acesso em: 4 fev. 2020.

LEMONS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 210, p. 16-17, maio 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim210.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

MOTA, Indaiá Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11326>. Acesso em: 5 maio 2018.

PRADO, Daniel Nicory do. *Crítica ao controle penal das drogas ilícitas*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://comunidadesegura.org.br/files/controlpenalsobredrogasilicidas.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

SALLA, Fernando *et al.* Democracy, human rights and prison conditions in South America. *Núcleo de Estudo da Violência (NEV/USP)*, São Paulo, p. 1-10, nov. 2008. Disponível em: [www.nevusp.org/downloads/down227.pdf](http://www.nevusp.org/downloads/down227.pdf). Acesso em: 18 maio 2018.

SALLA, Fernando; JESUS, Maria Gorete Marques de; ROCHA, Thiago Thadeu. Relato de uma pesquisa sobre a Lei 11.343/2006. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2012, ano 20 (edição especial), n. 239-A, p. 10-11, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.