



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

COCULPABILIDADE NO BRASIL SOB A ÓTICA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS: VULNERABILIDADE SOCIAL NO JUÍZO DE REPROVAÇÃO PENAL

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

JOÃO RICARDO DOS SANTOS

JACAREZINHO-PR

2020



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

JOÃO RICARDO DOS SANTOS

COCULPABILIDADE NO BRASIL SOB A ÓTICA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS: VULNERABILIDADE SOCIAL NO JUÍZO DE REPROVAÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, para a defesa pública, requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Gilberto Giacoia, na Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

JACAREZINHO-PR

2020

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

dJ62c dos Santos, João Ricardo
Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências
criminais: vulnerabilidade social no juízo de
reprovação penal / João Ricardo dos Santos;
orientador Gilberto Giacoia - Jacarezinho, 2020.
101 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
em Ciência Jurídica, 2020.

1. Coculpabilidade penal. 2. Criminologia. 3.
Política Criminal. 4. Direito Penal. I. Giacoia,
Gilberto, orient. II. Título.



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

JOÃO RICARDO DOS SANTOS

COCULPABILIDADE NO BRASIL SOB A ÓTICA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS: VULNERABILIDADE SOCIAL NO JUÍZO DE REPROVAÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, para a defesa pública, requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Gilberto Giacoia, na Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

BANCA AVALIADORA

1º Membro: Professor Doutor Gilberto Giacoia (orientador)

2º Membro: Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak

3º Membro: Professora Doutora Érika Mendes de Carvalho - UEM

Coordenador do programa: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

JACAREZINHO-PR

2020

Aos três pilares que foram e sempre serão meu alicerce, na construção deste trabalho e na vida.

À minha mãe, Aparecida, suporte espiritual, o amor concretizado em uma pessoa.

Ao meu irmão, Paulo Antonio, figura de irmão e amigo em um mesmo ser, meu exemplo maior.

À minha namorada, Ana Carolina, companheira dos momentos bons e ruins, inspiração para tudo de bom que há em mim.

AGRADECIMENTOS

O momento de agradecer a todos que auxiliaram no processo de elaboração deste trabalho traz consigo, sem sombra de dúvidas, o sentimento de orgulho e a sensação de dever cumprido. Por isso, remeto meus pensamentos aos momentos que antecederam até mesmo a ideia concreta de fazer mestrado, perpassando por todos os acontecimentos que marcaram minha vida e estão em meu coração, neste instante que escrevo estes agradecimentos.

Agradeço a Deus, primeiramente, por me permitir ter vencido tantas barreiras nos últimos anos, concedendo força, discernimento e fé, de que tudo seria superado. Após um momento difícil em 2016, quando pensei que não teria determinação para seguir em frente, me conferiu coragem para enfrentar as adversidades, sendo agraciado, no ano de 2018, com a aprovação no processo seletivo do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Minha gratidão eterna à mulher mais forte e guerreira que conheci, Aparecida Margareth Ramim, minha mãe. Recentemente, em prol de algo maior, nos encontramos distantes fisicamente, mas sei que a senhora sempre está comigo em pensamento, me colocando em suas orações e, nem as mais belas palavras, conseguem expressar o meu amor por você.

Agradeço, sem sombra de dúvidas, ao meu exemplo de ser humano, Paulo Antonio dos Santos, meu irmão mais velho, que em muitos momentos cumpriu com a posição de pai, conjuntamente com nossa mãe. Você me aconselhou, orientou, me deu alguns puxões de orelha, por vezes merecido, moldando meu caráter. Obrigado pelas conversas, jurídicas ou não, pelos livros emprestados e principalmente, por ser meu melhor amigo.

Manifesto meus agradecimentos, agora, àquela que chamo de amor, não pelo clichê de ser um apelido comum nos casais, mas sim, por ser a mulher que quando volto os olhos, só enxergo amor. Minha namorada, Ana Carolina D'avanzo, com quem partilho um escritório de advocacia, que podemos chamar de nosso, compartilho todos os dias, com nossas brincadeiras, nossa união, nossa vida. Obrigado por toda compreensão que tem comigo, e, pela paciência em me ouvir falando dias e dias sobre a dissertação.

Agradeço ao meu orientador, Doutor Gilberto Giacoia, que me instruiu na elaboração deste trabalho. Um exemplo de dedicação acadêmica, sempre com sua

educação ímpar, me motivou e orientou nas produções científicas durante o mestrado. É uma honra ser seu orientando.

Ao professor Luiz Fernando Kazmierczak, um amigo e grande incentivador para o estudo sobre o tema, por me entusiasmar em desenvolver um projeto de pesquisa para o mestrado e, pela atenção e respeito, em todas as minhas bancas em que se fez presente, bem como nas conversas informais, que auxiliaram no desenvolvimento desta dissertação.

Não posso me furtar de agradecer a professores excepcionais, que tive o prazer de ser aluno. Em especial, manifesto minha gratidão aos professores Maurício Saliba, Fernando Brito, Maurício de Aquino, Vladimir Brega Filho, Eduardo Cambi, Carla Bertoncini, Eliezer Gomes da Silva, Valter Foletto Santin, Edinilson Donisete Machado, Jorge Sobral Maia, Paulo Henrique da Silva Carvalho e Reinéro Antonio Lérias, que foram docentes extraordinários.

À professora Soraya Saad, que me confiou a primeira experiência como professor, através do Estágio Docência na disciplina de Direito Civil I, deixando em mim a certeza que lecionar é uma paixão e objetivo futuro.

Aos alunos da 52ª Turma de Direito da UENP – Turma “Balbúrdia”, por terem me recepcionado tão bem como seu professor e pelo respeito que tiveram comigo. Vocês são brilhantes, têm um futuro promissor e para sempre estarão em meu coração, como a minha primeira turma de alunos.

A Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, pela acolhida a todos os alunos, ofertando a nós as condições necessárias para o pleno desenvolvimento acadêmico. Em especial, à Maria Natalina Costa, cujos esforços são admiráveis e por quem nutro grande admiração.

Aos meus amigos e amigas da Linha de Pesquisa “Função Política do Direito”, da 16ª Turma do Mestrado em Ciência Jurídica: Leonardo Mariozi, Lucas Bertolucci, Gustavo Kichileski, Robyson Danilo, Alessandra Brustolin, Brenda Querino, Marcela Pradella, Matheus Belló, Luís Fernando Schiebelbein, Tiago Arantes Franco e Tayana Caldonazzo. É admirável a amizade que criamos, não havendo qualquer incerteza que ela permanecerá, mesmo com a distância entre nós.

Por fim, a todos os meus colegas de faculdade, que conjuntamente com minhas demais amizades, tornaram-se meus amigos na vida, essenciais e por quem sinto grande saudade.

Muda que quando a gente muda
O mundo muda com a gente
A gente muda o mundo na mudança da mente
E quando a mente muda a gente anda pra frente
E quando a gente manda ninguém manda na gente
Na mudança de atitude
Não há mal que não se mude nem doença sem cura
Na mudança de postura a gente fica mais seguro
Na mudança do presente a gente molda o futuro

(Gabriel, o Pensador – Até quando?)

SANTOS, João Ricardo dos. *Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências criminais: vulnerabilidade social no juízo de reprovação penal*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

RESUMO

A possibilidade de considerar que fatores sociais, econômicos e culturais, podem influenciar na autodeterminação de um indivíduo, no cometimento de determinados delitos, é pela qual se concebe o instituto da coculpabilidade penal. Como resultado da conduta delitiva, ante o estado de vulnerabilidade social, fragmenta-se a culpa pelo ilícito, compartilhando-a entre o agente, o Estado e a própria sociedade. A problemática central consiste em abordar se a coculpabilidade no Brasil, sob a ótica das ciências criminais, possui os elementos primordiais para a sua observância no âmbito penal. Desta forma, a criminologia crítica, a partir de seu saber empírico, subsidia o tema central no prisma do realismo marginal. Em harmonia, o saber estratégico da política criminal alternativa, orienta novos recursos destinados à corporificação das balizas do Estado Democrático e Social de Direito no campo criminal, sendo a coculpabilidade penal uma delas. Por conseguinte, a coculpabilidade penal se concilia com a resultância do mutualismo entre o Direito Penal, os direitos humanos e a Constituição Federal. Utilizando-se do método dedutivo, a revisão bibliográfica será pautada em obras de diferentes temáticas, como Criminologia, Política Criminal, Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Humanos e Sociologia. O referencial teórico, em especial é composto Eugenio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista, Salo de Carvalho e Vera Malaguti Batista. Para mais, o ordenamento jurídico e o entendimento jurisprudencial pátrio, igualmente irão sustentar a aplicação da coculpabilidade. Assim, posteriormente a apreciação das possibilidades de posituação expressa do instituto, tornou-se permissível concluir que a coculpabilidade penal detém todos os subsídios teóricos para ser aplicada, desde que prevista no sistema jurídico-legal, condicionada a análise casuística do fato delitivo, sendo capaz de ensejar, a depender das circunstâncias, desde uma causa de diminuição da pena ou até mesmo a exclusão da culpabilidade.

Palavras-chave: Coculpabilidade penal. Criminologia. Política Criminal. Direito Penal.

SANTOS, João Ricardo dos. *Coculpability in Brazil from the perspective of criminal sciences: social vulnerability in the criminal judgment*. Dissertation (Master in Legal Science) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

ABSTRACT

The possibility of considering that social, economic and cultural factors can influence an individual's self-determination in the commission of certain crimes is the reason why the institute of criminal coculpability is conceived. As a result of the criminal conduct, before the state of social vulnerability, the guilt for the illicit is fragmented, sharing it between the agent, the State and the society itself. The central issue is to address whether coculpability in Brazil, from the point of view of criminal sciences, has the primary elements for its observance in the criminal field. Thus, critical criminology, based on its empirical knowledge, subsidizes the central theme in the prism of marginal realism. In harmony, the strategic knowledge of the alternative criminal policy, guides new resources destined to the embodiment of the marks of the Democratic and Social State of Law in the criminal field, being the criminal coculpability one of them. Therefore, criminal coculpability is conciliated with the result of mutualism between criminal law, human rights and the Federal Constitution. Using the deductive method, the bibliographical review will be guided by works on different themes, such as Criminology, Criminal Policy, Criminal Law, Constitutional Law, Human Rights and Sociology. The theoretical reference, especially is composed by Eugenio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista, Salo de Carvalho and Vera Malaguti Batista. In addition, the legal system and the jurisprudential understanding of the country will also support the application of coculpability. Thus, later on, the appreciation of the possibilities of the institute's express affirmation became permissible to conclude that criminal coculpability holds all the theoretical subsidies to be applied, as long as it is provided for in the legal system, conditioned by a case-by-case analysis of the criminal fact, being able to take place, depending on the circumstances, from a cause of sentence reduction or even exclusion from guilt.

Key-words: Criminal coculpability. Criminology. Criminal policy. Criminal law.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CRIMINOLOGIA DO CONFLITO E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO....	15
1.1 Desigualdade social e criminalização.....	16
1.2 Papel da criminologia crítica para compreensão da política de controle social...	21
1.3 Realismo marginal e a coculpabilidade penal	26
2 POLÍTICA CRIMINAL E O DILEMA DA POLARIZAÇÃO SOCIAL	32
2.1 Influência social e midiática na Política Criminal	33
2.2 Política criminal do inimigo	37
2.3 Política criminal alternativa e a coculpabilidade penal	40
3 DIREITO PENAL, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL NUM MUTUALISMO JURÍDICO	46
3.1 Direitos humanos e fundamentais operantes no âmbito penal.....	47
3.2 Supremacia hierárquica da Constituição Federal no <i>ius poenale</i>	51
3.3 Coculpabilidade penal na perspectiva jurídico-legal.....	56
4 COCULPABILIDADE PENAL COMO PARADIGMA ESTEADO PELAS CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	66
4.1 Coculpabilidade penal, culpabilidade pela vulnerabilidade e a coculpabilidade às avessas	67
4.2 Coculpabilidade penal na jurisprudência brasileira	78
4.3 Alternativas para positivação da coculpabilidade no ordenamento jurídico	81
CONCLUSÕES	93
REFERÊNCIAS.....	96

INTRODUÇÃO

A coculpabilidade penal se manifesta como fidedigno fator atenuante, sem o tecnicismo jurídico do termo, da exteriorização, seletiva e inapropriada, em que o Direito Penal brasileiro está enraizado contemporaneamente. Com efeito, é a possibilidade de divisão da culpa pela prática de determinados delitos, entre o autor do fato, o Estado, em decorrência da ineficácia em cumprir com suas obrigações para com grande parcela da população, e, a própria sociedade, que contribui para perpetuação de estigmas sociais e situações de marginalização, desde que encontrado o indispensável liame entre a conduta e a condição social vivida pelo agente.

O presente trabalho ambiciona trazer uma ampliação no discernimento do tema, compreendendo que muitos ainda serão os debates a respeito da temática, persistindo o entendimento de que este é apenas o início. Buscar-se-á demonstrar que a coculpabilidade penal não se trata apenas de uma teoria abstrata, criada sem qualquer aplicabilidade, já que seu estudo e prestabilidade são de relevância substancial, não apenas no tocante a aplicação de uma sanção de forma justa e equilibrada, mas também, sua abordagem carrega em si tratativas extremamente importantes, como as análises acerca dos processos de criminalização e os componentes sociais que orientam os saberes estratégicos político-criminais.

A plausibilidade do tema reside na necessidade de se buscar novas perspectivas no tocante a imperativos jurídico-penais, visto que a sociedade brasileira contemporânea, ao menos em uma considerável fração, trilha por roteiros pedregosos, que culminam no âmbito de aplicabilidade criminal, em conexão ao incumprimento das obrigações estatais no que tange o corpo social, relacionados a direitos básicos como saúde, trabalho, educação e alimentação.

No transcorrer da elaboração textual e argumentativa, a estruturação terá em seu imo a resposta da seguinte problematização: a coculpabilidade penal possui elementos indispensáveis para a sua observância no âmbito penal, partindo-se da ótica das ciências criminais?

Para isto, é necessário realizar uma retomada teórica e empírica sobre a coculpabilidade penal, utilizando como partes basilares a tríade que compõe as ciências criminais, quais sejam, a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal.

A partir disso, definir sua estrutura, bem como a sua imperiosa observância na esfera penal, diante da atual conjuntura social no Brasil.

No primeiro capítulo, almeja-se analisar a criminologia, no âmbito das teorias do conflito. Para mais, como ocorrem os processos de criminalização, intrinsecamente ligados a desigualdade social. Nesta toada, assimilar o papel da criminologia crítica para a compreensão da política de controle social, e, como a perspectiva do realismo marginal é capaz de colaborar com o discernimento criminológico da coculpabilidade penal.

Posteriormente, discorrer acerca da política criminal e dos constituintes que orientam as estratégias deste sustentáculo das ciências criminais, estimulando a polarização social. Dar-se-á ênfase à influência social e midiática, que reforçam a expansão de uma política criminal do inimigo. A posteriori, ressaltar que a coculpabilidade penal, concretizando uma política criminal alternativa, encontra-se como valioso passo em direção à corporificação das balizas do Estado Democrático e Social de Direito no campo criminal.

No terceiro capítulo, será demonstrada a necessidade de adotar a aplicação do Direito Penal, último dos três pilares das ciências criminais a ser discutido, e, ramo do Direito que disciplina o *jus puniendi* do Estado, em face do cometimento de um delito, a partir dos indicativos e limites presentes na Constituição Federal e pautados nos direitos humanos.

Finalmente, demonstrar como a coculpabilidade penal possui elementos alusivos aos três alicerces das ciências criminais, e, como a partir deles, é factível abordar de maneira mais profunda o assunto, causando a ruptura de paradigmas e preconceções atinentes à temática. Outrossim, as possibilidades de positivação da coculpabilidade no ordenamento jurídico, e, o atual entendimento, doutrinário e jurisprudencial, da coculpabilidade penal no Brasil.

Desta forma, para se ter êxito nesta finalidade, será empregado o método dedutivo, dispondo como material de pesquisa obras de diferentes autores, sobre temas como Criminologia, Política Criminal, Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Humanos e Sociologia. Como referenciais teóricos adotados, fundamental elencar autores como Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista, Salo de Carvalho, Vera Malaguti Batista e, em especial, Eugenio Raúl Zaffaroni. Não obstante, a legislação pátria em vigor no Brasil, e, decisões jurisprudenciais, também irão alicerçar e ratificar a viabilidade de aplicação da coculpabilidade no âmbito penal.

1 CRIMINOLOGIA DO CONFLITO E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A violência é um fator constitutivo da própria vida em sociedade. As organizações sociais, desde os seus primórdios até o atual estágio das civilizações, tiveram em seu meio práticas violentas, estando intrinsecamente ligadas ao próprio convívio social. Esta agressividade, física ou psicológica, comissiva ou omissiva, por certo, possui níveis de intensidade. Destarte, as transgressões mais graves contra as prerrogativas legais dos cidadãos, constituem-se, ideologicamente, como crimes¹.

A criminologia emerge quando se desperta a inquietação e a indagação, sobre as justificativas para estes comportamentos, quais fatores ampliam quantitativamente a atuação criminosa e ordenam as próprias condutas delitivas. Conceitualmente, Nilo Batista reflexiona ser a criminologia um complexo de conhecimentos, onde atribui-se ou não caráter científico, cujo propósito é a pesquisa causal-explicativa do crime e criminoso. Já para Lola Aniyar de Castro, a criminologia corporifica-se na atividade intelectual, colocando em prática os estudos dos processos de criação das normas penais e das normas sociais, contanto que relacionadas com o comportamento desviante, como se dão os processos de infração e desorientação à estas normas, bem como de que modo a sociedade reage a tais condutas².

Seu desenvolvimento, contudo, não ocorreu de forma linear, mas permitiu o seu estabelecimento e posterior ramificação, a partir do emprego de diferentes raízes metodológicas e obtenção de resultados. Certamente, não se tem o intuito de construir um olhar histórico do surgimento da criminologia, até chegar aos resultados científicos mais atuais. Uma abordagem de tamanha envergadura estaria justificada em um trabalho dedicado exclusivamente a temática, o que de fato o presente não o é.

Deste modo, contemplar o prisma da criminologia, com base nas teorias do conflito, se apresenta como solução possível para alcance dos fins colimados: a ligação da culpabilidade penal a esta primeira ramificação das ciências criminais, cujo ponto de partida é a ligação existente entre questões sociais e os processos de criminalização.

¹ Diz-se ideologicamente pois, no momento oportuno, aprofundar-se-á em como se dão os processos de criminalização, empregando os métodos e resultados dos estudos presentes na criminologia.

² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27.

1.1 Desigualdade social e criminalização

Conforme estudo anterior realizado³, verifica-se que o primeiro pensamento que vem à mente, quando se fala em desigualdade social, é a questão financeira. O caráter econômico, por óbvio, é um coeficiente importantíssimo, mas que infelizmente torna por “mascarar” certos elementos que também devem compor o raciocínio pertinente a este tema. O menor poder aquisitivo da maioria populacional, em detrimento de uma pequena parcela de indivíduos, traz consigo riscos assumidos por todos, voluntária ou involuntariamente.

Fato é, são poucos os grupos sociais onde é perceptível uma igualdade mor entre os cidadãos. Zygmunt Bauman exprime que o aumento da desigualdade raramente é considerado para além de problemas financeiros. Contrariamente, existem perigos a serem examinados, que colocam em risco a integridade social como um todo, pois constituem-se em ameaças aos ingredientes fundamentais do bem estar geral da sociedade, podendo ser listados, a saúde mental e física da população, a qualidade de vida e a formação dos vínculos sociais⁴.

Destaca-se, assim, os aspectos sociais das comunidades coevas e como a dessemelhança social reflete nos cidadãos mais e menos favorecidos. O maior ou menor favorecimento aqui remete ao pensamento de quem é mais beneficiado por esta condição da sociedade. Entende-se que mais favorecidos são aqueles cidadãos que, analisando o que é colocado à disposição pelo Estado, ainda assim conseguem – principalmente com recursos próprios, suprir desde as suas necessidades básicas até as supérfluas. Em contraposição, os menos favorecidos têm poucas opções senão aceitar (e arcar) com uma má prestação estatal, até mesmo daqueles direitos que lhe são intrínsecos enquanto seres humanos. Paulo Henrique Souza Freitas afirma que enquanto uma “microminoria”, desfruta de uma posição de vida demasiadamente luxuosa, a maioria populacional não possui as mesmas condições concretas de vida e de desenvolvimento⁵.

³ GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Macrocrimes, violação à direitos humanos e a teoria da coculpabilidade penal às avessas. In: MENEZES, Wagner; DOMINGOS, Isabela Moreira do Nascimento; LEAHY, Érika (org.). *Combate à corrupção e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 135-139.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 9.

⁵ FREITAS, Paulo Henrique Souza. A responsabilidade do Estado pela teoria da coculpabilidade penal e a sua contextualização no direito estrangeiro. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 20, , p. 127-142, jan./jun., 2014, p. 130.

Neste contexto, aceita-se que poucos ganhem muito e muitos ganhem pouco. A confusão da frase respalda a inconsistência lógica que tem seu significado. A ideia da “maioria” é que a desigualdade não afeta a todos, nem dela decorrem tantos outros problemas. É justamente desta temática que desencadeiam posteriores disfunções, que o Estado deveria atuar preventivamente, porém acaba por compactuar e omitir-se, sendo a principal e mais avassaladora, a criminalidade.

A ideia de desigualdade social afluí em um campo substancialmente amplo, que é o cometimento de delitos. Viável estabelecer uma ligação em diversos aspectos entre estes dois componentes da sociedade atual, em especial a brasileira. A delinquência, nota-se, não é exclusiva dos grandes conglomerados de pessoas, muito menos emanam de uma única nascente. Pelo contrário, é como uma torrente, que impetuosamente vai adentrando por todos os meios possíveis na organização social.

Desta feita, lamentavelmente, a marginalidade tem presença constante em meio aos corpos sociais, decorrendo de motivos variados, como por exemplo, o baixo poder aquisitivo popular, o acúmulo de riquezas nas mãos de uma escassa fração de pessoas e as incongruências salariais pagas aos trabalhadores. O Estado, a quem os cidadãos confiaram parte de suas ações, para que o bem comum fosse alcançado, sem que houvesse disparidades entre iguais, peca em seu encargo. Neste sentido, Eliezer Gomes da Silva (2010, p. 5059-5060) aduz:

Numa sociedade com altos níveis de desigualdade como o Brasil, persiste a crença, o pensamento ou a convicção de que apenas alguns “merecem” ter direitos. Essa noção tibia de “cidadania” parece significar que os que desrespeitaram certas normas do “contrato social” não merecem a sua proteção. Devem ser entregues à sua própria sorte. E como, via de regra, a investigação, a persecução e a execução da pena recaem predominantemente sobre os extratos socioeconômicos mais desfavorecidos da população, parece ser natural a associação de que quem já não tem nada, pouco tem a perder, no tocante à preservação de seus direitos fundamentais, em seus contatos ou embates com os órgãos do sistema de justiça criminal. Esse conceito de cidadania “cindida”, “dividida”, “partida”, dos que merecem “ter direitos”, parece revigorar a própria identidade etimológica entre “cidade” e “cidadania”, na medida em que os habitantes de áreas periféricas, socialmente excluídas, marginalizadas, sempre foram desprovidos de direitos, até mesmo (ou sobretudo) na área penal.

É inegável o liame estabelecido na sociedade, que desigualdade social e criminalidade estão interligadas. Cristina Rauter explana que o meio social é visto como um ambiente gerador de crime, pois as diferenças sociais e relações antagônicas são produtoras de um fenômeno negativo, defendendo ainda que no

discurso criminológico a respeito da anormalidade social, a pobreza é vista como o principal causador do fenômeno criminal⁶.

Permanece assim, de modo consolidado, a presença dos fatores sociais como preponderantes para o cometimento de determinados delitos. Uma má prestação estatal em direitos indispensáveis, que a ele cabe prover, ocasiona resultados não quistos para qualquer organização social, que vai desde a insatisfação da população até o acréscimo significativo da delinquência. Bauman discorre que a pobreza é o mais extremo e problemático elemento da desigualdade social, e, aliada ao desemprego crônico, possuem direta correlação com a delinquência acima da média⁷.

O agir e principalmente o pensar do sujeito recebem uma influência incisiva deste meio social no qual ele está inserido, contribuindo com uma parcela positiva ou negativa, a depender da real situação proporcionada. E mais uma vez se intensifica a ineficácia e responsabilidade estatal, por realmente não cumprir com o seu dever. Não há distribuição de renda, e, tantas outras obrigações do Estado, existindo assim, com o passar dos anos, dois lados que se contrapõem: ricos que se tornam cada vez mais ricos e miseráveis que empobrecem dia a dia.

Com isso, a supressão dos direitos individuais não atinge apenas particularmente os cidadãos, mas reflete na relação destes para com o restante da sociedade. A estratificação social atua direta e prejudicialmente no relacionamento entre os membros sociais, a forma que o sujeito será tratado no corpo social dependerá de quem ele é ou em qual classe social se localiza.

Muito embora a concepção coesa entre desigualdade social e criminalidade, não se quer dizer que apenas os menos favorecidos socialmente cometem delitos. A missão aqui enfrentada nada mais é do que buscar identificar os problemas e de onde eles emanam.

O Direito Penal brasileiro expõe-se como seletivo, segregador, pois coaduna com os dois maiores problemas até aqui apresentados, desigualdade social e criminalidade. Quando se volta os olhos para a enorme população carcerária e que a sua maioria é formada por membros das classes inferiores, o que permanece é a certeza do liame vivente entre eles. Lóic Wacquant aborda a seletividade do Direito Penal estadunidense e o excessivo crescimento populacional dentro das penitenciárias norte-americanas, analogamente aplicável a realidade brasileira. A

⁶ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 62.

⁷ BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 10.

ineficiência estatal em suas prestações para com a comunidade acarreta a substituição do Estado social pelo Estado Penal⁸.

Os crimes existem em todas as classes sociais, ocorrendo somente uma diferenciação na natureza destas infrações. Porém, não há dúvidas que os crimes das classes economicamente inferiores chamam mais atenção, *exempli gratia*, que os chamados “crimes do colarinho branco”⁹, praticados pela alta classe e que afetam tanto quanto (ou até mais) os delitos com maior incidência, alvos de constantes clamores por maior severidade punitiva, pelos veículos midiáticos e por parte da sociedade. A “macrocriminalidade” não faz parte das estatísticas, pois a criminalidade comum ocupa praticamente a totalidade dos levantamentos quantitativos, sem embargo dos crimes praticados pelas elites financeiras, industriais, comercial ou política produzirem danos ainda mais intensos, seja à vida ou à saúde da coletividade¹⁰.

Por isso, a criminalidade se revela como um status atribuído, porém a apenas certas pessoas, após um processo duplo de triagem, qual seja, a definição jurídica de crime imputado a um determinado comportamento, e, a seleção que etiqueta e coloca seu autor à margem da legalidade, estigmatizando-o entre todos que agem da mesma maneira. O estudo da criminalidade está de modo indissociável a estes processos. Logo, ao invés de criminoso e criminalidade, entende-se como mais apropriado falar em criminalizado e criminalização¹¹.

Jock Young, ao tratar da problematização do crime, constata como é edificada a sua caracterização. Atesta que a quantidade de crime, quais as pessoas e quais infrações serão antepostas para serem criminalizadas, tal como serão descritas as categorias que explicam o desviante, são construções sociais, variáveis de acordo

⁸ WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 20.

⁹ O termo *white-collar crimes*, ou, crimes do colarinho branco, foi empregado pela primeira vez por Edwin Hardin Sutherland, sociólogo estadunidense, no ano de 1939, durante o 34º Encontro da American Sociological Society, em sua conferência intitulada White-Collar Criminality. Conceitualmente, os crimes do colarinho branco são os ilícitos penais cometidos por uma pessoa de elevado status socioeconômico. Tais delitos geralmente não são executados com o uso da violência, tendo como objetivo final o avultoso ganho financeiro.

¹⁰ AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial*. Niterói: Eduff, 2007. p. 28.

¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 40-41, *passim*.

com o tempo e o espaço, entremostam a autêntica discricionariedade e conveniência, daqueles que num dado momento histórico, tem poder e influência para tanto¹².

O Estado, em comunhão com a sociedade, devem estar aptos para dirimir os problemas sociais, para depois atentar-se aos crimes, pois assim, seguramente haveria um decréscimo relevante no número de transgressões (e indivíduos punidos), deixando ao Direito Penal a incumbência de utilizar o seu poder-dever de punir unicamente para os casos realmente necessários. Georg Rusche e Otto Kirchheimer abordam sobre a futilidade da punição severa e o tratamento cruel, enquanto a própria sociedade não se encontrar propícia a resolver problemas sociais. A repressão é bem aceita, oferece ilusão de segurança, o caminho mais fácil, encobrendo as doenças sociais como um sistema legal e julgamentos de valor moral¹³.

Destarte, a conjuntura fática do Estado brasileiro, com seus indicativos de desigualdade social e a corpulenta população carcerária (reflexo direto da criminalização), demonstram que os critérios adotados para prevenção da delinquência, para a prestação estatal no tocante aos direitos fundamentais e as medidas punitivas utilizadas, provocam uma reação contrária ao esperado. A partir do aumento da desigualdade social, o sistema penal e seus mecanismos de controle social, caminharam contra as classes subalternas, de forma ainda mais clara, pois nelas, estão facilmente detectados os estereótipos norteadores para seleção, representados tanto pelas deficiências de socialização quanto pelo fracasso de internalizar normas jurídicas. Facilitou-se a exploração e aniquilamento dos considerados inócuos para o mercado de trabalho, permanecendo inabaladas as ambições do capitalismo, por meio do Direito Penal e da prisão, ferramentas de manutenção do *status quo*¹⁴.

As asserções são patrocinadas pelo movimento da criminologia crítica, método criminológico que investiga o paradigma criminal a partir de suas raízes, radicalizando os entendimentos até então preestabelecidos. A criminalidade converte-se numa definição, deixando de ser lida como uma realidade objetiva, trazendo a lume quem tem o poder de definir as condutas criminosas e quem sofrerá com a deliberação. A

¹² YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

¹³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 282.

¹⁴ ZILIO, Jacson Luiz. O que resta da criminologia crítica. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 95-107, maio 2015, p. 102-103.

categorização de delinquente passa pela verificação produzida pelos efeitos estigmatizantes do sistema penal, operacionalizando a política de controle social.

1.2 Papel da criminologia crítica para compreensão da política de controle social

A criminologia, ao longo de sua existência, percorreu variados caminhos, díspares entre si, cada qual com sua metodologia de abordagem, corpo social analisado, estudiosos dedicados e resultados encontrados. Inobstante, apesar de algumas teorias se constituírem como inovadoras e promissoras, não se sustentaram no decorrer dos anos, sendo superadas conforme a própria ciência criminológica desenvolveu-se, consoante a evolução das sociedades.

Neste sentido, a criminologia crítica, é tratada aqui não especificamente como uma teoria concreta, mas uma metodologia empregada com a finalidade de compreender o fenômeno delitivo a partir de suas raízes, conjugando, para tanto, elementos interdisciplinares, em especial, caracteres jurídicos, sociológicos e econômicos.

Para tanto, indispensável aliar-se a figura do *labeling approach*. O instituto une duas conceituações, reciprocamente interdependentes, a fim de elaborar a sua tese central. A partir das ideias de conduta desviada e reação social, aponta que tanto o desvio quanto a criminalidade não são características inerentes, naturais à ação, ou mesmo um ente ontológico preconcebido à reação social e penal. Não obstante, é uma qualidade atribuída, um etiquetamento¹⁵ (daí o termo "*labeling*") de certos indivíduos, mediante processos complexos de interação social, formais e informais de seleção e definição. Por esta razão, uma conduta não é criminosa em si mesma, tal qual o autor do comportamento ilegal não é um criminoso per se, sejam por peculiaridades em sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente.

¹⁵ A origem da terminologia partiu da observação de como os comportamentos desviantes variam conforme o grupo que os analisam e qualificam, que por si mesmo, já seria motivo de alerta quanto as possibilidades de julgamentos de desvio serem feitos de modo discricionário. Se considerar os atos infratores como inerentemente desviantes, obstrui o foco de senso comum presente naquelas situações e processos de julgamento (BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 17).

O enfoque da reação social, conhecido como o paradigma criminológico do *labeling approach*, vai de encontro a ontologização do delito¹⁶, da patologia do delinquente e da ideologia da pena vinculada às teorias preventivistas, fundamental para a posterior estruturação da criminologia crítica. O objeto da criminologia é redefinido radicalmente, o criminoso não é mais o ponto de partida da análise criminológica, mas ponto central do estudo de uma realidade socialmente construída¹⁷.

O direcionamento em questão destaca a impossibilidade de compreensão da criminalidade se não houver especial dedicação em como se comporta o sistema penal, que define e reage à delinquência, desde a elaboração das normas em abstrato à sua aplicação pelas instâncias oficiais. Dessarte, enquanto as jurisdições competentes não efetivam o controle social da delinquência, aquele que praticou a ação delituosa, embora tenha realizado o mesmo comportamento punível que outro já criminalizado, não será tratado pela sociedade e pelo Estado como tal¹⁸.

Vai ainda mais longe, quando exterioriza que se o crime é regularmente presenciado em todas as sociedades e, em contrapartida, a clientela do sistema penal é composta, preponderantemente, por pessoas pertencentes dos estratos sociais mais débeis, resta nítido que há um processo de seleção de pessoas, de etiquetamento dos criminosos. O sistema penal se direciona quase sempre contra um determinado grupo de indivíduos e não contra ações especificamente catalogadas como delitos. Como conclusão, os alvos do complexo penal é sim constituída em sua grande parte por pessoas pobres, não por terem uma tendência a delinquir maior que

¹⁶ Nils Christie, criminólogo abolicionista, é ainda mais categórico, defendendo que o crime não existe ontologicamente, estando em constante oferta, pois os atos suscetíveis a criminalização são uma espécie de recurso natural ilimitado. Atos não são, eles se tornam. As acepções são criadas concomitantemente aos seus acontecimentos, onde avaliar e classificar são dinâmicas humanas. A sociedade se mostra da forma como é construída por seus cidadãos, e o crime, uma das “manufaturas” culturais, mentais e sociais. Não despreza por completo as estatísticas criminais, ao passo que retratam os eventos percebidos e catalogados como delitos por uma dada sociedade, no entanto, elas mesmas não deixam de ser fenômenos sociais, revelando apenas o que o sistema vê como crime e está disposto a enfrentar (CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 29-30).

¹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 74-75.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 86.

as demais, mas porque justamente possuem maior probabilidade de serem taxadas, etiquetadas e criminalizadas¹⁹.

Em suma, o *labeling approach* expôs que a mera conduta desviante, objetivamente contrária ao modelo social ou ao ordenamento jurídico, por si só, não é suficiente para desencadear uma reação social. É necessária a satisfação de uma série de requisitos, concomitantes entre si, que vão da imputação da conduta desviante a um autor, que esta seja considerada violadora da norma legalmente prescrita, para que só assim seja atribuída àquela pessoa uma responsabilidade moral, que motiva a resposta da sociedade²⁰.

Todavia, a teoria do etiquetamento demonstrou a articulação dos processos de criminalização, limitando-se até este ponto. É igualmente necessário compreender os porquês de certos indivíduos serem considerados criminosos e outros não, mesmo tendo cometido a mesma conduta delitiva, cujas respostas começam a surgir com a ligação entre o capitalismo e a questão criminal.

Alessandro de Giorgi, ao discorrer sobre a aplicação do Direito Penal, diretamente endereçado para ocultar contradições do modo de produção capitalista, defende que o controle do desvio, por intermédio das instituições penais, é uma construção social para que as classes dominantes preservem as bases preponderantes. O Direito Penal, nas sociedades capitalistas, não são colocados a serviço e em prol de toda a coletividade, mas uma expressão clara do poder das classes melhores favorecidas²¹.

A análise crítica ao capitalismo é de suma importância para o desenvolvimento criminológico. As práticas das classes trabalhadoras criminalizadas, os delitos contra o patrimônio, as relações entre o mercado de trabalho e as estatísticas criminais, o aprisionamento desigual e a repressão à classe operária, pobres e resistentes. Visando o maior acúmulo do capital, distribuído nas mãos de poucos indivíduos, exerce-se o controle social, do trabalho e do corpo humano pelo Direito Penal, orientando os sistemas penais de encontro ao suposto poder punitivo em abstrato, pois, indubitavelmente, este tem íntima ligação com o sistema de produção²².

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995, p. 31-32.

²⁰ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 96.

²¹ GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 36.

²² BATISTA, Vera Malaguti, op. cit., p. 83-86, *passim*.

Como consequência, o horizonte social correlacionado a boa parte dos crimes praticados – ou comportamentos criminalizados, em particular contra a propriedade ou contra a ordem pública, está estabelecido. O mesmo ocorre com as variações da criminalidade, consecutivas a mudanças econômicas, temporárias e estruturais, no âmbito da livre concorrência mercantil e do capitalismo monopolista²³.

A criminologia crítica absorve as reflexões do *labeling approach* e os reflexos negativos decorrentes do capitalismo. Desmitifica o caráter imoral por natureza do crime, assim como capta a função ativa e constitutiva do controle social²⁴. Para Juarez Cirino dos Santos, o crime é o que a justiça criminal ou a lei definem ser, por mais que existam outras condutas que sejam mais danosas, mas que não aparecem nas estatísticas criminais. A definição legal de delito e dos responsabilizados manifesta um conteúdo ideológico nítido, apesar de defendida como neutra e até incontroversa²⁵.

Quando se analisa os processos de definição e o poder das agências de controle social, oficiais ou não, o comportamento desviado é aquele rotulado como tal. Num primeiro momento tratadas como condições e causas da criminalidade, de fato, são circunstâncias e motivos da criminalização, realizando-se de duas formas seletivas e continuas: a criminalização primária, quando as normas penais são elaboradas, na seleção dos bens jurídicos que serão protegidos penalmente; e, a criminalização secundária, a escolha dos indivíduos estigmatizados, dentre aqueles que cometem infrações legais, na ótica da aplicação destas diretrizes punitivas. Subsídios da criminologia, como a cifra negra²⁶ e as pesquisas de vitimização, apontam ser a conduta criminosa um comportamento normal, de até mesmo grande parte da sociedade. Contrariamente a esta acepção de criminalidade, a criminalização, enquanto processo desequilibrado de seleção, concentrado nas camadas mais débeis da sociedade, comporta estereótipos norteadores do controle penal, etiquetando aqueles que serão qualificados como infratores dos dispositivos jurídico-penais e objetos do exercício punitivo do Estado²⁷. Complementando, Alessandro Baratta aduz ser a criminalidade um “bem negativo”, cuja distribuição é

²³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, op. cit., p. 17.

²⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Proposições sobre o presente e o futuro da criminologia crítica no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 9-28, maio 2015, p. 21.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2008, p. 11.

²⁶ A soma dos crimes não apurados ou punidos é denominada cifra negra do Direito Penal.

²⁷ ZILIO, Jacson Luiz, op. cit., p. 99-100, *passim*.

feita dissemelhantemente, de acordo com a hierarquia de interesses em um sistema socioeconômico e com a desigualdade social das pessoas²⁸.

A crítica criminológica averigua como é a atuação prática do sistema penal e do seu conjunto de preceitos legais na sociedade de classes, aliado a outros modelos formais de controle social. Comprova, pela práxis, a contradição do discurso penal, ideológico a proclamação de uma igualdade e neutralidade que efetivamente não ocorrem, incumbindo assim, a criminologia crítica, trazer a lume o imperceptível²⁹.

Em seguida a inserção do método dialético do materialismo histórico, a criminologia crítica rompe com a tese de valores e interesses homogêneos resguardados pelo Direito Penal, a partir de dois momentos. Primeiramente, insere-se o pensamento da sociologia do conflito³⁰, e, posteriormente, incorpora-se a teoria econômico-política (materialista), que define o objeto do conflito, a associação político-social de algumas pessoas sobre outras. Os crimes expressam a convivência tensionada entre o corpo social e suas respectivas estruturas econômicas, políticas e sociais. Destarte, assente com uma ciência criminológica voltada a edificação do conhecimento efetivamente crítico à questão criminal, com o propósito de libertar os oprimidos de toda forma de arbitrariedade³¹.

Nota-se que a criminologia do conflito possibilitou, no prisma macrocriminológico, a modificação do foco da análise do desvio e do desviante, direcionado ao sistema de controle social. Permitiu a investigação da ciência criminal incorporada ao processo de formação das leis penais incriminadoras, questionando, assim, não somente as causas do crime, mas também os processos de criminalização

²⁸ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 161.

²⁹ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 32-33.

³⁰ As teorias sociológicas da criminalidade, quando do seu surgimento e desenvolvimento, dividiram-se em duas correntes teóricas, substancialmente diferentes e que não dialogam entre si: as teorias do consenso e teorias do conflito. A primeira vertente, composta pela Escola de Chicago, teoria da anomia, teoria da associação diferencial e teoria da subcultura delinquente, argumenta que o fim máximo da sociedade é alcançado quando suas instituições funcionam perfeitamente, de modo que todas as pessoas compartilhem objetivos comuns, consentindo com as regras vigentes dominantes, compreendendo a macrosociologia criminal a partir do paradigma etiológico, na captação das causas da criminalidade. Já para as teorias do conflito, representadas pela teoria do etiquetamento (*labeling approach*) e pela criminologia crítica, a organização da sociedade e a coesão em suas regras são fundadas na força e na coerção, onde alguns exercem a dominação sobre outros, por meio da política de controle social, refutando o modelo etiológico e pautando-se no paradigma da reação social, analisando os processos de criminalização e como a sociedade responde a estes comportamentos criminalizados (ABREU, Natasha Gomes Moreira. Teorias macrosociológicas da criminalidade. *Confluências*: revista interdisciplinar de sociologia e direito, Niterói, v. 20, n. 3, p. 99-118, 2018, p. 100).

³¹ ZILIO, Jacson Luiz, op. cit., p. 101-102.

primária, a maneira seletiva de atuação das agências judiciais e o controle dos criminalizados³².

As proposições feitas pela criminologia crítica concluem que o Direito Penal não é empregado apenas para defender todos e somente os direitos essenciais aos cidadãos. Estes bens jurídicos sequer são ofertados uniformemente entre os indivíduos. Quando pune possíveis ofensas, consome com fragmentariedade e intensidade desiguais, pois a lei penal não é para todos, e, a condição de criminoso é distribuída desproporcionalmente entre as pessoas, independente do dano social causado pela conduta delitiva e da gravidade das infrações à lei. Portanto, a criminologia crítica se dirige a crença do Direito Penal ser um direito igual por primazia, transparecendo que na realidade, não é menos desigual que qualquer outra ramificação do direito. Não só isso, o Direito Penal se revela ser o âmbito jurídico desigual por excelência³³.

Para Jacson Zilio, a criminologia crítica possui um trajeto extenso adiante, empenhar-se na luta pelo Direito Penal mínimo, marcado por uma política criminal das classes menos favorecidas, fundada nos direitos humanos e raízes histórico-sociais. Uma conjuntura minimalista do controle social pelo Direito Penal, incumbindo a criminologia crítica romper com os marcos opressores do *ius poenale* desigual, conduzindo à transformação do Direito Penal igualitário³⁴.

Firmada pelo realismo marginal, modelo de minimalismo jurídico-penal de Eugenio Raúl Zaffaroni, a coculpabilidade penal possui traços claros da abordagem crítica criminológica, em especial atenção não só às comunidades periféricas, mas aos países marginais na totalidade, como é o caso do Brasil, conduzindo a ruptura dos ditames discricionários do sistema penal e da política de controle social.

1.3 Realismo marginal e a coculpabilidade penal

A criminologia da reação social, no âmbito da América Latina, encontrou território fecundo para o seu aparecimento e desenvolvimento, diante das disparidades presentes nos sistemas penais dos países marginais, oportunizando à

³² CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, Ano 21, p. 279-303, set.-out. 2013, p. 283.

³³ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 162.

³⁴ ZILIO, Jacson Luiz, op. cit., p. 105-106.

crítica criminológica expansão de suas bases metodológicas e comprovação das incongruências, bem como as mudanças drásticas, demandadas aos discursos jurídico-penais e aos complexos criminais.

Zaffaroni defende que as respostas da criminologia para regiões centrais são inaplicáveis aos setores marginais do globo terrestre. Invariavelmente, serão defeituosas e incompletas logicamente, as situações não se assemelham a ponto de permitir uma aproximação entre ambas as realidades. Vem a calhar, então, que sejam conjugados componentes teóricos e práticos, a partir de critérios que aproximem a questão criminal a parâmetros que hierarquizem e defendam a vida humana e a dignidade da pessoa³⁵. Justamente esta premissa específica a qual é denominada realismo marginal, que sob a perspectiva criminológica, revela a repressão violenta experimentada pelos mais desfavorecidos³⁶.

O realismo marginal é um modelo de Direito Penal mínimo, fundado em perfeita simetria com os pressupostos da criminologia crítica. Na realidade periférica, em que o Brasil se insere, impõe um paradigma teórico particular, apto a interligar o Direito Penal e a criminologia, diferentemente do que acontece nos países centrais, onde as construções teóricas relativas ao *jus puniendi* já se encontram solidificadas, a ponto de perpetuarem com facilidade no campo jurídico³⁷. Logo, o realismo jurídico-penal marginal concebe o paradigma do Direito Penal equilibrado e sincrético, concentrando diferentes elementos teóricos, propenso a viabilizar uma leitura integral da realidade periférica e propriamente hábil a transforma-la, inverossímil pelos caminhos da criminologia tradicional³⁸.

A proposta de Zaffaroni abrange as três dimensões das ciências criminais, criminologia, política criminal e Direito Penal, simétrica a abordagem contextual do presente trabalho. Em princípio, no enfoque criminológico, aproxima as ferramentas operacionais do sistema penal com a intenção de encontrar meios eficazes a diminuir seus níveis de violência, como enfoque imediato, e, suprimi-los, na perspectiva mediata, estabelecendo objetivos planejados utópicos, ou melhor, intentos ainda não

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 160-161.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, p. 24.

³⁷ Cf. DEL OLMO, Rosa. Criminología y derecho penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 10, n. 37, 1987.

³⁸ DEVOS, Bryan Alves. *(In)Segurança, Cidadania e Poder Punitivo: crítica ao utilitarismo penal reformado e readequação da missão do direito penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal*. 2016. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Rio Grande, 2016, p. 145-150, *passim*.

realizados, mas factíveis. Não obstante, entende que a política criminal e a criminologia não podem ser compreendidas separadamente, pois o saber da segunda está previamente condicionado e delimitado pelas intenções da primeira, significando que esta é a sua função colaborativa. Vai ainda mais além, ao sustentar que a criminologia não consiste em uma ciência, mas em um saber, crucial para instrumentalizar a decisão político-criminal, de salvaguardar os indivíduos e reduzir a violência. Por fim, aduz que a dimensão do Direito Penal no realismo marginal soa um tanto quanto mais complexa, dado que o discurso jurídico-penal se deslegitima com a própria quebra dos padrões do sistema penal. Não causa embaraço, todavia, para que seja construído um novo discurso jurídico-penal, metódico a limitar o poder do sistema penal, abrandar seu ímpeto violento, valendo-se dos saberes criminológicos sobre como os complexos criminais são operacionalizados oficialmente, com parâmetros decisórios ético-políticos que priorizem a vida humana e os direitos dela derivados³⁹.

Tem que se compreender a pluralidade marginal, seus problemas e dramas do cotidiano, via de regra, mais incisivos quando comparados aos modelos centrais. É vivenciado um holocausto normal do nosso dia-a-dia⁴⁰, cuja maioria dos padecimentos sociais é causada pela postura do Estado, de modo comissivo ou omissivo⁴¹. Assim sendo, a definição de marginal simboliza pontualmente a aplicação do Direito Penal àqueles que estão à margem da proteção do Estado, que não são beneficiados com as políticas públicas de proteção social, panorama de perficiente subsunção da coculpabilidade penal⁴².

Salo de Carvalho retrata que o vínculo da criminologia crítica com os movimentos sociais, atuando com prática política, concebe uma organicidade que enseja o nascimento daquilo que denomina como criminologia da práxis. Sugere a ruptura com modelos puramente teoréticos, pois a realização prática da criminologia é um saber revolucionário, subversivo e inovador, revelando um caráter político, a contribuir para a transmutação social⁴³. Nesta esteira da compreensão da criminologia

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 171-172, *passim*.

⁴⁰ Cf. KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018. E também Cf. CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de.(Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: PPGSD, 2007, p. 138.

⁴² FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 171-192, jul. 2016, p. 182.

⁴³ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 292.

da reação social, reconhece-se ser indispensável para a captação dos fundamentos que constituem a coculpabilidade, distanciando de discursos jurídico-penais legitimantes e trazendo à baila as mazelas do sistema penal⁴⁴.

A esfera de projeção da criminologia crítica é indicada pela sintonia dos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos e da pauta político-crimal. Os direitos humanos devem ser reputados como objeto e limite do Direito Penal, assumindo uma dupla função. Preliminarmente, contém em si uma função negativa, correlacionada aos limites da intervenção estatal por meio do *jus puniendi*. Posteriormente, o encargo positivo, indicando o possível objeto da tutela penal. É instruída, assim, uma estratégia a conter a violência punitiva, compromisso prioritário de uma política criminal alternativa de controle social. Factível estabelecer o rumo definido à criminologia crítica, suficiente a suprimir tendências utilitárias de viés punitivista, revitalizando seu campo teórico a movimentos sociais e nominando-a como a criminologia dos direitos humanos, como propõe Lola Aniyar de Castro, abrindo espaço também para ingerências político-criminais em conjunção com a realidade social, a práxis criminológica⁴⁵.

A proposta de uma criminologia dos direitos humanos combina e é potencializada quando planificada a partir do realismo marginal proposto por Zaffaroni, denunciando violações de direitos humanos e promovendo eficazmente a tutela destas prerrogativas. Imperioso asseverar que a marginalidade não se resume a regiões periféricas no contexto geopolítico mundial, mas fundamentalmente na operação dos poderes centrais, etiquetando e estigmatizando aquelas pessoas que serão alvo das violências consumadas pelo sistema penal⁴⁶.

Os estudos dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, bem como a busca por alternativas na política criminal, são as principais tarefas que incumbem aos teóricos da criminologia crítica. Inegavelmente, apenas uma análise radical dos mecanismos e das reais funções do sistema penal, pode tornar verossímil a adoção de estratégias alternativas do controle social do desvio⁴⁷.

A coculpabilidade penal, fundamentada pela criminologia crítica e na perspectiva do realismo jurídico-penal marginal, incide neste prisma de política

⁴⁴ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. *Coculpabilidade penal: uma questão social*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 145.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 297-298, passim.

⁴⁶ Ibid, p. 299.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 197.

criminal alternativa, ao passo que conduz ao reconhecimento da influência de fatores sociais na seara criminal, associados a deficitária prestação do Estado em ofertar direitos básicos a população marginalizada, e, o característico influxo do senso comum, que tece barreiras ao rompimento da psiquê social para ideologias preconcebidas e que se mantêm inalteradas. Para Aury Lopes Junior, de maneira desoladora, opta-se pela gestão da pobreza não pela implementação e performance de políticas públicas, mas por meio do Direito Penal, servindo à sociedade com a função de excluir os marginalizados que não contribuem com o capitalismo⁴⁸.

Com as arguições até aqui construídas, é necessário frisar que a coculpabilidade penal não irá questionar a existência de condutas reprováveis, danosas ao convívio social. No entanto, permanece inalterável o fato de que a criminologia crítica, a partir do paradigma da reação social, comprova a existência de incongruências nos processos de criminalização, agravadas no contexto de países periféricos como o Brasil, com base no realismo jurídico-penal marginal. Certamente, a coculpabilidade, por trazer à baila a realidade socioeconômica brasileira de forma meticulosa, transfigura-se em uma ferramenta primordial para a concretização de um Direito Penal pautado no realismo marginal, que procura entender o acusado, em sua completa heterogeneidade de componentes e em sua integral singularidade⁴⁹.

Contrapõe-se, de fato, ao entendimento de Grégore Moreira de Moura, que tem cognição diversa ao tratar da adequação da coculpabilidade penal, quando incorporada à ciência criminológica. Projeta a coculpabilidade penal na teoria da anomia de Robert Merton, modelo readaptado da teoria da anomia de Durkheim⁵⁰, um dos exemplos teórico-sociológicos das teorias do consenso. Declara que é um dos elementos valorativos da coculpabilidade, porquanto reconhece a inadimplência

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 22.

⁴⁹ PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 210.

⁵⁰ Por intermédio da reviravolta criminológica que as teorias sociológicas, introduzidas por Durkheim, que o estadunidense Robert King Merton desenvolve sua teoria estrutural-funcionalista, pautada na anomia e criminalidade. Este afirma que causas de desvio, em regra, não devem ser objeto de pesquisa, bem como fatores bioantropológicos e naturais, tais como o clima e a raça, ou ainda, a situação patológica da estrutura social. Defende ser o desvio um fenômeno normal, presente em toda organização social, e, tão somente quando ultrapassados os limites, o desvio é negativo, gerando desordem na sociedade e a anomia. Caso contrário, obedecidos os padrões fronteiriços, o comportamento desviante é necessário e útil, ao equilíbrio e desenvolvimento sociocultural, tal como para o sociólogo francês (BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 59).

estatal na promoção de direitos e permite uma inferior reprovação penal, àqueles que se sustentam no desequilíbrio tensionado entre os objetivos culturais e os meios organizacionais⁵¹.

Sem embargo, a teoria da anomia, para Moura aplicável à coculpabilidade penal, sofreu críticas igualmente adequadas ao modelo central do presente trabalho, não explica todas as formas de desvio social. Outrossim, esta teoria opera com a ideia de função ideológica estabilizadora, almejando legitimar de maneira científica a imagem da criminalidade tradicional, como específica das classes mais pobres da sociedade⁵². Embora consonante em dados aspectos, contesta-se o cunho claramente segregador presente na teoria e defendido pelo autor, porquanto vai de encontro ao apregoado na coculpabilidade penal, somada a adoção de uma das teorias do consenso, partidária da fictícia existência de causas previamente determinadas para o cometimento de crimes.

Isto posto, a coculpabilidade penal, ao apontar a falha atuação estatal na efetivação de políticas públicas, ou, na provisão dos bens e utilidades da vida, à grande parte da população brasileira, em particular, as camadas menos favorecidas da sociedade, que decide regular as situações de vulnerabilidade social pelos mecanismos criminalizantes de controle social, desponha como um instituto indispensável sob duas perspectivas: na primeira, auxilia no aclaramento das práticas nos sistemas penais, marginalizando os que compõem as esferas mais débeis; na segunda, a partir da criminologia crítica, com enfoque do realismo marginal, reforça a inevitabilidade na adoção de expedientes efetivos a contribuir para a atenuação do cenário negativo apresentado.

⁵¹ MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, Edição Digital.

⁵² ABREU, Natasha Gomes Moreira, op. cit., p. 108.

2 POLÍTICA CRIMINAL E O DILEMA DA POLARIZAÇÃO SOCIAL

Realizada a adequação teórica da coculpabilidade penal à criminologia, primeiro pilar das ciências criminais tratado, cuida-se de ora em diante da harmonização entre o instituto central do presente estudo com a política criminal. Não obstante a existência de intrínseco liame entre a criminologia e a política criminal, antepôs-se, para melhor assimilação, desprender em dois capítulos distintos, focalizando cada componente correlacional e no decorrer da construção argumentativa, coadunar a coculpabilidade penal aos sustentáculos científico-criminais, bem como uns com os outros.

A política criminal pode ser compreendida como um conjunto de recomendações e princípios, decorrente de uma série de fatores, subsídios estes aptos a reformar e transformar a legislação criminal e os atinentes órgãos responsáveis por sua aplicação. O progresso e mutação social contínuos, as novas ou antigas propostas ao Direito Penal, as experiências desempenhadas pelas instituições integrantes do sistema penal e a evolução criminológica, são fontes para sua otimização. Para Nilo Batista, concorde ao precedentemente esboçado, entre a criminologia e a política criminal existe relações de distinção e aproximação, e, quando combinadas, são suficientes a interpretar e transformar certa realidade no campo criminal⁵³.

Cientificamente, a política criminal explora o fenômeno criminal na esfera político-legislativa, a formular e concretizar propostas de precaução e combate à criminalidade, a partir de parâmetros socialmente aceitáveis, valendo-se de um sistema de táticas e estratégias, fundado em metas previamente definidas. A política criminal propicia a práxis, tendo como ponto inicial as investigações criminológicas sobre a realidade do crime, consubstanciando alternativas avocáveis pelo legislador e pelos poderes públicos⁵⁴.

Mormente, é importante frisar que a política criminal não se ocupa exclusivamente – e nem se deve assim razoar, a contribuir cientificamente no sentido de projetar renovações legislativas com finalidade de aumento no ímpeto penalizador, expandindo o poder punitivo e as consequências do ilícito penal. Conquanto, a

⁵³ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 34.

⁵⁴ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Introdução às ciências criminais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 155.

recepção de uma política criminal alternativa, tal qual a coculpabilidade penal, encontra vicissitudes a serem superadas, argumentos hodiernos como a influência social e midiática na política criminal, assim como acolhimento de ideologias que conduzem a uma verdadeira política criminal do inimigo.

Discorrer-se-á estritamente acerca dos pontos controvertidos que colaboram para o rumo da política criminal atual no Brasil, em particular atenção na difícil desconstrução do senso comum sobre o campo criminal, a seletividade penal manifesta nos sistemas prisionais, e, como a coculpabilidade penal corporifica a admissão de uma política criminal singular, atenta ao realismo jurídico-penal e assente aos pontos retratados pela criminologia crítica.

2.1 Influência social e midiática na Política Criminal

As políticas penais, tratadas em concatenação com as políticas criminais, vêm ganhando força e tomando forma com o passar dos anos no Brasil, reforçando discursos punitivistas, que vão de encontro a possíveis adoções de critérios que sejam contrários à ideia de punir para proteger.

As políticas de controle, por meio do Direito Penal, são legitimadas pela idealização de defesa da sociedade, e, direta ou indiretamente, por seu atributo segregador. A cultura do medo no corpo social e o comportamento midiático são determinantes neste processo de difusão de políticas punitivas, policiais e segregacionistas, legitimadas pela própria população. Invoca-se estratégias para neutralizar e disciplinar as classes sociais menos favorecidas, respaldando a implantação de sistemas penais mais austeros. A mídia ocupa-se a formar no seio da sociedade, opiniões que justifiquem a elaboração de políticas penais canalizadas para as classes que representam perigo a comunidade, culminando em propostas de repressão punitiva, encarceramento e segregação da população rotulada como perigosa. Neste panorama conturbado e antinômico, as asserções que ligam a miséria à violência são defendidas e disseminadas, cujas forças são renovadas pelos veículos de comunicação de massa, ampliando os sentimentos de insegurança e medo⁵⁵.

⁵⁵ OLIVEIRA, Laura Freitas. Questão social e criminalização da pobreza: o senso comum penal no Brasil. *Revista em Pauta*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 43, p. 108-122, maio 2019. Universidade de Estado do Rio de Janeiro, p. 112-113, *passim*.

A expansão penal perpassa, indiscutivelmente, pelos contínuos incentivos dos veículos midiáticos, transmitindo constantes contextos de violência, por vezes mais virtuais do que reais, assumindo lugar de notoriedade na estruturação da realidade social, posto que, de maneira discricionária, divulga as informações a partir da triagem dos fatos a serem veiculados e como estes serão enquadrados contextualmente, impulsionando a população a rogar por mais segurança, materializada na figura do Direito Penal. Como resposta aos anseios sociais, o Estado responde com medidas a acalma-los temporariamente, sem adotar, contudo, ações efetivamente concretas para dar cabo aos problemas sociais, ou ao menos atenua-los, pois estes exigem uma abordagem coerente, pautada em estudos científicos, empíricos e valorativos, outorgando ao Direito Penal uma atuação apenas coadjuvante, quando estritamente necessário (*ultima ratio*). Permanece intacta a seletividade do sistema jurídico-penal, dado que não promove qualquer alteração prática no quadro da criminalidade. Malgrado a ampliação, quantitativa e qualitativa, dos tipos penais, os cidadãos a serem etiquetados, rotulados como criminosos e segregados socialmente, permanecem os mesmos. Por consequência, as orientações político-criminais cooperam a configurar um estado preventivo, estendendo interpretativamente a conceituação de bem jurídico, criminalizando toda e qualquer conduta que considere danosa ao conjunto social, deixando-a a encargo do sistema penal⁵⁶.

A grande mídia propaga conscientemente ideais punitivas, cruéis e segregadoras, com o subterfúgio de o fazer em prol da sociedade, alertando-a, transmitindo uma suposta ineficiência penal, que é personificada na ideia de impunidade, pouco se importando com as consequências finais e sem dimensionar o alcance do discurso de ódio que pregam. Assim, Salah Hassan Khaled Júnior instrui que o “discurso de ódio da grande mídia faz com que qualquer medida de intensificação da repressão seja comemorada, pois a percepção generalizada é de que o sistema é conivente com a criminalidade”⁵⁷.

O que não se pode desprezar (e normalmente é o que acontece), é a existência de um grave perigo em se adotar as “verdades” midiáticas como absolutas, posto que

⁵⁶ BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do Direito Penal e a cultura punitiva. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 1, n. 4, p. 95-113, jan.-jul. 2013, p. 105-106, *passim*.

⁵⁷ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, op. cit., p. 58.

trazem concepções simplificadas – e por vezes distorcidas, algo que é inconcebível para situações que envolvam o cometimento de infrações penais⁵⁸.

A violência criminal, da forma como é reproduzida pelos meios de comunicação de massa, é fundada, não eventualmente, no sensacionalismo, com o interesse em angariar audiência. A indignação moral do corpo social é excitada pelo grau de crueldade criminosa exposta, quando da propagação de imagens do sistema penal pelos veículos midiáticos, comumente distorcidas, afastando a complexidade de múltiplos elementos que o envolvem, impondo a preservação de ideológica realidade ao fenômeno criminal⁵⁹.

Com efeito, a mídia delibera e manipula, construindo e reproduzindo os chamados pânicos morais, rotulando seus alvos, minorias ou grupos étnicos, gerando graves violações a direitos humanos, servindo como uma espécie de invólucro, tornando inacessíveis os reais problemas da criminalidade⁶⁰. Stanley Cohen, ao explicar como o fenômeno do pânico moral é edificado e apresentado no corpo social, compreende que quando os indivíduos são expostos à violência, nos diferentes âmbitos societários, consequentemente comportamentos agressivos se desencadeiam. Fortalecido pelo senso comum, pelas vozes de autoridades (magistrados) ou palavras autoritárias (profissionais), o pânico moral tende a se sustentar, ainda que por pura repetição argumentativa daqueles que o difundem⁶¹.

As verdades midiáticas são assumidas como irrestritas, em um pensamento simplificador e perigoso, especialmente em se tratando do sistema penal. Explicações simples não clarificam problemas complexos, podendo, inclusive, mascarar as suas reais naturezas e obstaculizar a compreensão das suas verdadeiras causas⁶². Em outras palavras, constrói-se o pânico moral por intermédio de um processo de interação social complexo, inventando ou produzindo um problema que era inexistente. De maneira afoita e exagerada, cria-se um estereótipo, enunciado por uma pessoa ou um grupo que, em tese, possuem uma condição moral de destaque e têm em vista a modulação da realidade, a partir das suas próprias perspectivas e

⁵⁸ GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 153-171, jul./dez., 2020, p. 167.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 131.

⁶⁰ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, op. cit., p. 144.

⁶¹ COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics: The creation of the mods and rockers*. Londres: Routledge, 2011, p. XX.

⁶² KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, op. cit., p. 148.

visões do mundo⁶³.

Porquanto, Stanley Cohen é enfático, assevera que costumeiramente as sociedades experimentam períodos de pânico moral. Seja por um episódio ou uma série deles, pessoa ou grupo passam a ser indicadas como verdadeiras ameaças aos interesses e valores do corpo social. São apresentados com estereótipos pela mídia de massa, cujos valores morais são determinados por aqueles que, supostamente, possuem credibilidade social e são capazes de difundir as soluções de como se lidar com o problema. Por vezes, o objeto do pânico moral é algo novo, em outros momentos, elementos que já existiram e são trazidos à lume. Certamente, passado certo tempo o pânico pode ser esquecido, no entanto, como principal reflexo, é capaz de acarretar repercussões sérias e a longo prazo, provocando mudanças no sistema jurídico, nas políticas sociais e no próprio viver daquela sociedade⁶⁴.

Os veículos midiáticos etiquetam, determinam quais pessoas serão taxadas como subversores da moral, tendentes a desestabilizar o equilíbrio social, idealizado a partir dos mecanismos da maioria conservadora. Na sociedade brasileira, em especial, o conceito de criminalidade consubstancia-se como o maior pânico moral divulgado pela mídia, e, a atuação irrestrita do Direito Penal, única solução possível, sem questionamento sobre seus motivos e circunstâncias.

Ante o desenvolvimento tecnológico, não somente as grandes corporações midiáticas assumem o papel de proliferar notícias. O movimento de ascensão das redes sociais estendeu consideravelmente o alcance informativo. Qualquer pessoa pode colaborar com este expediente de comunicação, dotado de notável dinamismo. Dessarte, ações e reações, iniciadas pela mídia, recepcionadas socialmente e disseminadoras do pânico moral, fomentam práticas negativas a coletividade.

Em complemento, Luiz Fernando Kazmierczak alude que embora a sanção penal tenha uma natureza dúplice, reprimir os danos produzidos e previr que outras pessoas ajam do mesmo modo, a coletividade idealiza apenas o caráter retributivo da reprimenda criminal, pois é somente por meio dela que se pode fazer justiça. Defende ainda que os envolvidos no sistema de justiça devem priorizar uma posição equilibrada do Direito Penal, refutando eventuais possibilidades de encarceramento que não sejam estritamente necessárias a manutenção harmônica da sociedade. Em

⁶³ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Videogame e violência: cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 46.

⁶⁴ COHEN, Stanley, op. cit., p. 1.

contrapartida, a mídia influi na formação da consciência social, de que se deve responder um malefício com outro posterior de maior intensidade. Fomenta os princípios do Direito Penal máximo, gerando pressão popular para o crescimento do poder punitivo e penas mais severas. Impende, então, aos comprometidos com o sistema de justiça, discernir a complexidade da esfera criminal, sobejando ao Direito Penal atuar subsidiariamente⁶⁵.

Em conclusão, fica cognoscível que a influência midiática, o enrijecimento do senso comum sobre o fenômeno criminal e o pânico moral são resistências reais a qualquer mudança de paradigma na política criminal, que tente direcioná-la para visões alternativas à aplicação do Direito Penal. A identificação destes mecanismos, presentes em qualquer sociedade, são indispensáveis à idealização da política penal, fazendo emergir questões veladas, como a adoção de uma política criminal do inimigo.

2.2 Política criminal do inimigo⁶⁶

Considerando os elementos apresentados, que embaraçam a atuação político-criminal de modo diverso ao vislumbrado habitualmente, ou seja, no sentido de guiar-se por rotas progressistas, a concretizar transformações legislativas, conduz-se a percepção de que a política criminal, enquanto integrante das ciências criminais, opera em sentido análogo ao externado pela criminologia.

A dificuldade na ruptura do paradigma político-criminal é refletida pelas múltiplas esferas do sistema penal, facilitando o entendimento de que certos grupos possuem mais chances de serem taxados como criminosos, isto é, serem criminalizados, solidificando o caráter seletivo e segregador do Direito Penal, a fundamentar a existência real daqueles tidos como inimigos, da sociedade e sua harmonia vivencial, das estruturas construídas e solidificadas pela maioria, mantendo inalterados padrões experienciados. Tem-se a ambição de atestar tais diretrizes, e, a

⁶⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 151-152, *passim*.

⁶⁶ Emprega-se o termo política criminal do inimigo diferentemente do conceito introduzido por Walter Benjamin, contemporaneamente apoderado por Giorgio Agamben, acerca do estado de exceção. A terminologia é empregada com a finalidade de abordar a utilização de mecanismos da política criminal para selecionar certos indivíduos na sociedade e considera-los inimigos, subversores do regramento legal. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. E também Cf. PINTO NETO, Moysés da Fontoura. Política Criminal do Inimigo: em busca da correta delimitação teórica. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 100, p. 277-297, jul.-set. 2011.

partir da conjectura apresentada, preconizar alternativas para a política criminal, amoldando-a assente aos direitos humanos. Logo, o construto argumentativo é confirmado de maneira empírica, fundamentalmente como consequência do aprofundamento de tópicos essenciais para a cognição da política-criminal na perspectiva contemporânea.

O desencadeamento de situações correlatas à política criminal tem como ponto de partida, fase prévia à própria conduta delitiva, repetindo-se na aplicação da legislação criminal. Alessandro Baratta ressalta que estão situados nas camadas mais débeis da sociedade os grupos de pessoas que dispõem de maiores chances de serem criminalizadas, compondo por consequência a população criminosa, estimulados pelas precárias – ou inexistentes – condições de trabalho, limitações de inserção social, familiar e escolar, características na vida dos indivíduos marginalizados. Enquanto a criminologia positivista e parte da criminologia liberal contemporânea consideram indicativos dos fundamentos da criminalidade, com base na criminologia crítica, esclarece ser os critérios dos quais a condição de criminoso é atribuída. Ao aprofundar-se na fragmentariedade do Direito Penal, tal como dos mecanismos seletivos do sistema, é viabilizada uma investigação sociológica (teórica e empírica), e, mostra o cenário punitivo na sociedade capitalista. Correlacionando desigualdade e Direito Penal, nota-se que não apenas a legislação penal é formada e aplicada com características seletivas, refletindo as desigualdades vivenciadas, mas o âmbito jurídico-penal, por excelência, detém uma função ativa de produzir e reproduzir relações de desigualdade. Em um primeiro momento, a aplicação seletiva das sanções penais que rotulam indivíduos e, o cárcere, superestrutura primordial para preservar as relações de verticalidade na sociedade, recaem negativamente mormente nas estratificações sociais menos favorecidas, frustrando as possibilidades de ascensão social dos membros destas camadas. Posteriormente, determinados comportamentos ilegais são punidos, encobrendo um número grande de condutas criminosas que permanecerão isentos dos processos de criminalização⁶⁷.

André Ribeiro Giamberardino converge sobre a missão velada da pena, função real em articular a produção e reprodução da diferenciação social. Impõe-se àqueles criminalizados a degradação, posicionando-os no mais baixo estamento da hierarquia

⁶⁷ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 165-166, *passim*.

social, convertendo, por vezes, um mero transgressor em criminoso, efetivando a manutenção da desigualdade social, econômica e política⁶⁸.

A intensa seletividade do *jus puniendi* faz parte da macroestrutura social, é indissociável, ou por outra forma, não pode ser suprimida totalmente, apenas atenuada. Zaffaroni esclarece que quanto mais poder punitivo se dá ao Estado, por meio da legislação penal, paralelamente maior será o âmbito arbitrário e seletivo das agências de criminalização secundária, reduzindo, equitativamente, os meios de contenção do controle punitivo⁶⁹.

No que lhe concerne, o cárcere reflete os atributos da sociedade, principalmente as características negativas. Conquanto as relações sociais e de poder, na subcultura carcerária, detenham uma soma de particularidades que tornam distintas da sociedade externa, aquela é uma ampliação da estrutura desta, guarnecida das mesmas peculiaridades típicas da sociedade capitalista. São convívios sociais que se baseiam no egoísmo e violência ilegal, porquanto as pessoas socialmente mais débeis serão explorados e colocados em contexto de submissão. Não é exequível discutir sobre educação e reinserção na sociedade, sem antes realizar uma análise dos valores e comportamentos do corpo social, onde se quer – ao menos teoricamente – reinserir o preso. Baratta, neste raciocínio, conclui que primeiramente, a reeducação deve ser iniciada na sociedade, previamente a exigí-la do condenado; precedentemente a modificar os marginalizados, é impreterível transformar a própria sociedade excludente, causando a ruptura da raiz do aparelho de exclusão⁷⁰.

O sistema penal etiqueta alguns inimigos, rotula aqueles que serão assim considerados, os quais serão exibidos à sociedade como ameaças, tendo como objetivo combater-los, em prol da ideológica harmonia e paz social. O objetivo finalístico é escolher, baseando-se em perfis estereotipados, aqueles que assumirão o papel de inimigos, da sociedade e do Estado, vivenciando este título introjetado, cuja tarefa seletiva é diligenciada pelas agências de controle⁷¹.

Sem embargo, a reflexão de que muitas pessoas são vistas como inimigas, naturalmente verificável quando exploradas as contribuições criminológicas e da

⁶⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro, op. cit., p. 13.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 170.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 186.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 225-226, *passim*.

política-criminal, não podem conduzir à aceitação resignada, menos ainda uma legitimação, mesmo que parcialmente, posto que estas noções são dissonantes ao Estado Democrático de Direito. Do contrário, ao fazê-lo, como consequência da constatação de uma realidade, o “ser” estaria sendo confundido com o “dever ser”, o real com o ideal, passando da constatação para a legitimação. Vem a ser oportuno detectar o nível de realização do Estado de Direito, porque, tendo estas informações como base, o real e o concreto, tem-se a possibilidade de avançar na direção do dever ser. O Direito Penal deve ser orientado pela política-criminal, para constatar os defeitos viventes no sistema penal, e, ulteriormente, exercer e otimizar ao máximo o poder jurídico de contenção para dizima-los⁷².

Portanto, a política criminal no Estado Democrático e Social de Direito, tal qual configura-se no Brasil, deve ter o compromisso de orientar o Direito Penal, rumo a aplicação jurídica do domínio penal traçado nos direitos humanos e com atenção ao regramento constitucional vigente. Destarte, a coculpabilidade penal estampa uma perspectiva alternativa e realista para a política criminal, embasada como contraponto à política penal.

2.3 Política criminal alternativa e a coculpabilidade penal

No transcorrer deste capítulo, o propósito estabelecido foi elucidar quais são as barreiras factuais, que obstam possíveis mudanças substanciais na política criminal. Nota-se que a participação social e estatal modulam a forma como esta unidade das ciências criminais é executada, proficiente a manter inalteradas convicções preestabelecidas para com o fenômeno criminal.

Entretanto, pela mesma trajetória, trouxe à baila um panorama que, uma vez de encontro com o Estado Democrático e Social de Direito, em divergência com ditames de igualdade, não é razoável que se tolere.

É primordial resgatar uma proposta de política criminal realista e alternativa, para que a penalismo neoliberal não transforme o ente estatal em um Estado penal. A partir da criminologia crítica, buscar-se-á compreender e explicar as formas de violência dentro da coletividade social, sem se esquecer do comprometimento político de transformar a realidade social, factível por meio da interpretação dialética entre a

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 178.

teoria e a prática, a práxis criminológica abordada em momento anterior⁷³. Ademais, a criminologia crítica ainda tem a atribuição de crítica social à política criminal do Direito Penal, alinhando, deste modo, os três pilares das ciências criminais, na direção da comunidade idealizada, solidária e fraterna, de menos violência e mais atenção aos direitos humanos e fundamentais⁷⁴.

A política criminal alternativa representa, embasada na criminologia como fundamento crítico do Direito Penal, alterar o núcleo de concentração do sistema de controle penal, das classes subalternas para os delitos graves, perpetrados pelos membros das classes dominantes e que retratam fidedignas ofensas aos direitos humanos. Fundamentada nas classes marginalizadas e tendo os direitos fundamentais como referência material, o modelo alternativo da política criminal representa, por um lado, estratégias de descriminalização, despenalização e demais variações de punição das ações praticadas pelas classes inferiores socialmente, verdadeiras causas da morosidade e ineficiência da justiça criminal. Em contrapartida, valer-se e concentrar o emprego do Direito Penal à proteção dos bens jurídicos lesados pelas classes prevalecentes, que beneficiam exclusivamente a si mesmos e a sociedade capitalista⁷⁵.

Em conformidade com trabalho precedentemente efetuado⁷⁶, a ideia proposta, apoiada na ótica da política criminal alternativa, constitui verdadeira ruptura do paradigma relacionado a análise científica da criminalidade. Estes macrocrimes – pela extensão de seus revérberos - são praticados por agentes diversamente daqueles verificados quando da análise de dados, da população presente no sistema carcerário atual, e, constituem-se a partir da subsunção do fato à norma de crimes igualmente dispares das infrações comuns. Edwin Sutherland destaca que os estudos, bem como as estatísticas relacionadas à criminalidade, são aqueles com enfoque na “criminalidade comum”, normalmente praticada pelas camadas sociais mais baixas, causada por fatores relacionados à pobreza. Há certa negligência quanto aos comportamentos criminosos dos indivíduos de colarinho-branco, cuja prática poderia ser atribuída não somente àqueles que estão ligados a atividades econômicas degradantes, como charlatões (*quacks*), e devedores contumazes (*dead-beats*), mas

⁷³ Cf. Subcapítulo 1.3 deste trabalho.

⁷⁴ ZILIO, Jacson Luiz, op. cit., p. 104.

⁷⁵ Ibid, p. 104-105.

⁷⁶ GIACOAIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 139-144.

também às grandes corporações⁷⁷. No Brasil, os macrocrimes protagonizam seus enquadramentos nos delitos contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, crimes licitatórios, contra a ordem previdenciária e lavagem de dinheiro. Desta maneira, os crimes do colarinho branco possuem um critério subjetivo, ao passo que seus agentes possuem respeitabilidade e um alto *status* social, considerando, assim, as condições pessoais do transgressor da norma penal e não a forma como é praticado⁷⁸.

Embora diversas as possibilidades de subsunção aos crimes do colarinho branco, o panorama carcerário contemporâneo conduz a percepções que vão de encontro a ideia de punição a tais práticas. Alessandro Baratta indica alguns elementos que explicam a escassa medida em que a criminalidade do colarinho branco é perseguida, tais como o prestígio dos autores das infrações, o pequeno efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a possibilidade de recorrer a advogados de renome ou ainda exercer pressões sobre os denunciante⁷⁹.

Nota-se que em relação a população carcerária no Brasil, atualmente conta com a terceira maior do mundo em quantidade de detentos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América e China. Ademais, 14,15% dos encarcerados praticaram crime de furto, 31,88% o delito de roubo e 3,43% de receptação, abarcando assim, apenas nos citados crimes contra o patrimônio, 49,46% da população carcerária masculina. No que concerne as mulheres presas, 4,96% estão detidas por furto, 15,72% por roubo e 1,67% por receptação. Além disso, o índice de presos por delitos, disciplinados pela Lei de Drogas, alcança 29,26% para homens e incríveis 64,48% para mulheres. São crimes comumente praticados pelos membros que se encontram nas camadas periféricas do corpo social. Aritmeticamente, aliando os crimes patrimoniais aos delitos previstos na Lei nº. 11.343/06, a soma relacionada a população carcerária masculina compreende 78,72% (setenta e oito vírgula setenta e dois por cento), enquanto a somatória da população carcerária feminina atinge 86,83% (oitenta e seis vírgula oitenta e três por cento)⁸⁰.

⁷⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [s.l.], v. 5, n. 1, p.53-74, 1 jan. 2014, p. 58.

⁷⁸ BECK, Francis Rafael. A criminalidade e o poder: o white-collar crime e a necessidade de uma análise a partir do Brasil. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p.32-53, dez. 2017, p. 43.

⁷⁹ BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 102.

⁸⁰ BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019, p. 46.

Dos mais de 1.600 tipos penais previstos no Código Penal e nas demais legislações penais do ordenamento jurídico vigente, apenas 4 deles compreendem uma parcela significativa dos crimes apurados: roubo, furto, receptação e o tráfico de drogas. Em vista disso, é legítimo ter uma percepção, não de quem é o criminoso no Brasil, quais crimes comete e em qual classe social se encontra. Diversamente, vislumbra-se apenas quais são os ilícitos penais apurados e quem é punido no Brasil, ou em outras palavras, como se dão os processos de criminalização⁸¹.

Evidencia, indubitavelmente, a não apuração ou punição para os crimes do colarinho branco, ou ao máximo, a persecução penal apenas em casos pontuais. O fato de não haver um número expressivo de prisioneiros por estes delitos não é sinônimo de inexistência, isto porque, restam algumas agravantes. No tocante ao delinquente dos crimes do colarinho branco, seu perfil psicológico muda consideravelmente, quando comparado aos agentes delitivos “comuns”. São figuras públicas, o que dificulta a identificação, o *modus operandi* e até quais operações criminosas realiza⁸².

Os custos e impactos econômicos e sociais de um único macrocrime são muito maiores do que um crime comum. Contudo, a ausência de agressividade física gera um tratamento diversificado, benigno e cuidadoso, por parte dos mecanismos judiciários, meios de comunicação e da própria sociedade⁸³. Igualmente, a classe de criminosos que compõem a elite do poder empreendem seus esforços para que este *status* elevado permaneça inalterado. Esta exata obsessão em manter seus privilégios impulsiona o cometimento dos macrocrimes, raramente apurados em face da fraqueza institucional e impunidade⁸⁴.

Não obstante, as consequências e reflexos advindos desta natureza de crimes ultrapassam relações verticais entre particulares. Apesar de serem menos perceptíveis dentro do corpo social, o prejuízo ao erário público é inegável. Consequentemente, o dano alcança um número incontável de pessoas, em especial os integrantes das classes sociais menos favorecidas.

⁸¹ Cf. Subcapítulo 1.1 deste trabalho.

⁸² MALDONADO, Asael Mercado. Excesos y criminalidad en la élite de poder. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, [s.l.], v. 7, n. 1, p.149-172, 12 jan. 2012, p. 153.

⁸³ SEGOVIA, Lautaro Ojeda. Tratamiento mediático de los delitos de cuello blanco o del poder. *Chasqui: Revista Latinoamericana*, [s.l.], n. 122, p.31-38, jun. 2013, p. 32.

⁸⁴ MALDONADO, Asael Mercado. Cit. p. 154.

Ao considerar que através dos macrocrimes, nas suas variadas possibilidades, seu agente angaria um ganho financeiro vultoso, alguém e ou um órgão estatal (ou ambos) sofrerá um prejuízo. Sempre haverá figuras que se encontrarão em divergência situacional. *Exempli gratia*, parte da arrecadação tributária dos municípios, Estados e União é destinada a composição do orçamento que será revertido na elaboração de políticas públicas, na efetivação de direitos fundamentais dos menos favorecidos, entre outras possibilidades que competem ao Estado e que dependem de receita para serem promovidos. Uma vez praticados crimes contra ordem tributária, os valores auferidos serão menores, o que por si só comprometeria a plena consecução. Se acrescentados os crimes de corrupção, que são crescentes no Brasil contemporâneo, desvios de verbas e locupletamento ilícito, o panorama passa a ser ainda pior.

Considerando o sistema penal brasileiro, Grégore Moura sustenta que os detentores do controle econômico agem de duas maneiras: criminalizam aquelas condutas que causam afetação em seus bens jurídicos patrimoniais, a fim de transmitir a sensação de segurança e tranquilidade para a sociedade, e, conduzem para segundo plano os crimes do colarinho branco, auxiliados, em ambas as hipóteses, pelos veículos midiáticos, resultando no padrão de criminoso no Brasil, pessoa pobre, com déficit de desenvolvimento cultural, social e econômico⁸⁵.

É permissível aduzir, assim, que direta ou indiretamente, a prática dos crimes do colarinho branco constituem-se como violações aos direitos humanos, preconizados na Lei Maior vigente, pois impossibilita a plena efetivação destas prerrogativas em virtude do acentuado. Logo, para Jacson Zilio, nas sociedades capitalistas, como o Brasil, a dinâmica crítica é no sentido de comprovar a ineficiência da justiça penal em oposição aos poderes dominantes, mantendo, tanto o sistema penal quanto o sistema social, injustos e desiguais, bloqueando investidas finalísticas, favoráveis a transformação de vida dos indivíduos historicamente marginalizados socialmente. Somente mediante a escolha por estratégias crítico-rationais, é possível conceber um outro Direito Penal, menos seletivo e sem privilégios as classes altas do corpo social⁸⁶.

Neste diapasão, a política criminal se apresenta como componente significativo para a reforma da legislação penal, integrado às demais ramificações das ciências

⁸⁵ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

⁸⁶ ZILIO, Jacson Luiz, op. cit., p. 105.

criminais. Em consonância, a coculpabilidade penal alia-se a este cenário da política criminal, ao reconhecer que a sociedade e o Estado detêm parcela de responsabilidade pelo cometimento de certos delitos, cooperando com a mudança da orientação político-criminal no Brasil, por meio de duas condições: ao atuar como critério paliativo da seletividade, presente na dogmática jurídico-penal, e, como trajeto que aspira o Direito Penal mínimo⁸⁷. A coculpabilidade penal, ao ser reconhecida, torna concreta a responsabilidade social de selecionar os bens jurídicos a serem protegidos, e, a partir desta concepção, aqueles que se interessa punir. Decerto, propicia uma observação equânime e justa, da reprovabilidade social e jurídico-penal do autor da conduta delitiva, censurando de maneira indireta o Estado e a sociedade, reais responsáveis pelos artifícios da marginalização⁸⁸.

Diante deste incongruente sistema penal, a coculpabilidade expressa-se como corretor da seletividade penal, denunciando a ineficiência estatal em cumprir com os encargos que lhe foram atribuídos pela Carta Constitucional, e, o *modus operandi* marginalizador empregado pela coletividade. A coculpabilidade, ao emanar da menor esfera de autodeterminação que determinados indivíduos possuem para a conduta delitiva, produto de causas sociais adversas, não traz apenas a ideia de um juízo de reprovabilidade em consequência do injusto penal praticado, mas, mormente, a fração de responsabilidade estatal pela dinâmica do *jus puniendi* com traços de seletividade e irracionalidade, antiético e antidemocrático⁸⁹.

À vista disso, expressa a exata subsunção da coculpabilidade penal ao senso de política criminal alternativa, apontando a primordial mudança do paradigma punitivo. Na hipótese atual de reprodução de estigmas sociais, seletividade penal e manutenção do *status quo* social, ao proveito dos detentores do poder econômico, a coculpabilidade penal surge como fundamento de transição, a cooperar para a mitigação destes componentes nocivos, orientando a política criminal na construção de balizas que vão à direção de um Direito Penal humano e constitucional.

⁸⁷ Cf. Capítulo 3 deste trabalho.

⁸⁸ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

⁸⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 147-149, *passim*.

3 DIREITO PENAL, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL NUM MUTUALISMO JURÍDICO

O Direito Penal consolidou-se como o ramo jurídico responsável pela regulação das condutas criminosas, que se adequam aos modelos criados de comportamentos desviantes, graves o suficiente para invocar uma atuação tão radical quanto, dos detentores do chamado *jus puniendi*. Ademais, isto só foi possível em decorrência da progressão da própria sociedade, trilhando pelo caminho que desencadeou no surgimento e organização de um ordenamento jurídico, normas preestabelecidas que regulam a convivência social, compelindo possíveis condutas que sejam contrárias a este paradigma.

Alejandro Alagia invoca ser a lei penal condição de exequibilidade da própria sociedade, premissa indispensável de um mito político-jurídico, posto que, sem lei penal não há sociedade humana. A soberania punitiva é transcendental para a coexistência humana, analogamente ao que os conceitos de tempo e espaço são para o pensamento⁹⁰. A seu turno, Eugenio Raul Zaffaroni conceitua o sistema penal como uma complexa manifestação do poder social, exercido racionalmente⁹¹.

Contudo, deve-se atentar às questões aduzidas nos capítulos anteriores, com o intento finalístico de conduzir a aplicação do Direito Penal não como instrumento legal de segregação e exclusão. Sem eiva de dúvidas, respostas penais humanas e razoáveis requerem pressupostos epistemológicos condizentes ao almejado. Inobstante, esta lógica do razoável e plausível, nas respostas a dados comportamentos e circunstâncias, não está presente tão somente ao âmbito penal.

Ao instituir o Estado Democrático e Social de Direito no Brasil, este consequentemente se apropria de incumbências, a fim de promover o bem estar comum, concretizando os deveres estabelecidos constitucionalmente. Não só isso, imputa-se encargos vanguardistas, no que concerne a aplicação do Direito Penal, cenário onde a teoria da coculpabilidade penal, aliada aos desígnios dos direitos humanos e dos preceitos constitucionais, tem conjuntura favorável à sua implementação.

⁹⁰ ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 185.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 16.

3.1 Direitos humanos e fundamentais operantes no âmbito penal

O panorama jurídico brasileiro foi alterado, consideravelmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ensejando mudanças comportamentais, rumo a concretização do Estado Democrático de Direito, adotado no país a partir deste momento.

Em verdade, a figura estatal não pode ser de direito e democrática sem que os direitos humanos sejam respeitados, o que amplamente ocorria no conturbado período, anterior à promulgação. Não pode existir segurança sem direitos humanos, menos ainda direitos humanos sem segurança, pois são interdependentes e se alicerçam entre si, fixando relações de condicionalidade e complementariedade⁹².

Dada sua superioridade hierárquica, é no Texto Magno que se deve buscar os elementos balizadores para idealização do direito positivo, devendo estar presente, irrestritamente, uma similitude entre as diretrizes constitucionais e a legislação infraconstitucional. A seu turno, os direitos fundamentais são, seguramente, os direitos humanos consagrados na Lei Maior vigente, estando elencados no Título II, nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Robert Alexy atesta que existem direitos que não podem ser relativizados, mesmo que sob situações extremas, sendo estes os direitos humanos e fundamentais⁹³.

Revela-se, todavia, que no decorrer da história do Brasil, pouco pode se falar sobre seu caráter democrático, em vista de que em mais de cinco séculos, apenas após a promulgação da Constituição Federal, consonante ao aludido, tomou a forma de Estado Democrático de Direito. Obtém-se uma conquista que desde então concentra um divisor de águas na história brasileira. Um país, historicamente autoritário, passa a ter uma configuração diferenciada, desta vez tendo como diploma de maior hierarquia a Carta Constitucional, dispondo acerca de prerrogativas inovadoras e até então inusuais⁹⁴.

A valia dos direitos fundamentais e o desempenho atuante da população compõem a estrutura substancial para o Estado, denotam a real democracia adotada no cenário brasileiro. Neste seguimento, Eugênio Pacelli argumenta no sentido de que

⁹² PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, op. cit., p. 106.

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 301.

⁹⁴ GIACIOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 159.

para pensar em um Estado de Direito, é indispensável a concretização dos direitos fundamentais, superando a mera disposição legal⁹⁵.

Através desta simbiose forma-se o Estado de Direito, sem ter uma forma meramente técnica, ou então, inoperante aos fins colimados. Encontram-se perfeitamente vislumbradas a conscientização formal, legal e efetiva, que possui múnus essencial para a vivência social. A Carta Magna elevou o caráter normativo de direitos até então existentes, mas que não eram dotados da importância que se requeria.

É desejo tornar notável que a presença da Constituição Federal almeja realmente limitar a atuação privada e pública, sem que transcorra desobediências, de quem quer que seja. Resta uma relação de interdependência entre os Estados constitucional e legal, conectando-se complementarmente. As normatizações no Estado legal de Direito só permanecem vigentes, após a promulgação da Lei Maior, havendo uma primorosa harmonia com o Estado constitucional de Direito.

A simbiose estabelecida não pode possuir uma forma meramente técnica, inoperante as finalidades pretendidas. O Estado de Direito, assim, não é um arquétipo meramente formal e de restrição do poder, mas igualmente o ponto de partida que fundamenta e garante as liberdades públicas e a própria democracia⁹⁶.

Valendo-se de uma análise metafórica, o Estado, enquanto máquina composta por inúmeras peças, para que haja o seu perfeito funcionamento, necessitar-se-á que cada uma das engrenagens interligadas obtenha êxito, operando sublimamente. Indubitavelmente, a máquina estatal, enquanto corpo formado a partir de alguns elementos (população, território e soberania), continuamente se depara com situações que parcialmente causam um certo desajuste, fato que não obsta sua continuidade e prevalência. As prerrogativas contidas no diploma constitucional retratam uma característica dúplice, em consequência de intrinsecamente conceder a possibilidade de desfrute e condicionar as condutas outras, advindas do Estado e demais cidadãos, a fim de não as cercear⁹⁷.

Em integralização, a proteção constitucional não é baseada apenas para coibir violações entre particulares, mas com igualdade, estabelecer uma barreira para evitar

⁹⁵ PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 11.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 78.

⁹⁷ GIACÓIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 160.

abusos de parte do próprio Estado. Os bens jusfundamentais tem o objetivo de proteger a dignidade, a liberdade e a igualdade humana, extraíndo-se do termo fundamental a concepção de imprescindibilidade desses direitos à condição humana e ao convívio social⁹⁸.

Nesta perspectiva de garantia, necessário agregar a compreensão da função dos direitos fundamentais também nas suas relações com o Direito Penal. Como resultado, apresentam-se duas faces adjuntas, a proteção dos direitos fundamentais como legitimadora de sanções penais, intervindo nas relações sociais por intermédio do Estado, e, a limitação deste poder-dever de punir outorgado ao ente estatal. A Carta Magna abarca uma série de direitos fundamentais, protegidos pelo Direito Penal. Por outro lado, os bens jusfundamentais salvaguardam os infratores penais de potenciais abusos e excessos no cumprimento do imperativo legal. Aclara-se, dessarte, esta dualidade no âmago dos direitos fundamentais. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves defende ser incontroverso o entendimento de que no Direito Penal, há compatibilidade entre os mecanismos de proteção de direitos individuais e os princípios penais, tais como, a intervenção mínima, a subsidiariedade e a exclusiva proteção de bens jurídicos⁹⁹.

Zaffaroni sintetiza o pensamento, reivindicando um planejamento decisório nas instâncias judiciais, suprimindo possíveis distanciamentos entre os princípios constitucionais, os direitos humanos e a realidade operativa dos sistemas penais¹⁰⁰.

Outrossim, não se quer dizer que o ato de promulga-la mudou a concepção brasileira reflexamente. Como se não bastasse, ainda é permissível deparar com uma série de violações de suas disposições legais, configurando exiguidade em sua aplicação, constatando exemplos manifestos na esfera penal. Salah Hassan Khaled Júnior sustenta que o déficit de efetividade da Carta Política é manifesta, especialmente no tocante ao âmbito das práticas punitivas. Os envolvidos no sistema penal como um todo violam direitos fundamentais e flexibilizam garantias, desfigurando os imperativos integrantes do ordenamento jurídico vigente¹⁰¹.

O Estado brasileiro é ineficiente no emprego do poder-dever de punir que lhe é

⁹⁸ CAMARGO, Daniel Marques de. *Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 11-13, *passim*.

⁹⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 54.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 219.

¹⁰¹ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, op. cit., p. 21.

outorgado, posto que não adimpe com as prerrogativas obrigacionais que lhe são conferidas. A realidade do sistema carcerário brasileiro atual mostra o desempenho vil de seus encargos. Por diversas vezes, é atribuído ao Direito Penal o enganoso caminho recursal, incumbido de controlar a criminalidade ou a violência social¹⁰².

Com verossimilhança, oportuniza debates indagando a real eficácia das penas privativas de liberdade, igualmente no que tange a busca por novas soluções penais serem sempre necessárias, com a finalidade não só de diminuir o índice criminal, mas do mesmo modo, punições mais condizentes com o crime cometido e com a pessoa do autor, dependendo de circunstâncias singulares.

É almejado, pois, que o Direito Penal alcance seus propósitos sem que ocorram inoportunas violações, atingindo a pena seu efetivo desígnio, ou então, ações que divirjam de ditames morais e legais. Para Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 172):

A função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a *redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis*. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá. Nesse sentido, o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia. O Estado de direito ideal é o instrumento que orienta o direito penal em todo Estado de direito, marcando os defeitos que a realidade sempre *apresenta e que se estabelecem na comparação do Estado de direito histórico com o ideal*. (grifo do autor)

A ideia de Estado Democrático de Direito exige, para sua própria sobrevivência, a limitação do poder-dever de punir por intermédio de regras claras. Se afastada a limitação da atuação do *jus puniendi*, inevitavelmente se implicaria na orientação do Estado para um caminho arbitrário, mesmo que ocorrendo lentamente e de forma pérfida. O poder punitivo, quando não tem rígidos limites a sua execução, ocasiona ao ambiente democrático situação de grande periculosidade, posto que, inevitavelmente, as sanções seriam impositivas no sentido de ampliar seu domínio. Os direitos humanos e fundamentais, historicamente reivindicados e reconstruídos, são meios hábeis, tanto a coibir possíveis rompimentos às balizas democráticas quanto para trazer novas concepções acerca de práticas punitivas.

¹⁰² MACEDO, Sérgio do Rego. Prefácio. In: LYRA, Roberto. *Penitência de um penitenciário*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013, p. 9

3.2 Supremacia hierárquica da Constituição Federal no *ius poenale*

A Magna Carta conserva em seu cerne princípios constitucionais – como a própria nomenclatura conduz, que implícita ou explicitamente, são a iniciação para a formação das regras, acompanhando os parâmetros necessários para tal finalidade.

Embora tenham como características a indeterminação, subjetividade, amplitude e abrangência, são as diretrizes máximas da ordem legal brasileira, vetores indispensáveis à realização da justiça e do Estado Social e Democrático de Direito¹⁰³.

Seja pelo texto original ou por intermédio de suas emendas, a Constituição cidadã traz em seu imo os preceitos primordiais para regulamentação das condutas sociais, com o intuito de contribuir harmonicamente para a convivência em sociedade. Indubitavelmente, diversos elementos serviram de lastro para a composição estrutural da lei básica, ou seja, os fundamentos principiológicos, o progresso gradativo e as necessidades à época, serviram de base para a construção e aperfeiçoamento do sistema jurídico no qual estão introduzidas as normas de hierarquia constitucional. Denota-se, sem embargo de serem abstratos e abrangentes, os princípios fundamentais atuam como norteadores para origem de normas constitucionais e infraconstitucionais, delimitando os caminhos a serem traçados, desde a criação até a vigência, de todo imperativo legal. Com isso, do núcleo dos princípios constitucionais extrai-se aquilo que mais se adequa a cada caso, para cada instituto a ser criado ou aprimorado.

Partindo deste pressuposto, a Constituição como paradigma de todas as normas a serem criadas ou aperfeiçoadas, por certo, similarmente ocorre em relação ao Direito Penal, quer seja em referência ao Código Penal, lei processual penal, ou ainda, demais disposições legais que trate da temática penal. Para Luiz Fernando Kazmierczak, tendo fundamento democrático, a Magna Carta vigente tem a finalidade de salvaguardar as liberdades individuais, quando colocadas frente a eventuais excessos estatais. Este cuidado se justifica na inafastabilidade de se estabelecer e ditar diretrizes legais no âmbito dos contextos penais entre o Estado e os indivíduos, atenuando possíveis arbítrios nestas relações de poder¹⁰⁴.

Verbi gratia, o Código Penal vigente (Decreto-lei nº. 2.848), é de 07 de dezembro de 1940, entrando em vigor, porém, apenas em 01 de janeiro de 1942. Não

¹⁰³ CAMARGO, Daniel Marques de, op. cit., p. 32.

¹⁰⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando, op. cit., p. 133.

obstante o período de *vacatio legis*, de pouco mais de um ano, expressa-se que o mencionado diploma legal é anterior em mais de quatro décadas, quando comparado a promulgação do atual texto constitucional em 1988.

Inicialmente, havendo correlação direta entre eles, tem-se a impressão de que o segundo, por ser mais contemporâneo, foi elaborado em conformidade com o primeiro, com a finalística de adequação legislativa. Contudo, em face da supremacia hierárquica constitucional, anteriormente tratada, tal ideia sucumbe, evidenciando que Pós-Constituição e adoção do Estado Democrático e Social de Direito, vem a calhar propriamente o contrário. Em vista disso, as disposições normativas pré-constitucionais, para que prosseguissem dispendo de eficácia, validade e aplicabilidade, precisaram sofrer alterações – quando necessárias, com o escopo de total subsunção ao regramento hierarquicamente superior. Este controle de constitucionalidade estabeleceu que tudo aquilo que não estivesse compatível com a legislação constitucional, perdeu sua razão de ser e vigorar, achando-se inconstitucional.

O sistema de regras constitucionais, a propósito, não se configura exclusivamente como assecuratórias de direitos, dado que proporcionam prerrogativas e ao mesmo tempo, antagonicamente, limitam-nas, especialmente quando relacionadas a seara penal.

Por um lado, como amostras desta outorga no *jus puniendi*, compete à União, privativamente, legislar sobre Direito Penal, consoante o artigo 22, I, da Constituição Federal, e, prevê o artigo 5º, XLI, do mesmo diploma legal, a punição legal como consequência de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Diversamente, como dispositivos limitadores à atuação penal do Estado, o arcabouço constitucional veda determinadas condutas, como a existência de proibição da pena de morte (salvo raras hipóteses) ou cruéis (artigo 5º, XLVII, “a” e “e”, CF), bem como a prática de tortura (artigo 5º, III, CF).

Os normativos apresentados, aliados a completude estrutural da legislação penal em vigor, trazem à baila a imprescindibilidade do Estado como ente imparcial, julgando e aplicando leis, a partir do desempenho dos membros dos Poderes Legislativo, Judiciário ou Executivo, que o fazem sempre em nome e com outorga da figura estatal. Tais considerações vão ao encontro do aduzido acerca dos direitos humanos e fundamentais, ao passo que atuam de maneira assecuratória no âmbito

jurídico, que tem estreita ligação com as garantias legais, indispensáveis a vivência humana.

Esta perspectiva equilibrada do Direito Penal, apregoando atuação moderada do ramo jurídico, em completa observância as prerrogativas constitucionais, constitui-se como indispensável no Estado Democrático e Social de Direito. Tal qual, invocando o *ius poenale* quando estritamente necessário, isto é, quando indispensável para proteger os bens jurídicos considerados mais importantes e quando a atividade dos demais ramos sejam ineficazes.

Com similitude, conduz a critérios de racionalidade à intervenção penal, adjacentes ao garantismo penal. Preconizando o respeito aos direitos e deveres fundamentais consagrados na Carta Constitucional, a teoria garantista, propagada por Luigi Ferrajoli, possui dez axiomas – princípios axiológicos, complementares entre si e indispensáveis, denominando-os como: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação; princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade¹⁰⁵.

A tese central do garantismo está na submissão rígida aos direitos fundamentais, seja no tocante as normas de hierarquia inferior, interpretações judiciais e até nas emendas constitucionais. Vez que bem delineados constitucionalmente, embora não de forma única no diploma legal, atuam com atributos a maximizar os fundamentos garantistas, competindo ao hermeneuta buscar critérios e valores que limitem ou tornem o Direito Penal e o Direito Processual Penal subsumidos as normatizações constitucionais. Para Douglas Fischer, a Carta Magna brasileira é garantista, assentando sua estrutura balizar nos princípios que ordenam um Estado Social e Democrático de Direitos, fundamentado na cidadania e dignidade da pessoa

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, Edição Digital.

humana, cujos objetivos finalísticos consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁰⁶.

Luigi Ferrajoli atribui ao termo garantismo três significados, distintos, mas complementares. A primeira significação do garantismo representa um modelo normativo de direito, em especial no que diz respeito ao Direito Penal, próprio no Estado de Direito, que sob um plano epistemológico caracteriza-se como um sistema de poder mínimo; no aspecto político emprega meios a minimizar a violência e maximizar a liberdade; e, no domínio jurídico, um sistema de pressupostos que vinculam a função punitiva do Estado em atenção aos direitos dos cidadãos. Segundamente, o garantismo penal também designa uma teoria jurídica de validade e efetividade, existência e vigor das normas, aproximando as teorias separadas do “ser” e do “dever ser” no Direito, ainda que não puramente em caráter normativo nem exclusivamente realista. Por fim, o garantismo estipula uma filosofia política, requerendo do Direito e do Estado as justificações sobre os bens e interesses que serão tutelados ou garantidos, pressupondo a separação entre direito e moral, entre validade e justiça.¹⁰⁷

Como se nota, o garantismo penal não atrai suas atenções apenas para o autor do delito, refutando-se qualquer percepção de ser uma teoria de olhar único. Inobstante, interpretações errôneas geraram a conceituação do garantismo monocular hiperbólico, sendo exatamente o resguardo dos direitos e garantias fundamentais da parte autora, a serem processados ou condenados, frente a atuação outorgada ao Estado, desconsiderando as mazelas suportadas pelas vítimas¹⁰⁸. A defesa dos direitos fundamentais, seja do autor, vítima e demais membros da sociedade, é de interesse de todos, cuja função é de ordem pública e privada.

Zaffaroni é ainda mais contundente, ao advertir que referir-se ao Direito Penal em um Estado de Direito como garantista é redundante, pois nele não pode haver outro Direito Penal senão o de garantias. Ele é inerente ao Estado, pois as garantias penais e processuais penais não são mais do que a consequência da experimentação de contenção acumulada, constituindo a essência do invólucro que extingue o Estado de Polícia. Isto posto, o Direito Penal em um Estado de Direito não pode afastar-se de

¹⁰⁶ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., Edição Digital, *passim*.

¹⁰⁸ FISCHER, Douglas, op. cit., n.p.

manter e desenvolver as garantias dos cidadãos como linhas fronteiriças das pulsões do Estado de polícia, com o risco de perda de seu fundamento íntimo. Contrariamente, outorgaria comportamento irrestrito ao *jus puniendi*, contribuindo de maneira irresponsável para o aniquilamento do Estado de Direito¹⁰⁹.

O conjunto de normatizações constitucionais comunga-se à legislação penal, tornando perceptível o legítimo poder-dever de punir do Estado e quais são os limites desta atuação. Somente diante de uma violação ou ameaça a lesão, a bem juridicamente protegido e quando os demais ramos jurídicos não são capazes de deslindar, a *ultima ratio*, momentos em que os meios mais brandos de controle são ineptos a dissuadir condutas antissociais. A figura estatal não se autodetermina, quando ou de que modo agirá diante de uma transgressão ou ao menos um indício de que ela ocorrerá. A Carta Política orienta e vincula as experiências concretas de juridicidade, que surgem no ordenamento jurídico penal em que se desenvolvem.

Valendo-se de expediente metafórico, Eugenio Raúl Zaffaroni aduz que o poder punitivo pode ser equiparado a um grande volume d'água, descontrolado e que precisa ser contido, pois caso contrário, atingirá vigorosamente a comunidade que se estabelece frente a seu caminho. O Direito Penal, neste contexto, desempenharia a função de dique de contenção desta volumosa torrente de água, com a finalidade de evitar que, agressiva e desproporcionalmente, acabe com a estrutura do corpo social. Em contrapartida, a referida barragem precisa permitir que uma quantidade de água passe e chegue a coletividade, apenas a quantia necessária para a sobrevivência da sociedade, porquanto bem essencial¹¹⁰.

Desta forma, o exercício do poder jurídico deve ser programado pelo Direito Penal, como o dique é instalado para conter o ímpeto das águas, impedindo que o *jus puniendi* afogue o Estado Democrático de Direito. Racionalmente, a barragem deve dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, por meio do seu sistema de comportas, almejando reduzir a turbulência e os possíveis impactos negativos, que irão de encontro à comunidade, caso inexistentes tais cuidados¹¹¹.

Destarte, é permissível concluir que o poder punitivo, a partir das concepções minimalistas ou equilibradas, deve ser exercido apenas na proporção ideal, que

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 173.

¹¹⁰ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 372.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 156-157.

sempre será inferior ao volume que o Estado proporcionaria sem controle. Compete ao ramo penal, a partir dos mecanismos legitimadores e pautado nas balizas constitucionais, separar a capacidade e intensidade que chegará à comunidade, e, a porção que permanecerá estagnada, tolhendo prováveis excessos de um curso descontrolado, prejudiciais à saúde do corpo social. Pondera-se, de natureza igual, que essa delimitação não pode ser encarada e outorgada exclusivamente como responsabilidade do direito positivo. Tanto a criação dos tipos penais, com estrito respeito a essa característica limitadora, quanto a atuação dos próprios aplicadores e intérpretes da norma penal, têm de estar a par deste entendimento.

3.3 Culpabilidade penal na perspectiva jurídico-legal

Da perspectiva apresentada, mostra-se necessária a coadunação legal à conjuntura social, de modo que cada elemento que integra uma mesma concretude seja indispensável, harmônica e aglutinante, pois, caso contrário, causaria efeito de desarticulação destes mecanismos que integram a sociedade, no âmbito jurídico-social. O atual estágio do Estado, como sendo democrático e social de Direito, propõe de maneira inequívoca este prisma, envolvendo a atividade estatal às noções elementares.

A esfera penal, na decorrente operação, pautada nos direitos humanos e a sua interligação inafastável com a Constituição Federal, é o maior exemplo. Este horizonte natural, por certo, vincula quaisquer disposições legislativas, sejam decorrentes de normas de direito material ou processual, na adoção de critérios para aplicações dos imperativos legais, no desenvolvimento da ciência jurídica dedicada a esta ramificação, e, no estudo, criação e aprimoramento de conceitos e institutos das ciências criminais.

Contudo, para Nilo Batista, as normas jurídico-penais, de algum modo, sempre estarão influentemente associadas pela sociedade, pelas suas necessidades de poder, que conferem garantia e continuidade para os meios de produção e relações materiais. O Direito Penal nasce e amolda-se ao corpo social, interagindo com o mesmo, de sorte que as variáveis econômicas, traçadas como linhas fundamentais, prevalecem invariavelmente¹¹².

¹¹² BATISTA, Nilo, op. cit., p. 22.

Apensa-se as críticas de Eugenio Raúl Zaffaroni aos sistemas penais, ponderando que não é coerente que estes respeitem princípios constitucionais e fundamentais, tais como legalidade, culpabilidade, humanidade e igualdade, quando estão estruturados para justamente violar a todos. Como solução, se faz necessário que as agências judiciais empreguem seus esforços com o intuito de reduzir cada vez mais o número e intensidade destas transgressões, obtendo desse modo, permanentes ascensões dos níveis de realização prática desses princípios. Partindo do panorama de um discurso jurídico-penal, que se pauta no realismo marginal, as garantias penais são o compromisso das agências penais em exercer o *jus puniendi* em cada caso concreto, conforme as diretrizes da mínima violação de direitos e a máxima realização dos princípios, limitando a irracionalidade violenta do exercício do poder-dever de punir. O progresso factual da realização máxima e violação mínima dos princípios penais, de acordo com o poder de decisão das agências judiciais, conduz à redução da violência por intermédio de padrões, corroborando com a noção de que os princípios penais limitadores devem ser considerados de modo não taxativos e fechados¹¹³.

Por conseguinte, quando invocado para atuar diante de determinadas condutas, o Estado tem o múnus de agir pautado por limites de proporcionalidade e razoabilidade, atentando-se ao binômio “mínima violação/máxima realização” dos ditames fundamentais à vivência de qualquer cidadão¹¹⁴.

Esta observação precisa estar presente em todos os ângulos do Direito Penal, na aplicação da legislação em vigor, na sapiência que legitima a criação e aperfeiçoamento das normas penais, e, no desenvolvimento dos institutos criminais a partir da subsunção às ciências criminais. A última, em especial, oportuniza mudanças paradigmáticas no estudo criminal, pois comungam diferentes óticas que compreendem um harmônico corpo científico.

Neste íterim, reside a coculpabilidade penal, propiciando consequentemente sua plena abordagem e desenvolvimento, ou ao menos, o preenchimento de certas lacunas existentes, naturais em temáticas complexas. Uma vez instituto de íntima ligação com o direito material e processual penal, somente pode se desenvolver efetivamente quando voltado e aplicado às ciências criminais.

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 235-237, *passim*.

¹¹⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando, op. cit., p. 153.

Ratificando com o apresentado, preliminarmente, aduz-se que a coculpabilidade penal possui um liame com a Carta Magna por diversos pontos, porquanto tem íntegra correspondência à efetivação dos preceitos constitucionais, o que personifica aspectos favoráveis à sua implementação, em conformidade ao que será arrazoadado oportunamente. Para Grégore Moreira de Moura, é imprescindível a ligação da coculpabilidade penal com a Carta Constitucional, pois esta é fundamento daquele. Assim sendo, a coculpabilidade decorre de certos ditames constitucionais, sendo eles, a igualdade, a dignidade da pessoa humana como forma de evitar a reificação do homem, a individualização da pena, o pluralismo jurídico e o garantismo penal, especialmente subsumido a cada um deles¹¹⁵.

A Lei Maior, indiscutivelmente, deu ênfase a importância da igualdade entre os cidadãos. Após a passagem de um Estado onde se estabelecia um regime militar e a supressão de uma série de prerrogativas essenciais à vivência humana, o novo modelo, com dogma constitucional e social, estabeleceu uma igualdade formalmente legal. Preconizado no artigo 5º, “todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a brasileiros e residentes no país, proteção à vida, liberdade, igualdade, entre outros direitos fundamentais”. Proteção esta de condutas interpessoais e de ingerências desregradas da figura estatal.

Cediço, no entanto, que a mera previsão legal não efetiva na completude um direito, pois são necessários mecanismos práticos de concretização, para que assim, ultrapassem a barreira de um simples mandamento teórico, sem a práxis que se faz primordial. A conjunção se agrava quando refletidas as reais condições de existência da grande maioria da população brasileira, que luta pela sobrevivência e superação da marginalidade que lhe é posta.

Medida impositiva ao Estado, em consequência, é atuar para que tais situações sejam ao menos atenuadas, já que extinguir por completo as desigualdades resta utópico, seja por intermédio da criação de políticas públicas ou na elaboração e aplicação do ordenamento jurídico. Similarmente, incumbe também a própria sociedade colaborar com a minoração destas discrepâncias, que podem ligar-se, *exempli gratia*, a aspectos sociais, de crença, de gênero ou política, sendo o respeito às diferenças um grande passo para tal finalidade.

¹¹⁵ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

Diminuir as desigualdades existentes, tornando o âmago da sociedade local mais simétrico, sem dúvidas é tarefa multifacetária, pois depende de condutas comissivas e omissivas de todos que a englobam. Se por um lado deve-se ofertar situações em que os cidadãos podem exercer seus direitos, igualmente deve haver a proteção a não violação destas prerrogativas, assentindo, inclusive, que medidas desiguais sejam empregadas justamente para trasmutar uma discrepância anterior. Uma desigualdade se torna instrumento de igualdade, pelo motivo de que corrige uma desigualdade anterior, ou ainda, uma nova igualdade é o desfecho da equiparação de duas desigualdades¹¹⁶.

A coculpabilidade penal, se num primeiro momento aparenta ser um mecanismo jurídico desigual e de injustiça, por ter aplicação restrita a determinados casos, cuja tarefa seja do sistema penal deliberar, beneficiando assim apenas alguns cidadãos, a seguir de zelosa apreciação de seus elementos, requisitos e fundamentos, consiste em uma desigualdade de instrumentalização da igualdade. Para Paulo Henrique Souza Freitas, diante do liame existente entre a desigualdade social antecedente, decorrente do difícil acesso aos direitos básicos, e, à medida em que a sanção penal será ou não aplicada, resta como paradigma dissemelhante necessário, em um Estado Democrático e Social de Direito¹¹⁷. Ao discorrer sobre a possibilidade de um ideal de igualdade, Norberto Bobbio justifica que a equalização dos diferentes é uma aspiração permanente e perene do ser humano, e, a superação desta ou daquela discriminação é assimilada como progresso civilizatório¹¹⁸.

A coculpabilidade configura-se quando é reconhecido que o Estado possui uma parcela de responsabilidade, quanto ao cometimento de delitos praticados por aquelas pessoas que têm um menor poder de autodeterminação, decorrente de suas condições sociais. A redução da autonomia advém da ineficiência da figura estatal, ao não gerar oportunidades para estes cidadãos, decorrendo assim da exclusão social e da desigualdade que ela reproduz. Ao reconhecer este direito, achar-se-ão iguais os iguais e diferenciados os desiguais, na medida de suas desigualdades, tratando especificamente aqueles que permanecem à margem das chances entregues pelo Estado. Impõe-se, desta maneira, parcela de responsabilidade ao Estado, diminuindo, em consequência, a reprovação penal da pessoa que vive sob condições

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 32.

¹¹⁷ FREITAS, Paulo Henrique Souza, op. cit., p. 129.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 43.

socioeconômicas diversas. À vista disso, a coculpabilidade permanece em constante interação com a igualdade, princípio fundamental consagrado na norma constitucional, não ensejando tão somente a igualdade formal, aproximando o Direito da aspirada igualdade material¹¹⁹.

No que lhe diz respeito, a dignidade da pessoa humana abaliza o caminho do ordenamento jurídico e as condutas humanas, pois é, por assim dizer, um direito supremo, perpetuamente respeitado e que não permite quaisquer violações. Afere a validade das normas que são inferiores hierarquicamente, proibindo, por exemplo, que o legislador infraconstitucional crie tipos penais incriminadores que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

O princípio da humanidade, para Nilo Batista, está reconhecido expressamente na Carta Política, consoante a proibição da tortura, tratamentos cruéis ou degradantes, a previsão quanto a individualização e proporcionalidade da pena e ao coibir penas de morte ou perpétuas. Salvaguarda quanto a possíveis violações de direitos fundamentais e corolário da dignidade da pessoa humana, estabelece intervenções na cominação, aplicação e execução da pena, com especial atenção a esta última, em face da preponderância da pena privativa de liberdade, âmbito de intervenção relevante. Outrossim, a racionalidade da pena demanda um sentido compatível com a humanidade e suas aspirações, não podendo trilhar para fins indignos, resultando em meio coercitivo puramente negativo¹²⁰.

As violações mais frequentes do princípio da dignidade da pessoa humana são verificadas em casos específicos, quando abstratamente as penas não trespasam, por si só, o âmago principiológico, mas as circunstâncias dos casos concretos demonstram justamente o contrário, *verbi gratia*, quando a pena em concreto é inadequada com as perspectivas de vida do sujeito, ou então, quando as condições de cumprimento real da sanção colocam em perigo sua vida e sua integridade física¹²¹.

Os sintéticos arquétipos citados demonstram o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado. No entanto, alude-se que as ofensas não ocorrem apenas contra aqueles que já são objetos de uma reprimenda criminal, mas a inobservância acontece anteriormente, quando o ente estatal negligencia direitos fundamentais a boa parte dos cidadãos, como direito à saúde,

¹¹⁹ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹²⁰ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 99-101.

¹²¹ ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 113.

moradia, alimentação, educação, mínimos e básicos para que o ser humano tenha uma condição de vida digna.

O ser humano, para ser digno, necessita estar incluído socialmente, não bastando, contudo, a mera inclusão social formal. Precisa ser substancial e efetiva, capaz de concretizar seu desenvolvimento pleno no íntimo da sociedade. A dignidade da pessoa humana decorre do personalismo axiológico, quando o Direito se pauta sempre com o objetivo final de promover o bem estar da pessoa, sendo ela o centro de todo o valor, fidedigno sujeito do Direito. Antes visando, em tese, diminuir a desigualdade social, por intermédio da concretização dos deveres constitucionais, o Estado não adimple com este encargo. Porquanto, um dos mecanismos que o Direito utiliza como instrumento de controle e fator de inclusão social é justamente a proteção aos hipossuficientes, quando a legislação se esforça para minimizar desigualdades fáticas¹²².

No Direito Penal, a coculpabilidade é um meio de proteção aos não autossuficientes, reconhecendo a ineficiência estatal na promoção da dignidade da pessoa humana, deveras delineado, ao minimizar as implicações da exclusão social que decorrem de oportunidades desiguais, reconhecendo o acusado como sujeito de direitos. Assim, é um instrumento que reconhece a corresponsabilidade do Estado, que não estende aos cidadãos elementos mínimos à dignidade, sobejando a aplicação da coculpabilidade no contexto penal, distanciando a reificação do homem, embora permaneçam as obrigações estatais de adimplemento dos deveres constitucionalmente previstos, promovendo assim, a inclusão social dos cidadãos¹²³.

A individualização da pena, por sua vez, que está consagrada expressamente no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, incide nas três fases distintas da reprimenda criminal, sendo elas: fase da cominação; fase da aplicação e fase da execução. Cominar uma pena é, em um plano abstrato, executada pelo legislador e consiste na valoração dos bens jurídicos, determinando a importância que cada um têm e, conseqüentemente, realizando a criação típica a partir deste juízo de valores, individualizando as penas relativas a cada infração penal. Na aplicação da sanção, por certo, uma vez praticada a ação delitiva, o magistrado deve a individualizar, para fim da efetiva aplicação ao agente. Quando o autor é condenado pela prática da

¹²² MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹²³ Ibid, Edição Digital.

infração penal, inicia-se a última etapa da individualização das penas, que é a fase da execução.

Se faz mister salientar, a maior ou menor adesão ao sistema normativo do Estado Democrático de Direito, é indicada pela forma como o operador do Direito efetiva a observância aos direitos fundamentais. Não teria valor, assim, se na prática forense, os princípios limitativos ao arbítrio legislativo fossem totalmente inobservados¹²⁴. A integralização entre os responsáveis pela elaboração e aplicação das normas penais, sem dúvidas, permanece inafastável, especialmente quando concentrada aos ditames fundamentais previstos na Carta Política.

Neste diapasão, observadas as prerrogativas presentes no texto constitucional, a sanção criminal têm as funções preventiva e retributiva, direcionadas exclusivamente ao agente que praticou o delito. A aplicação da pena deve atender-se tanto aos aspectos objetivos do delito, bem como aos aspectos subjetivos e as características individuais do condenado.

Ademais, a coculpabilidade no Direito Penal reconhece materialmente a reprovação social e pessoal do agente. Concretiza a individualização da pena, quando personaliza, individualiza e materializa a aplicação e execução da sanção, considerando as condições sociais e pessoais do agente, dando maior efetividade às suas funções propostas. Embora já considere a coculpabilidade como um princípio implícito, Grégore Moreira de Moura argumenta que a sua positivação propiciará ao julgador competente considerar, na aplicação e execução da pena, elementos de extrema relevância que circundaram o delito, tais como, a conjuntura socioeconômica do autor, suas condições de miserabilidade e desemprego, contanto que possuam nexo com a prática do fato criminoso. Com efeito, a individualização da pena estará ainda mais prestigiada, pois traz reflexões de diferentes nuances que se entremeiam ao delito, quer dizer, no aspecto abstrato e concreto da sanção penal¹²⁵.

Não obstante, é importante frisar que a individualização da pena em nada se confunde com o princípio da pessoalidade, todavia, aglutinam-se entre si. Expressamente disposto no artigo 5º, XLV, sua base principiológica proíbe que a pena, seja ela qual for – em abstrato, aplicada ou em execução, ultrapasse a pessoa do condenado, frustrando que seja atribuída conjuntamente a terceiros.

¹²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

¹²⁵ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

Dessarte, conforme apresentado em estudo anterior¹²⁶, é de suma importância ratificar, que a coculpabilidade, em momento algum, irá questionar a existência do crime. O que se cobiça é trazer a lume a ineficiência estatal na prestação assistencial junto ao cidadão brasileiro, e, que o resultado deste sucedido é uma negativa conjuntura social, tornando-a desigual, preconceituosa e desumana. É propriamente esta inidoneidade do Estado, no fornecimento de direitos fundamentais, protegidos legalmente pela Constituição Federal, que gera apenas consequências negativas, especialmente no que diz respeito a criminalidade, que reside o termo culpabilidade da teoria da “coculpabilidade”. Nilo Batista expõe que a coculpabilidade é um tema atual no campo da individualização judicial, que no emprego do juízo de reprovabilidade, essencial do elemento culpabilidade, deve-se considerar a experiência socialmente concreta dos réus, as oportunidades que lhe foram ofertadas e suprimidas, relacionando sua própria responsabilidade, enquanto transgressor da norma penal, a uma responsabilidade também do Estado e da sociedade¹²⁷.

Cediço que, ao passo de não ser possível dividir uma pequena fração da pena para cada integrante da sociedade e ao Estado, os indivíduos marginalizados socialmente possuem um âmbito de autodeterminação inferior se comparados aos membros das classes mais favorecidas. Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli atestam que por melhor que seja organizada uma sociedade, nem todos são brindados com as mesmas oportunidades, sendo estes, possuidores de uma menor autodeterminação, condicionada especialmente por causas sociais. Desta forma, não seria realizável atribuir estas fundamentações em prejuízo do agente, havendo assim, uma coculpabilidade, com a qual o Estado e a sociedade devem arcar¹²⁸.

A coculpabilidade penal almeja aplicar o princípio da isonomia em seu sentido material, aliada às circunstâncias sociais brasileiras, posto que a maioria da população não é contemplada com as mesmas oportunidades, conferidas a uma parcela mínima dos cidadãos, a um tratamento penal mais harmônico aos seus fins¹²⁹.

Em sua essência, o pluralismo jurídico está ligado, inicialmente, ao reconhecimento das diversidades e do multiculturalismo. As diferentes disciplinas, os

¹²⁶ GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 144-146, *passim*.

¹²⁷ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 104-105.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 547.

¹²⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 21.

ordenamentos jurídicos distintos em um mesmo espaço geopolítico, as variadas fontes do Direito e as perspectivas multiculturais dão, concomitantemente, sentido ao Direito. Se em um primeiro momento, conduz à imagem do Direito como algo heterogêneo e incoerente, a prática pluralista exprime a responsabilização para com o direito à diferença e a igualdade no acesso a direitos, coerente com a concepção constitucional de democracia. Este modelo democrático de sociedade, com decisões tomadas pela comunidade, onde os direitos das minorias são considerados pela vontade geral, promove autonomia e preza pelas diferenças¹³⁰.

Desta maneira, o pluralismo jurídico é o ato de reconhecer a diversidade, autonomia, liberdade e respeito, aos variados grupos que integram a sociedade, empregando esforços para concretizar a democracia, com a participação de todos os cidadãos, fundamentada nos direitos e deveres congêneres, aludidos nas normas jurídicas. Para tanto, o regramento constitucional foi idealizado por e para os diversos grupos e setores sociais existentes no Brasil, retratando os anseios e convicções do povo, sendo uma Constituição múltipla.

Neste cenário, a coculpabilidade, ao passo que é concebida como o instituto que almeja reconhecer a ineficiência estatal, em atingir os objetivos que lhe são propostos e outorgados pelo texto constitucional, especialmente o propósito fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais e regionais, preconiza o respeito às classes sociais menos favorecidas e marginalizadas, propondo a efetivação do pluralismo jurídico, defendendo o ideal democrático em um mundo globalizado, sendo indispensável o respeito e reconhecimento das minorias¹³¹.

Finalmente, a coculpabilidade em um Direito Penal equilibrado tem proximidades ao preconizado pelo garantismo penal, conexos à Lei Maior vigente. A teoria garantista, em conexão ao abordado anteriormente, estipula a adoção de critérios racionais e de civilidade na intervenção penal, ensejando a proteção dos direitos e garantias individuais, contra exequíveis modelos de controle social que possam intentar em coloca-los à margem da defesa social. Através do paradigma garantista, percebe-se a possibilidade de criação de um instrumento prático-teórico

¹³⁰ CARVALHO, Meliza Marinelli Franco. Integridade e pluralismo jurídico: desafios para a hermenêutica constitucional brasileira. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, n. 2, p. 96-121, jul.-dez. 2018, p. 99-101, *passim*.

¹³¹ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

idôneo, apto a tutelar os direitos contra sinais irracionais de poderes, sejam privados ou públicos. No garantismo penal, os direitos fundamentais conquistam o status de intangibilidade, na esfera do não-decidível e inegociável, mesmo que sob a justificativa da manutenção do bem comum, tendo a função de designar o objeto e limites do Direito Penal, no seio das sociedades democráticas¹³².

Lenio Streck leciona que o garantismo penal pode ser contemplado como método de contenção e disciplina dos poderes públicos, traço que edifica estruturas substanciais mais sólidas e com particularidades da democracia, garantias sociais e liberais, externalizando os direitos fundamentais das pessoas frente aos arbítrios estatais. Acentua e equaliza as predileções das camadas mais débeis da sociedade frente as mais fortes, tutelando as minorias que estão à margem das maiorias¹³³.

Deste modo, a coculpabilidade penal viabiliza um sistema harmônico ao garantismo penal, visto que concretiza e respeita o sustentáculo principiológico constitucional, aproximando os sistemas penal e processual penal de um arquétipo condicente com a realidade fática¹³⁴.

Nos dias hodiernos, o Direito Penal constitucionalmente humano e sua decorrente ciência jurídica não pode ter outro compromisso senão aprofundar e promover a constitucionalização do sistema penal, superando quaisquer percepções de ser a Constituição um mero enunciado de regras limitativas, mas a personalização de que a norma precisa ser entendida de acordo com a ideia de que todo ser humano é uma pessoa, guarnecida de direitos¹³⁵.

Isto posto, a aplicação da coculpabilidade penal não é – e nem se almeja defender ser – a solução para as imperfeições do Direito Penal, já que esta resposta suplica pela progressão gradativa. Entretanto, não se pode olvidar que o instituto abordado, quando desenvolvido à luz das ciências criminais, representa uma orientação inovadora e essencial, ao alumbrar questões jurídicas e sociais, a serem confrontadas, debatidas e solucionadas, a fim de conjugar a vivência coletiva.

¹³² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 19.

¹³³ *Apud* Ibid, op. cit., p. 20.

¹³⁴ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo introductorio: Derecho penal humano o inhumano?. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, [S.l.], p. 27-47, ago. 2015, p. 34.

4 COCULPABILIDADE PENAL COMO PARADIGMA ESTEADO PELAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Nota-se que a estruturação do silogismo que se ambiciona atingir, perpassou necessariamente pelo movimento integralizador da coculpabilidade penal, questão central do presente trabalho, aos elementos formantes das ciências criminais, a criminologia, a política criminal e o Direito Penal.

Nos três capítulos anteriores, almejou-se demonstrar como as ciências criminais auxiliam na compreensão do fenômeno criminal, principiando uma visão crítica, provindo diretamente de suas raízes, deslocamento essencial para tornar viável a ruptura de paradigmas criminais. Sob o mesmo ponto de vista, como a coculpabilidade penal pode representar um dos possíveis pontos de partida para a modificação do propósito do sistema de justiça criminal.

Contudo, não obstante este mutualismo teórico da coculpabilidade com as ciências criminais, torna imperioso, a partir de agora, converter a um modo mais profundo a abordagem sobre a coculpabilidade penal, desde a sua conceituação e origem histórica, as dúvidas que permeiam a terminologia do instituto, sua utilização como (não) sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, e, não menos importante, ocupar-se da teoria da coculpabilidade penal às avessas.

Com estes tópicos delimitados, tornar-se-á realizável debater sobre quais são as alternativas para positivação da coculpabilidade no ordenamento jurídico, comungando-as com ideias apresentadas nas demais análises pregressas, sendo possível observar a fundamentação de aplicabilidade da coculpabilidade, ora como negação e exclusão da culpabilidade (exculpação); ou então, como mitigação da culpabilidade, seja como circunstância judicial ou atenuante genética; e ainda, como causa de diminuição de pena.

Finalmente, ponderar como a coculpabilidade penal é dialogada no Brasil contemporâneo, com apreciação da doutrina pátria e da jurisprudência, compreendendo os argumentos contrários e favoráveis à sua positivação no ordenamento jurídico.

4.1 Coculpabilidade penal, culpabilidade pela vulnerabilidade e a coculpabilidade às avessas

De início, um apertado escorço histórico sobre a origem e desenvolvimento da coculpabilidade penal se faz necessário, com o propósito de elucidar como o instituto foi construído ao decorrer do tempo, sem que se vislumbra, exatamente, um marco inicial concreto, que concerne ao seu advento.

Certos autores atribuem o início do pensamento, que viria a se tornar o instituto da coculpabilidade penal, a Jean Paul Marat¹³⁶. Ao elaborar o texto “Plano de Legislação Criminal”, datado de 1780, o autor estipulava que se todos seriam, em tese, submissos às leis, aquelas pessoas marginalizadas perante a coletividade, cujas garantias e direitos fundamentais não eram efetivados, não estariam vinculadas a este caráter obrigacional de respeitar a legislação. Desta feita, o *jus puniendi* estatal só poderia ser aplicado àqueles que violam o conjunto normativo, porém, desde que fosse verificado que todos os encargos do Estado para com estes cidadãos estivessem sendo plenamente observados¹³⁷.

Marat floresce sua filosofia assente no contratualismo, contemporâneo de sua época, em que a sociedade abdicou uma fração da liberdade em proveito de sua segurança. Questiona a ambição desmedida do ser humano para acumular riqueza em detrimento de outros, apensando que se a uma pessoa só são ofertadas desvantagens econômicas e sociais, o Estado e o próprio corpo social nada dele podem reivindicar. Outrossim, com ênfase denunciava o sofisma presente nas construções teóricas iluministas, que pretendia uma pena justa e retributiva no âmago de uma comunidade sem justiça distributiva¹³⁸.

Não se quer dizer, entretanto, que o pensamento de Marat conviria à um salvo-conduto para a prática de ilícitos penais, pelos marginalizados socialmente. Com efeito, buscava instituir um discurso ético ao Direito Penal, já que o direito de punir,

¹³⁶ Jean Paulo Marat não possuía graduação em Direito, sendo um importante político da Revolução Francesa, formado em medicina, filosofia e política. Com a finalidade de participação em um concurso, escreveu o texto “Plano de Legislação Criminal”, obtendo destaque pelo seu conteúdo humanista, e, reconhecido, em decorrência de seus textos, como “amigo do povo”. (GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 111).

¹³⁷ ZANOTELLO, Marina. *O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito*. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. 61-62.

¹³⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica*. 197 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2014, p. 100.

outorgado ao Estado, não pode perdurar quando ele mesmo não adimple com seu múnus primário, de salvaguardar os direitos essenciais dos cidadãos¹³⁹.

Partindo do pressuposto do apregoado por Marat, que ressaltava a desigualdade social e a dissemelhança de oportunidades, que alguns autores visualizam as origens da coculpabilidade. Em suma, aqueles que não têm acesso aos meios para prosperar socialmente, similarmente dispõem de uma menor capacidade de autodeterminação, decorrentes da exclusão social¹⁴⁰.

Posicionamento sensivelmente distinto possui Grégore Moura, pois entende que a origem histórica da coculpabilidade se confunde com o advento do liberalismo, esculpido nos ideais iluministas, já que a corresponsabilidade do ente estatal, pela prática de determinados delitos, surge com o contratualismo no Estado Liberal, ou em outras palavras, o crime surge como um modo de ruptura do contrato social. Por outro lado, o Estado igualmente rompe com o contrato social, ao deixar de prover as mínimas condições de vivência digna e desenvolvimento, social e econômico, das pessoas em situação de vulnerabilidade. Em outras palavras, a coculpabilidade é o reconhecimento da quebra do contrato social pelo Estado, nas esferas social, política e jurídica¹⁴¹.

Inobstante, Zaffaroni reconhece que a fonte direta da coculpabilidade são as sentenças do juiz Paul Magnaud, magistrado na França, presidente do Tribunal de Château-Thierry, entre os anos de 1889 a 1904, gênese para seu desenvolvimento teórico e dogmático¹⁴².

Malgrado as referências a Marat, ao rompimento do contrato social no Estado Liberal, ou ainda, as decisões de Magnaud, alguns estudiosos constatarem na teoria normativa da culpabilidade de Reinhard Frank, o embasamento dogmático e os aportes teóricos da coculpabilidade¹⁴³. Fundamentada no afastamento da culpabilidade da mera conexão, do elemento volitivo conjugado entre a conduta praticada e o seu autor, emergindo condições sincrônicas, se inicia o processo de

¹³⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 113.

¹⁴⁰ MOTA, Indaiá Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2013, p. 90.

¹⁴¹ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁴² GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 117.

¹⁴³ Cf. FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2002. E também Cf. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. E também Cf. NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra) legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

teorização da coculpabilidade, dado que a determinada condição social é capaz de influir um estímulo anormal para a prática delitiva, que minora – ou até mesmo afasta completamente – a culpabilidade penal¹⁴⁴.

Já no cenário legislativo, Zaffaroni assegura que o conceito de coculpabilidade já se encontra previsto em ordenamentos jurídicos há um certo tempo, como no Código Penal argentino, desde 1921¹⁴⁵. Nilo Batista, no mesmo sentido, menciona que as orientações correlacionadas a coculpabilidade se faziam presente no Código Penal de 1968, da República Democrática da Alemanha – Alemanha Oriental¹⁴⁶.

Perscrutando uma possível conceituação¹⁴⁷, a coculpabilidade penal consiste na ideia de divisão da responsabilidade entre o delinquentes excluído socialmente e o Estado, dividindo suas parcelas de culpa pelo cometimento de determinados delitos, desde que verificada a existência do liame entre o meio social e o crime praticado.

Dessa forma, a coculpabilidade surge como importante instrumento, no momento em que se reconhece que fatores socioeconômicos podem influenciar na prática de transgressões legais. Acrescenta-se a reflexão de Marina Zanotello, de que a coculpabilidade explora a dificuldade que determinadas pessoas têm no acesso aos direitos jusfundamentais, por efeito da omissão do Estado na esfera social, e, da sociedade, na obrigação de solidariedade de que se têm para com os outros¹⁴⁸.

A gênese do termo “coculpabilidade” pode ser atribuída, facilmente, a Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁴⁹. O autor reconhece que não é exequível desconsiderar que a personalidade de um indivíduo, tal como suas características particulares, são desenvolvidas ou adquiridas no ambiente social que experimenta. Estes fatores, advindos do meio coletivo, influem na educação, costumes e status social, e, por certo, nas condutas delitivas, conquanto, não afasta a individualidade de cada pessoa, que sempre estará presente. Neste sentido, ao censurar legalmente aqueles que agiram em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente, só seria possível afastar as condições sociais, na aplicação da sanção penal quando a todos os cidadãos são ofertadas as mesmas possibilidades de autorrealização, o que em tempo algum aconteceu e com improbabilidade ocorrerá. Portanto, deve-se reconhecer que a

¹⁴⁴ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 119.

¹⁴⁵ *Apud* ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 62.

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 105.

¹⁴⁷ GIACOAIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 144-146, *passim*.

¹⁴⁸ ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 76.

¹⁴⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires, Hammurabi, 1981. E também Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ordem social, disciplinada pelo conjunto normativo, não brinda a todos com as mesmas oportunidades e, conseqüentemente, exige-se mais destes grupos marginalizados, outorgando à sociedade parte da culpabilidade pela conduta ilícita de certos tipos penais, intitulado este fenômeno de “coculpabilidade”¹⁵⁰.

Lado outro, a coculpabilidade fragmenta parte da responsabilidade, atribuindo-a também ao Estado, em comunhão com a sociedade e o agente, desde que verificado que a este último foram negados direitos básicos, fundamentais a vivência minimamente digna. Constitui-se como a “*mea culpa*” entre o autor da conduta delitiva, o ente estatal e a própria comunidade¹⁵¹.

Constitui uma mudança paradigmática, onde é aceita a presença de elementos externos incisivos nos comportamentos dos indivíduos, que impreterivelmente devem ser trazidos à baila, mediante apreciação casuística, no instante da aplicação da pena. Não só isso, consagra a adoção do Direito Penal do Equilíbrio, vertente do ramo jurídico que mais se harmoniza com os seus fins, garantindo que o autor seja punido pela sua atuação ilegítima, sobretudo, sem deixar de que sejam ponderados elementos cruciais que motivaram o comportamento ilícito. Eugenio Raúl Zaffaroni (1986, p. 59), aduz:

Reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que estão em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente compreendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar igualmente aqueles que se encontram na mesma situação. O ônus da reprovação que deve ser retirado de quem sofre de uma carência social, deve ficar a cargo da sociedade, que motiva essa carência, e não do desfavorecido, que não pode prover a sua própria subsistência¹⁵².

Juarez Cirino dos Santos defende que a coculpabilidade é uma tese admissível, enquanto compensação atenuante da responsabilidade dos indivíduos que são socialmente inferiorizados, posto que a sociedade organizada da qual o agente faz

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 65-66, *passim*.

¹⁵¹ CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. *A teoria da coculpabilidade do Estado e a seletividade do Direito Penal*. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2014, 34.

¹⁵² No original: Reprochar con la misma intensidad a personas que ocupan situaciones de privilegio y a otras que se hallan en situaciones de extrema pobreza es una clara violación al principio de igualdad correctamente entendido, que no significa tratar a todos por igual, sino tratar igual a quienes se encuentran en igual situación. La carga de reproche que debe restársele a quien padece una carencia social, debe cargala la sociedad que motiva esa carencia y no el carenciado que no puede proveer a su superación (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina*. Informe Final, 1986, n.p.).

parte, também é responsável pelas injustiças das condições desfavoráveis da população marginalizada, sendo estas determinantes para o comportamento anômalo e aquém da legalidade¹⁵³.

Em contrapartida, salienta-se, não tem como escopo transferir a totalidade da responsabilidade do delito para o Estado, em vez de atribuí-la ao autor. Haveria assim uma confusão, senão outorga errônea daquele que deve ser punido pela ação transgressora. Se pretende, com isso, dividir, “corresponsabilizar” o ente estatal na culpa, visto que sua omissão e desmazelo torna influenciada a ação delituosa.

É significativo destacar que a coculpabilidade não consente com a corrente determinista, já que esta interpreta os comportamentos humanos como frutos de sua própria natureza e não de suas escolhas. Os recursos teóricos da coculpabilidade, desenvolvidos por Zaffaroni, depreendem o livre-arbítrio do responsável pela ação delituosa, porém, em certos contextos, de estado de vulnerabilidade e de exclusão social, a liberdade para entregar-se a sua particular vontade é minorada, tornando inverossímil exigir do agente um proceder diverso.

Aclara-se a responsabilização do Estado, por negligenciar proteção e viabilização dos direitos fundamentais a estas pessoas. Por outro lado, imperioso acautelar que a coculpabilidade, em nenhum momento, indica que a criminalidade é praticada, tendencialmente, pelas pessoas em situação marginal, integrantes das classes menos favorecidas e em situação de vulnerabilidade¹⁵⁴. A coculpabilidade unicamente constata que a possibilidade de se autodeterminar é retirada, em maior ou menor grau, pelo estado de vulnerabilidade em que se encontra¹⁵⁵.

Nesta continuidade, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho discorrem que na coculpabilidade penal, o livre-arbítrio não assume natureza absoluta. Embora os parâmetros para a autodeterminação da pessoa não sejam denegados, ou mesmo afastados, no parecer avaliativo da reprovabilidade do fato, se o Estado e mesmo a sociedade, não concedem a todos as mesmas oportunidades e meios a desenvolver seus caracteres individuais, existem indivíduos cuja autodeterminação é ínfima. As adjacências sociais têm de ser ponderadas quando da aplicação da pena, condicionada a verificação, no caso concreto, de que existe uma razoável ligação

¹⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 337-338.

¹⁵⁴ Cf. Subcapítulo 1.1 deste trabalho.

¹⁵⁵ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 128-130, *passim*.

entre a omissão estatal, a marginalização social e o fato danoso cometido pelo agente. Isto tudo decorre de um postulado lógico, a implementação do Estado Democrático e Social de Direito, oriundo da promulgação da Constituição Federal, que prescreve a elaboração de meios a satisfazer os direitos sociais, culturais e econômicos, de todos os cidadãos¹⁵⁶.

Construídas as primeiras delimitações teóricas sobre a coculpabilidade penal, quais sejam, sua origem histórica e sua conceituação, é imperioso cuidar-se, de ora em diante, de terminologias empregadas ao instituto, já que diferentes nomenclaturas são utilizadas para se referenciar como sinônimos de coculpabilidade, sem a devida ponderação e, principalmente, faz-se uso sem a subsunção necessária.

Grégore Moura entende que o termo coculpabilidade é sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade¹⁵⁷, trazendo de maneira expressa em sua obra. Além disso, ressalta que o prefixo “co” reflete o estar junto, dividir algo, ou seja, a presença do Estado, de forma indireta, no cometimento de certos delitos. Já o sufixo “culpabilidade”, igualmente diz respeito ao ente estatal, mas neste caso, para sobressair seu inadimplemento na efetivação de suas atribuições, especialmente aquelas relacionadas a inclusão socioeconômica dos cidadãos menos favorecidos, proporcionando a estas pessoas, quando acusadas da prática de determinado delito, um menor juízo de reprovabilidade, em vista do cenário de hipossuficiência e do liame entre ela e a conduta praticada. Conclui que o vocábulo culpabilidade não é aplicado no sentido dogmático, ou em outras palavras, como o juízo de reprovação de um fato típico e antijurídico, mas como uma via de implicação indireta do Estado, pela omissão na concretização das obrigações decorrentes da Lei Maior¹⁵⁸.

Todavia, em desconformidade com o entendimento do autor, justifica-se no presente trabalho, que a coculpabilidade penal não pode ser tratada como sinônimo de culpabilidade pela vulnerabilidade, partilhando do parecer de Zaffaroni, que em grande parte foi quem justamente desenvolveu dogmaticamente ambas as teorias. Embora em certo ponto as duas ideias se interligam, ao mesmo tempo apresentam pontos divergentes entre si, tornando importuno empregar a elas a mesma amplitude teórica e prática.

¹⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 70-73, *passim*.

¹⁵⁷ O autor ainda acrescenta que outros estudos trazem expressões de sentido semelhante, como por exemplo, exigibilidade social, análise de condições socioeconômicas do agente e culpabilidade delinquencial atenuada.

¹⁵⁸ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

De maneira mais minuciosa, a culpabilidade pela vulnerabilidade exterioriza que o juízo de censura penal não pode ser o mesmo em todos os casos. A reprovabilidade, pela menor autodeterminação de alguns indivíduos frente a possível ação delituosa, é menor quanto aos sujeitos que são marginalizados pela sociedade, ante o alto grau de vulnerabilidade¹⁵⁹.

Zaffaroni dilucida que as situações de vulnerabilidade podem ser produzidas por dois grandes grupos de fatores de vulnerabilidade: “posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade”. Na primeira hipótese, a vulnerabilidade decorre de causas predominantemente sociais, ou seja, é condicionada socialmente, consistindo no risco que a pessoa tem por simplesmente pertencer a determinado grupo, classe, minoria ou estratificação social. Por sua vez, o esforço pessoal para a vulnerabilidade tem natureza majoritariamente individual, onde também há a situação de vulnerabilidade, porém, esta decorre das próprias ações do cidadão, que o coloca nesta situação. A realização do “injusto” é um dos fragmentos que compõem o esforço para a vulnerabilidade, se “auto conduzindo” até ela autonomamente¹⁶⁰.

Neste sentido, o conceito material de culpabilidade, apreciado na ponderação da pena a ser imposta, subsequente a condenação por dada prática delituosa, ligar-se-á ao empenho que o agente empreendeu para atingir concretamente a situação de vulnerabilidade, tornando-o suscetível de ser alcançado pelas agências penais. A averiguação do estado de vulnerabilidade fundamenta-se no status social do agente, do seu posicionamento no escalonamento da sociedade, qual sua atividade laborativa e a renda dela decorrente, e não menos importante, sua proximidade ou distanciamento do poder, já que este produz uma espécie de proteção frente o sistema penal, para quem está contíguo a ele. Como é observado o esforço pessoal para posicionar em um estágio de maior vulnerabilidade, não se reprova na culpabilidade o estado de vulnerabilidade em si mesmo, mas justamente esta dedicação particular realizada para conquistar o quadro perceptível de debilidade. Essa análise da vulnerabilidade outorgaria a possibilidade de aprimoramento ético da culpabilidade,

¹⁵⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 134-135, *passim*.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 270.

aclarando o caráter seletivo do sistema penal, tornando evidente a sua influência na aplicação e dosimetria da pena¹⁶¹.

Na compreensão de Zaffaroni, quanto mais restrita a pessoa estiver, por sua localização de vulnerabilidade, menor será a liberdade para se autodeterminar à prática do injusto. Via de regra, o estado de vulnerabilidade originará um menor nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, posto que o empenho privativo para a condição vulnerável é baixo¹⁶².

Alinhando as duas teorias, é inteligível que tanto a coculpabilidade quanto a culpabilidade pela vulnerabilidade, têm o objetivo de moderar o *jus puniendi* estatal, ao reconhecer a seletividade do sistema penal, introduzindo ao juízo de reprovabilidade a avaliação do nível de esforço que a pessoa empregou para se colocar em uma situação de vulnerabilidade, sem afastar que, uma vez havendo condições sociais adversas, já será apontado como vulnerável. Entretanto, embora semelhantes, as teorias não se confundem, dado que a culpabilidade pela vulnerabilidade tem uma aplicação mais abrangente, pois engloba outras formas de estado de vulnerabilidade, como a psíquica ou a familiar, por exemplo, enquanto a coculpabilidade ocupa-se tão somente da vulnerabilidade socioeconômica¹⁶³.

Da confrontação entre as conjecturas, Zaffaroni conclui pela aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade ao invés da coculpabilidade, justificando-se através da exposição de alguns motivos. Primeiramente, a forma como a coculpabilidade é apresentada acarreta a percepção preconceituosa de que a pobreza é a razão para todos os crimes que são praticados. Em um segundo momento, a coculpabilidade instruiria o Direito Penal a um modelo de dualidade classista: condenar de modo mais severo os cidadãos em melhor condição social e econômica, enquanto puniria de maneira menos rigorosa as classes subalternas. Por fim, por derivação, a coculpabilidade comprovaria que o Direito Penal será permanentemente arbitrário e seletivo¹⁶⁴.

Intenta-se, data vênua, preencher as lacunas e incongruências apresentadas pelo autor argentino, que em tese, fariam cair por terra a presente pesquisa. Como

¹⁶¹ SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 123-124, *passim*.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 273-275, *passim*.

¹⁶³ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 136.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: ICC-Revan, ano 9, n.14, p. 31-48, 2004, p. 36-37.

exposto anteriormente, pela própria conceituação trazida para o instituto da coculpabilidade penal, desloca-se parte da responsabilização para o Estado e para a sociedade, unindo-os ao agente, ante o cometimento de determinados crimes, nota-se, condicionada a apuração da presença do vínculo entre o meio social do infrator da norma penal e o delito praticado. A autodeterminação do autor do fato é mitigada, em virtude de suas condições sociais, suas motivações são diferentes e o fundamento da coculpabilidade é justamente que a sua vulnerabilidade social seja ponderada, aproximando o Direito Penal da realidade, afastando a idealização da pobreza como única motivação para a criminalidade.

A posteriori, a coculpabilidade não transporta o Direito Penal para um paradigma classista, habilitando um poder punitivo maior para as classes hegemônicas e inferior para as classes subalternas. Inclusive, esta não é a ideia proposta pela coculpabilidade penal, no entanto, reflete a chamada “coculpabilidade às avessas”, movimento de ascensão da reprovação social, cuja fundamentação teórica foi afastada do conceito original, a fim de esclarecer possíveis contradições.

Como a própria nomenclatura indica, se a coculpabilidade é a menor reprovabilidade, decorrente da limitação na autodeterminação que uma pessoa tem, cometendo um determinado crime sob a influência do meio social em que habita, a coculpabilidade às avessas consiste na maior repreensão penal, daqueles que praticaram um delito, mesmo que a estes foram ofertados todos os direitos e garantias fundamentais, inexistindo ingerências sociais no seu autodeterminar.

Há de se destacar que a coculpabilidade às avessas não se resume apenas a esta vertente, conforme estudo anterior realizado¹⁶⁵, podendo se manifestar de três formas distintas, partindo da legislação pátria vigente. A primeira delas seria a tipificação de condutas dirigidas exclusivamente às pessoas marginalizadas; ou então, aplicando penas mais brandas aos macrocrimes (crimes do colarinho branco), e, estipulando as possibilidades de ressarcimento do dano causado pelo delito; e, por fim, como fator determinante para a diminuição da reprovação social e penal¹⁶⁶.

Na primeira conjectura, relacionada à tipificação de ações direcionadas únicas e exclusivamente para aquelas pessoas que se encontram nas estratificações periféricas, o Decreto-lei nº. 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais, disciplinava e ainda disciplina acerca de situações que se enquadram nestes moldes. Os artigos 59

¹⁶⁵ GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos, op. cit., p. 144-149.

¹⁶⁶ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

e 60, este último revogado apenas em 2009, por intermédio da Lei nº. 11.983/09, tratam das contravenções penais de vadiagem e de mendicância¹⁶⁷.

A contravenção penal de vadiagem, primeiro instituto aludido da Lei de Contravenções Penais, permanece em vigor nos dias atuais, reprimindo penalmente aqueles que se entregarem à ociosidade, ainda que válidos para o trabalho, sem que os mesmos possuam renda que lhes assegure a subsistência lícita. Já a contravenção penal de mendicância, extinta da legislação penal há poucos anos, tinha um alcance – questionável – ainda maior, pois punia mendigos e constituía-se como causa de aumento de pena se, por exemplo, o agente o fizesse na companhia de um filho menor de dezoito anos.

Se perfaz uma punição dupla do Estado aos membros das classes sociais menos favorecidas, ao priva-las dos direitos elementares e básicos para uma vivência digna, *exempli gratia*, condições de moradia, alimentação e trabalho, inadimplindo assim, com os encargos decorrentes da Carta Magna, e, condenando-as como incurso a prática das referidas contravenções penais, por se encontrarem nesta condição vulnerável.

A segunda modalidade funda-se na distinção da punição dos crimes do colarinho branco – ou macrocrimes, designados como “crimes bons”, normalmente de ordem tributária e financeira, ensejando afetação negativa a uma quantidade considerável de vítimas, para a criminalidade comum, ditos “crimes ruins”, bem como o modo hipotético-legal de ressarcimento pelos danos causados¹⁶⁸.

No tocante aos crimes “ruins”, tratados como comuns ao cotidiano brasileiro, o artigo 16 do Código Penal, que prevê o arrependimento posterior¹⁶⁹, e, o artigo 65, III,

¹⁶⁷ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:

a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento.

b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;

c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos.

¹⁶⁸ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁶⁹ Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

b, do mesmo diploma¹⁷⁰, uma das possibilidades de circunstância atenuante da pena, são os cenários jurídicos aplicáveis.

A seu turno, para os crimes do colarinho branco, a legislação oportuniza aos seus agentes uma série de benefícios. O artigo 168-A do Código Penal dispõe sobre a apropriação indébita previdenciária¹⁷¹, contudo, em seu §2º, declara extinta a punibilidade do autor se, de forma espontânea, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. Com tais características, o artigo 34 da Lei nº. 9.249/95 assegura a extinção da punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, bem como em relação ao crime de sonegação fiscal, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. Inegável o tratamento dispare entre as exemplificações aduzidas, uma vez que a benesse concedida aos criminosos economicamente bem-sucedidos não é verificada de igual maneira nos praticantes de crimes comuns¹⁷².

Finalmente, a coculpabilidade às avessas teria como terceira e última vertente, o aumento da reprovabilidade social, ao autor de crime que fosse incluído socialmente. Ora, se está diante de tese plenamente contrária à coculpabilidade, uma distorção do instituto. Na condição de estar o agente delitivo plenamente inserido no contexto social, exercendo suas prerrogativas legais de modo integral, resguardados seus direitos fundamentais, da maneira que se espera ver identificado em cada cidadão do corpo social, o ente estatal estará não mais do que se encarregando das obrigações advindas do Estado Democrático de Direito, injustificado qualquer juízo de reprovação mais gravoso.

¹⁷⁰ Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

¹⁷¹ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

[...]

§2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

¹⁷² MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

Enfrentando a última premissa apresentada por Zaffaroni para o não acolhimento a teoria da coculpabilidade, é imprescindível destacar que seus fundamentos não desconsideram a seletividade penal, mas contrariamente, sua positivação no ordenamento jurídico, avista a tentativa de reduzir o caráter seletivo do Direito Penal, dado que o grupo objeto dos processos de criminalização é constituído, basicamente, pelos membros das estratificações sociais mais baixas da população¹⁷³.

À luz dos pressupostos desenvolvidos, entende-se que a teoria da coculpabilidade penal detém fundamentação teórica, sua práxis é factível e melhor se subsume ao objeto finalístico, quando comparada à culpabilidade pela vulnerabilidade. Ao passo que esta dispõe de uma visão macro dos elementos que ensejam a condição de vulnerável a uma determinada pessoa em uma dada circunstância, a coculpabilidade trabalha com a perspectiva micro de vulnerabilidade social, específica às particularidades para a percepção do fenômeno criminal, quando presente o liame social na ação delituosa.

Cumpra, assim, analisar o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto a aplicação da coculpabilidade penal, diante da inexistente previsão legal do instituto no ordenamento jurídico vigente.

4.2 Coculpabilidade penal na jurisprudência brasileira

Conquanto ser a coculpabilidade penal, temática em crescente aprofundamento científico, até ao presente, permanece encarada com vasta hesitação, principalmente quando perscrutada a jurisprudência pátria. É prontamente verificável que as decisões encontradas se baseiam em uma semelhante construção argumentativa, restando pouquíssimas decisões favoráveis à admissão da tese da coculpabilidade penal em casos práticos.

Primeiramente, em algumas situações em que a defesa do acusado pleiteou a redução da pena, mediante aplicação da coculpabilidade, por subsunção ao artigo 66 do Código Penal em vigor (atenuante genérica), o parecer jurisprudencial foi pelo seu não cabimento, sob a argumentação de que não foram demonstrados os prejuízos suportados pelo acusado, decorrentes da condição social. *Exempli gratia*, o Recurso

¹⁷³ MOTA, Indaiá Lima, op. cit., p. 94.

de Apelação Criminal nº. 17448832 PR 1744883-2, julgado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A REDUÇÃO DA PENA MEDIANTE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PENA DEFINITIVA FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO. INCABÍVEL APLICAÇÃO DA COCULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO DO APELANTE DECORRENTE DE SUAS CONDIÇÕES SOCIAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO¹⁷⁴.

Nota-se, pelo que se extrai e indica a referida decisão, que uma vez comprovados os danos sociais acarretados ao indivíduo, e, o liame desta conjuntura ao delito praticado, aplicar-se-ia a tese da coculpabilidade, a fim de reduzir a pena imposta.

Em análoga decisão, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento do Recurso de Apelação Criminal nº. 20150111063874 0031131-96.2015.8.07.0001, firmou que a tese coculpabilidade estatal, no caso em comento, não deveria prosperar, pois a sua aplicação é condicionada a comprovação concreta e efetiva da culpa do Estado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE ESTATAL - INAPLICABILIDADE. I. Evidenciadas a autoria e a materialidade do delito de tráfico de drogas, deve permanecer incólume o decreto condenatório. II. Não prospera a tese defensiva de incidência do princípio da coculpabilidade estatal para reduzir a pena-base imposta ao réu, pois, conforme o entendimento dominante da jurisprudência pátria, a aplicação deste princípio depende de comprovação concreta e efetiva da culpa estatal, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes. III. Recurso conhecido e não provido¹⁷⁵.

Movendo o estudo para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de rigor denotar que em certos julgados, como no HC 509589 SP 2019/0133862-9, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e, no HC 162412 DF 2019/0133862-9, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, ambos deixaram de apreciar o pleito para aplicação da coculpabilidade penal aos casos analisados, sob o

¹⁷⁴ TJ-PR - APL: 17448832 PR 1744883-2 (Acórdão), Relator: Desembargador João Domingos Küster Puppi, Data de Julgamento: 11/10/2018, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 2367 18/10/2018.

¹⁷⁵ TJ-DF 20150111063874 0031131-96.2015.8.07.0001, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Data de Julgamento: 27/04/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/05/2017 . Pág.: 399/419.

argumento que o instituto não havia sido apreciado pela corte de origem, tolhendo, assim, a supressão de instâncias.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em singular veredito no REsp 1.394.233, que a previsão do artigo 66 da codificação penal não se restringe as hipóteses da coculpabilidade penal, mas abarca a possibilidade de observância, seja qual for a circunstância considerada relevante pelo julgador, seja anterior ou posterior ao crime:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI. DOCTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA. [...] Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante. [...] ¹⁷⁶.

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 157349, em 28 de maio de 2018, apresentou significativas considerações acerca da coculpabilidade penal. Sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, a argumentação sustentada descreveu que a coculpabilidade se destina àquelas relações entre pessoas “comuns” e o Estado, que ao não efetivar políticas públicas, ocasiona uma diminuição da responsabilização penal, ajustando o juízo de reprovabilidade que recai sobre a pessoa acusada. Além disso, destacou que a teoria se aplica exclusivamente aos que dispõem de liberdade de escolha limitada, na dependência das condições sociais que são subordinados a viver.

Inobstante, copiosamente inovador e progressista, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, egrégio por suas decisões transformadoras, de antemão aplicou a coculpabilidade, em um caso de adequação ao delito de roubo. De relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, na Apelação Criminal nº. 70002250371, a Quinta Câmara Criminal negou provimento ao recurso, interposto

¹⁷⁶ STJ - REsp: 1394233 RN 2013/0266536-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/05/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2016.

pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul. Sobrelevando a fundamentação do juízo de 1º Grau, e, principalmente, observando detalhadamente as circunstâncias do caso concreto, tal como devem ser motivadas todas as decisões, nas lides que chegam até o Poder Judiciário, restou frisado que no caso em tela, a motivação do delito foi determinada pelo sistema de desigualdades sociais e a situação de vulnerabilidade, afligidos pelo réu, e, que marginalizam grande parte da população brasileira. Ao que segue a ementa:

ROUBO. CONCURSO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE . Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica de agentes, não se sustenta a majorante do concurso, pena de “bis in idem”. Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (lei 2.252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática de delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial. O princípio da co-culpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu. Recurso improvido, com louvor à Juíza sentenciante¹⁷⁷.

Em face do exposto, é verossímil concluir que até o momento presente, é vigorosa a reluta jurisprudencial para adotar a tese da coculpabilidade como cabível no Direito brasileiro, salvo raras exceções. Por vezes, alega-se a sua inaplicabilidade por inexistência de previsão legal; por outras, pela não demonstração de subsunção da hipótese aos casos concretos.

Com o propósito de sanear estes óbices, essencial perquirir sobre as alternativas para positivação da coculpabilidade penal no Brasil, orientando o ordenamento jurídico pelos saberes científicos articulados da Criminologia, da Política Criminal e do Direito Penal, com a intenção de harmonizar as ciências criminais à conjunção contemporânea da coletividade brasileira.

4.3 Alternativas para positivação da coculpabilidade no ordenamento jurídico

Traçadas as considerações teóricas sobre a coculpabilidade penal, perpassando por seu conceito, origem histórica, indissociáveis distinções com a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade e a coculpabilidade às avessas, além da jurisprudência, dar-se-á relevância sobre as possibilidades de inclusão expressa no

¹⁷⁷ TJ-RS - Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001.

ordenamento jurídico pátrio, explorando-se as justificativas e críticas desencadeantes de cada opção legislativa, posto que as principais argumentações contrárias a aplicabilidade da coculpabilidade fundam-se justamente na inexistência de previsão legal.

Metodologicamente, decide-se progredir das propostas mais exíguas para as mais intensas, quando analisados os impactos na dosimetria da pena. As asserções partem das circunstâncias judiciais, transitando pelas atenuantes genéricas, causas de diminuição da pena, até tocar as hipóteses de exculpação. Por consequência, serão examinadas perspectivas que vão desde a diminuição da culpabilidade do agente até a sua negação ou exclusão completa, provocando diferentes reações dogmáticas.

No Código Penal brasileiro em vigor, adota-se na aplicação da pena o sistema trifásico, desenvolvido por Nelson Hungria. Nos termos do artigo 68 do diploma legal supracitado, na primeira etapa fixa-se a pena-base, observando as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 da mesma codificação penal. A posteriori, na segunda fase, o magistrado deverá considerar a existência de atenuantes e agravantes na conduta delitiva, pautando-se dos artigos 61 ao 67 do Código Penal. Finalmente, na terceira e última fase, serão apreciadas as causas de aumento e de diminuição da pena. Uma vez observadas as três etapas, estipula-se a pena a ser imposta ao indivíduo, ressaltando, mormente, que nos dois primeiros estágios, o juiz estará restrito aos parâmetros da pena mínima e máxima estabelecidos por lei, podendo a sanção penal ser fixada fora destas balizas tão somente na última fase.

Isto posto, a primeira predileção se encontra na positivação da coculpabilidade penal, inserindo-a no artigo 59 do Código Penal¹⁷⁸, como uma circunstância judicial que afetaria a primeira etapa de dosimetria e aplicação da pena. Os argumentos favoráveis para este modelo de positivação partem do silogismo de que, se em razão das condições sociais, uma pessoa não dispõe de capacidade suficiente para autodeterminar-se, ou seja, o estado de vulnerabilidade social interfere diretamente

¹⁷⁸ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

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.

sobre ela, os motivos que predispueram a prática delitiva devem ser valorados, são circunstâncias a serem ponderadas¹⁷⁹.

Pode-se afirmar que é a mais acanhada das propostas, os efeitos do reconhecimento da coculpabilidade seriam ínfimos, partindo do pressuposto de que a pena-base fosse fixada no mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais não têm o condão de deslocar a pena aquém do mínimo legal¹⁸⁰.

Denota-se que o Projeto de Lei nº. 3.473/2000, de 27 de setembro de 2011, que alteraria a Parte Geral do Código Penal, previa a inclusão da apreciação, no caso concreto, das oportunidades sociais oferecidas ao acusado, conforme o *caput* do artigo 59, influenciando na dosimetria da pena. Ademais, o artigo 68-A determinava que em crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, observando os critérios do artigo 59, e, uma vez havendo desproporcionalidade entre o fato concreto e a pena mínima cominada, o magistrado poderia, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até a metade¹⁸¹.

Exempli gratia, no contexto sul-americano, a coculpabilidade é prevista expressamente como circunstância judicial em dois diplomas legais, consoante o artigo 45, do Código Penal do Peru¹⁸², e, o artigo 65, do Código Penal paraguaio¹⁸³.

A segunda possibilidade de inserção da coculpabilidade penal no ordenamento jurídico, subsistiria como uma circunstância atenuante, a ser aplicada na segunda fase da dosimetria a pena. Para Grégore Moura, a hipótese concreta para posituação é a sua inserção no rol de atenuantes do artigo 65 da codificação criminal em vigor,

¹⁷⁹ ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 104.

¹⁸⁰ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁸¹ Está em tramitação um novo Projeto de Lei – PLS nº. 236/2012, que visa alterar a codificação penal, não prevendo a coculpabilidade como circunstância judicial, tal como a proposta anterior, além de suprimir as atenuantes inominadas no artigo 82 do novo Código Penal proposto.

¹⁸² Tradução livre: “Artigo 45º - Pressupostos para o estabelecimento e determinação da pena: O juiz, ao estabelecer e determinar a pena, tem em conta: a. As deficiências sociais que o agente possa ter sofrido ou o abuso da sua posição, posição econômica, formação, poder, cargo, profissão ou função na sociedade. b. A sua cultura e costumes. c. Os interesses da vítima, da sua família ou das pessoas que dependem dele, assim como o efeito sobre os seus direitos e especialmente tendo em conta a sua situação de vulnerabilidade”.

¹⁸³ Tradução livre: “Artigo 65.º - Base de medição: A medida da pena deve ser baseada e limitada pela censura do autor; os efeitos da pena na sua vida futura na sociedade devem também ser tidos em conta. Ao determinar a pena, o tribunal deve ponderar todas as circunstâncias gerais a favor e contra o autor e, em particular: 1. os motivos e objetivos do autor; 2. a atitude em relação à lei; 3. a intensidade da energia criminoso utilizada na realização do ato; 4. o grau de ilegalidade da violação do dever de não agir ou, em caso de omissão, de agir; 5. a forma de atuação, os meios utilizados, a extensão dos danos e perigos, e as consequências repreensíveis do ato; 6. a vida anterior do autor e as suas condições pessoais e econômicas; e 7. a conduta após o facto e, em particular, os esforços para reparar os danos e reconciliar com a vítima. 3. na medida da pena, as circunstâncias que pertencem ao tipo legal”.

acrescentando uma alínea no inciso III do aludido dispositivo. O autor considera uma proposta mais inovadora, se comparada a primeira tese apresentada, já que a previsão expressa da coculpabilidade fortaleceria a indispensabilidade de aplicação, limitando o poder interpretativo do magistrado, diante da amplitude do artigo 59 do mesmo diploma legal. Todavia, optando o legislador por adotar este raciocínio, na prática a pena cominada permaneceria aprisionada ao mínimo legal¹⁸⁴.

Não obstante, a compreensão da doutrina contemporânea é pela subsunção da coculpabilidade penal ao artigo 66 do Código Penal, norma que explana a chamada “atenuante genérica”¹⁸⁵. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sustentam que a coculpabilidade, nos dias hodiernos, integram a ordem jurídica de todo Estado Democrático e Social de Direito, em que sejam reconhecidos à sua população os direitos econômicos e sociais, e, no cenário brasileiro, tem cabimento por intermédio da disposição abrangente do artigo supramencionado¹⁸⁶.

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, comungando do mesmo ponto de vista, apontam que a atenuante denominada garante a receptividade da coculpabilidade penal, em face da sua condição não taxativa de circunstâncias atenuantes. A codificação criminal, neste sentido, assente a diminuição da pena por motivo de contexto expressivo, seja precedente ou subsequente ao delito, ainda que não previsto na legislação, facultando um instrumento jurídico-legal de implementação deste expediente de igualdade e justiça social. Para os autores, a coculpabilidade, como circunstância atenuante da pena, não pode ter sua observância aplicada tão somente em casos de vulnerabilidade econômica do condenado, atentando que esta é apenas uma das possíveis condições variáveis que abarcam o múnus de prestação estatal. Nesta acepção, deve-se valorar a situação econômica e as condições de construção intelectual, visto que ambas são fundamentais para conclusão quanto ao grau de autodeterminação de que dispõe a pessoa¹⁸⁷.

Marina Zanotello, entretanto, interpreta que a pretensão de apensar a coculpabilidade como condição atenuante da pena, vai ao encontro do idêntico problema de inseri-la como circunstância judicial, qual seja, a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal nas duas primeiras etapas da dosimetria. Identifica, ainda, que

¹⁸⁴ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁸⁵ Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

¹⁸⁶ *Apud* ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 105.

¹⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 74-75.

este é o mesmo argumento que parte dos magistrados constata, no problema de reconhecimento da coculpabilidade, pois, embora reconheçam o instituto em suas decisões, optam por não o aplicar¹⁸⁸.

Ainda assim, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho compartilham o entendimento de que a aplicação da coculpabilidade como atenuante genérica, no núcleo dogmático jurídico-penal, concebe um aparato capaz de minimizar a inefetividade na promoção dos direitos sociais, culturais e econômicos, prescrevendo ao ente estatal, responsável por esta ausência de efetivação, uma “sanção”, ainda que simbólica ou residual, decorrente da infidelidade de sua própria legalidade, alusiva a estrutura do Estado Democrático e Social de Direito¹⁸⁹.

Neste sentido, o Código Penal boliviano adota a coculpabilidade por duas formas distintas, sendo elas, como circunstância judicial, nos termos do artigo 38¹⁹⁰, e, como atenuante genérica, de acordo com o artigo 40¹⁹¹, ambos da codificação criminal. Por sua vez, no Código Penal argentino, à luz dos artigos 40 e 41, regulam as circunstâncias atenuantes, trazendo à baila, no julgamento e fixação da pena, fatores de vulnerabilidade social¹⁹².

¹⁸⁸ ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 107.

¹⁸⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 79.

¹⁹⁰ Tradução livre: “Artigo 38º. (Circunstâncias). (1) Na avaliação da personalidade do autor, serão tidos em conta, em primeiro lugar, os seguintes aspectos: a) A idade, a educação, os costumes e a conduta anterior e posterior do sujeito, os motivos que o levaram a cometer o crime e a sua situação econômica e social; b) As condições especiais em que se encontrava no momento da infração e os seus outros antecedentes e condições pessoais, bem como os seus laços de parentesco, amizade ou os nascidos de outras relações, a qualidade das pessoas ofendidas e outras circunstâncias de natureza subjetiva. Devem também ser tidos em conta: premeditação, motivo em circunstâncias anti-sociais, malícia acima de tudo e exagero. (2) A fim de avaliar a gravidade do ato, devem ser tidos em conta: a natureza da ação, os meios empregues, a extensão dos danos causados e o perigo envolvido”.

¹⁹¹ Tradução livre: “Artigo 40º. (Fatores Atenuantes Gerais). A pena também pode ser atenuada: (1) Quando o autor tiver agido por uma razão honrosa, ou movido pela miséria, ou sob a influência de sofrimento moral grave e injusto, ou sob a impressão de uma ameaça grave, ou pelo ascendente de uma pessoa a quem deve obediência ou de quem depende. (2) Quando se distinguiu na vida anterior por uma conduta particularmente meritória. (3) quando tiver provado o seu arrependimento através de atos, e especialmente através da reparação dos danos, na medida do possível. 4) Quando o agente é um indígena sem educação e a sua ignorância da lei pode ser provada”.

¹⁹² Tradução livre: “ARTIGO 40.- Nas penas divisíveis por tempo ou quantidade, os tribunais fixarão a pena de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de acordo com as regras do artigo seguinte”. “ARTIGO 41.- Para os efeitos do artigo anterior, será tido em conta: 1º. A natureza da ação e os meios utilizados para a levar a cabo e a extensão dos danos e perigos causados; 2º. A idade, educação, costumes e conduta anterior do sujeito, a qualidade das razões que o determinaram a cometer o crime, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o apoio necessário para si próprio e para a sua família, a participação no ato, a reincidência em que incorreu e os outros antecedentes e condições pessoais, bem como os laços pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, maneira e ocasião que demonstram o seu maior ou menor perigo. O juiz deve tomar conhecimento direto e visual do sujeito, da vítima e das circunstâncias do evento, na medida do necessário em cada caso”.

A terceira prognose se esteia na positivação da coculpabilidade como causa de diminuição de pena. Esta pressuposição é adotada por Grégore Moreira de Moura, que sugere a adição de mais um parágrafo ao artigo 29 do Código Penal¹⁹³, que versa sobre o concurso de pessoas, com a seguinte redação: “Se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”. Por conseguinte, a proporcionalidade da redução da pena estaria conexas às condições negativas elencadas, considerando ser esta a melhor opção para prever expressamente a coculpabilidade no ordenamento jurídico pátrio, pois é a mais congruente com a idealização do Direito Penal democrático e liberal, lastreado no garantismo penal, tendo em vista que melhor oportuniza individualizar a pena aplicada, propiciando reduzi-la aquém do mínimo legal, a luz de sua incidência na terceira fase da dosimetria¹⁹⁴.

Semelhantemente ao exposto, o artigo 56, do Código Penal da Colômbia, prevê as condições de extrema marginalidade ou pobreza, como causa de diminuição da pena, ponderada pelo grau de influência direta na execução da conduta punível¹⁹⁵.

A quarta e última proposta desenvolvida, como modalidade de previsão expressa da coculpabilidade penal, é digna de maior detalhamento, pois as repercussões de sua aplicação são substancialmente mais vigorosas, quando comparadas às proposituras anteriormente apresentadas.

Justifica-se pelo deslocamento do foco da discussão jurídica, que é transportado para o âmbito do direito instituinte, na perspectiva do pluralismo jurídico e do plano alternativo em sentido estrito. Dessarte, ao reconhecer um sistema jurídico como plúrimo, que não se resume nas fontes formais do direito, viabiliza o reconhecimento de prerrogativas emergentes, corporificando um complexo de normas não estatais, que têm em vista coexistir no direito positivo. No âmbito penal, a

¹⁹³ Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

¹⁹⁴ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁹⁵ Tradução livre: “Artigo 56. Condições de extrema marginalidade ou pobreza: Quem executar a conduta punível sob a influência de situações profundas de marginalidade, ignorância ou pobreza extrema, na medida em que tenha influenciado diretamente a execução da conduta punível e não tenha entidade suficiente para excluir a responsabilidade, incorrerá numa pena não superior a metade do máximo, nem inferior a um sexto do mínimo indicado na respectiva disposição”.

admissão do pluralismo jurídico faz reavaliar toda a estrutura teórica das normas, dos delitos e das penas, tornando flexível a interpretação e introduzindo estruturas normativas ao princípio da legalidade. Lado outro, a sua denegação no campo criminal é limitada somente aos modos de incidência penal, de forma alguma aos cenários de exclusão da pena ou do próprio delito. A partir de um prisma garantista e da interpretação material, subsistem ensejos de flexibilização da legalidade, ordenando a chamada dogmática penal garantista. Porém, esta cinesia da legalidade penal engendra, unicamente, a amplificação dos ambientes de liberdade individual¹⁹⁶.

De maneira contextual, a coculpabilidade seria positivada como uma causa de exclusão da culpabilidade, nos casos em que a pessoa que pratica determinado delito, apresenta um estado social de vulnerabilidade e miserabilidade tão intenso, que sobre ela não recairia reprovação social e penal alguma, já que sua ação é, de certo modo, esperada pelos demais membros da sociedade, e, intimamente correlata à inadimplência estatal. Apresenta-se, na suposição em apreço, uma nova causa de exclusão da culpabilidade, uma espécie de inexigibilidade social de conduta diversa¹⁹⁷.

Significativo, desde já, realçar a distinção apresentada por Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, entre as causas de exculpação (inculpabilidade) e as chamadas excludentes de ilicitude, pois estas transformam uma conduta inicialmente ilegal em lícita, permitida pelo ordenamento jurídico. Sob outra perspectiva, as hipóteses de exculpação, onde inexiste ou é afastada a culpabilidade, a prática delitiva permanece injusta, entretanto, a reprovação jurídico-penal é rechaçada. No contexto da coculpabilidade, tal qual se propõe, a inculpabilidade decorre da impossibilidade de se exigir que o sujeito agisse de outra maneira¹⁹⁸.

Malgrado analisar de maneira positiva a sugestão de introduzir a coculpabilidade como causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme entende que, por possuir natureza jurídica de exculpante legal e supralegal, seria prescindível a positivação na estrutura jurídico-legal. Fundamenta que o caráter anômalo das circunstâncias concomitantes afasta a exigibilidade de comportar-se consoante ao preconizado pelo Direito, dado que ameniza o motivar-se conforme o regramento legal, infringindo

¹⁹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 80-81, *passim*.

¹⁹⁷ MOURA, Grégore Moreira de, op. cit., Edição Digital.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 540.

diretamente o fundamento material da culpabilidade, estampada na capacidade livre e consciente do sujeito se motivar e autodeterminar¹⁹⁹.

Intenta-se divergir do posicionamento aludido, considerando o notável desacolhimento que a coculpabilidade se defronta na jurisprudência pátria, pontualmente por inexistência de previsão legal. Incorporar o instituto à legislação vigente cercearia este aspecto da problemática, de modo a sobejar, unicamente, o exame pormenorizado para aplicabilidade no caso concreto.

Para isso, é capital reconhecer primeiramente a tese do pluralismo jurídico, porque a dogmática jurídica propicia meios a incorporar expedientes supralegais para legitimação do Direito Penal, localizando o indivíduo em seu meio social, e, como consequência, produzindo o juízo de reprovabilidade pelo fato delituoso. Ao perdurar um pluralismo cultural na sociedade brasileira, avistado no âmago de uma estrutura econômica, com raízes inamovíveis na desigualdade de distribuição de bens e utilidades da vida, enseja a neutralização da reprovabilidade penal, sob a condição de que de maneira empírica, seja incontroversa a conexão entre o crime e a exiguidade de direitos sociais.

A ampliação da definição de inexigibilidade, abrangendo a observação das reais condições de vida de grande parte da população, torna-se um caminho factível de se trilhar, rumo a democratização do Direito Penal, limitando a desacertada criminalização daqueles que já são “punidos” pelas conjunturas sociais de vivência, em melhor dizendo, pela ausência de condições para uma existência digna²⁰⁰.

Leandro Gornicki Nunes (2012, p. 151), almejando a práxis do reconhecimento de conflito de deveres como causa legal de exculpação, apresenta uma proposta de introdução expressa à legislação penal, assim sintetizada:

Art. “£”. É isento de pena quem realiza o fato punível no contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, desde que tenham influenciado diretamente na conduta.

§1º. Não se aplicam as disposições desse artigo aos fatos praticados com violência contra a pessoa, não podendo ser comparada à violência a ameaça, ainda que grave.

§2º. Decidindo pelo não afastamento da responsabilidade criminal, caberá ao juiz diminuir de um a dois terços a pena privativa de liberdade cominada em lei, no contexto de marginalidade ou pobreza de caráter não extremo.

§3º. Comprovada a resistência expressa do agente em receber a ajuda necessária para afastá-lo do contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, ficará vedada a aplicação deste artigo.

¹⁹⁹ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves, op. cit., p. 156.

²⁰⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 82-83.

§4º. Na forma da lei processual, comprovado o contexto de profundas situações de marginalidade ou pobreza extremas, por intermédio de estudo social forense, caberá ao Estado adotar as medidas necessárias para afastá-lo, em prazo não superior a 12 (doze) meses.

Indaiá Lima Mota compreende ser verossímil, a partir da análise do caso concreto, empregar a coculpabilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Para tanto, se averigua o real estado de vulnerabilidade social, do autor ou autora do ilícito penal, condicionando que desta posição de miserabilidade, não é possível exigir que se porte em conformidade com o Direito. O autor ainda distingue que o agir de outro modo não comporta um diagnóstico pautado no padrão do “homem médio”, propriamente pela realidade desigual presente no corpo social, e, de modo não raro, o fato objetivo exterioriza múltiplas camadas, posto que as pessoas de uma dada sociedade podem estar inseridas em um quadro de vulnerabilidade, com dissemelhantes situações de fragilidade, por vezes mais transigentes, outras mais contundentes, sendo que apenas nos casos extremos de miserabilidade e vulnerabilidade social, fazem jus a incidência da coculpabilidade penal como causa supralegal de exculpação, com base na inexigibilidade de conduta diversa. Por fim, a plenitude casuística para aplicação, indiscutivelmente, perpassa também pelo reconhecimento de que o crime cometido está associado ao estado de vulnerabilidade social, frisando-se, mais uma vez, que a aplicabilidade da coculpabilidade está subordinada a este panorama, sendo assim, inaplicável no tocante a determinados tipos penais²⁰¹.

Fundamentais as contribuições de Juarez Cirino dos Santos (1993, p. 71-72), que nessa lógica arrazoada, instrui que a legislação pátria não inclui as condições sociais como hipóteses de inexigibilidade, precípuas para uma motivação anormal na vontade do indivíduo para a conduta ilícita, porque dilatariam a percepção de impunidade. Mas, quando as condições sociais adversas, deixam de ser a exceção da existência humana, para se tornar a regra, ou em outras palavras, a maioria da população passa a se localizar nesta conjunção, os critérios jurídico-legais equitativamente devem mudar:

[...] se o crime constitui resposta normal de sujeitos em situação social anormal, então os critérios de inexigibilidade devem incluir as condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade – porque o Direito é regra da vida. O ser humano, conjunto das relações sociais, reage

²⁰¹ MOTA, Indaiá Lima, op. cit., p. 159.

contra a violência das relações estruturais, garantidas pelos sistemas jurídico e político do Estado, pela única maneira realmente possível: a violência. A abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo (fome, doença, desemprego, insegurança, angústia, etc.), parece alternativa capaz de democratizar o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida. Neste ponto, direito justo é direito desigual: considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais. Assim, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados, é possível falar em coculpabilidade da sociedade organizada: é responsável pela injustiça das condições sociais adversas da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. As alternativas de comportamento individual seriam diretamente proporcionais ao status social, com desigual distribuição das cotas de liberdade e determinação: status social superior, maior liberdade; status social inferior, maior determinação. Essas observações abrem espaço para inexigibilidade de comportamento diverso como causa supralegal de exculpação: a anormalidade de motivação da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais (exceto pelo crime), não pode ser variável indiferente ao juízo de reprovação.

Em tal caso, a coculpabilidade penal, reconhecida como causa supralegal de exculpação, por constituir-se em hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, retrata-se como uma mudança paradigmática do Direito Penal, aproximando os receptores da norma penal incriminadora à justiça social que deve assistir a todas as pessoas, ao mesmo tempo que as tornam iguais em dignidade. De maneira efetiva, o julgador, ao defrontar-se com o pedido de admissão desta tese, sistematicamente estará compelido a perquirir as circunstâncias fáticas em suas completudes, bem como as particularidades que envolvem o agente responsável pelo crime. Inobstante, Marina Zanotello reforça acerca da primordialidade urgente em positivar a coculpabilidade, como causa legal de exculpação, a julgar pela contemporânea hesitação dos magistrados em adota-la como circunstância atenuante, a partir do artigo 66 do Código Penal, haja vista não estar expressamente prevista em lei²⁰².

Indaiá Lima Mota, compartilhando da mesma percepção, interpreta que em virtude de condições sociais adversas, concretizada em extrema miserabilidade, a coculpabilidade não pode ser adotada unicamente como atenuante da pena, mas se caracteriza como circunstância supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Em razão da omissão do Estado, em aprovisionar o mínimo existencial, para que a população seja capaz de viver decentemente, esta realidade negativa não pode sobrepor o indivíduo, quando estimado seu juízo de

²⁰² ZANOTELLO, Marina, op. cit., p. 123.

culpabilidade, levando-se assim, em consideração, as condições sociais que contribuíram para predispor o comportamento desarmônico ao regramento legal²⁰³.

Todavia, a asserção para admitir que a coculpabilidade, orientaria a inculpabilidade pelo injusto penal, não é isenta de críticas negativas. Jovacy Peter Filho aduz que adotar tal posicionamento exprime uma aplicação extrema e desarrazoada da própria teoria, se blindando por um imódico estágio de fatalismo, porquanto a vulnerabilidade do réu ou ré, despontaria como algo insuperável, unidade condicionante da prática de delitos. Logo, seria fortificada a perigosa imagem de criminalização da pobreza, da cultura e de instabilidades intrínsecas (não mórbidas), porque todo cidadão em conjuntura social de vulnerabilidade seria taxado como criminoso em potencial²⁰⁴. Percebe-se a aproximação do autor ao entendimento de Zaffaroni, relativamente a inevitável aceitação da tese da culpabilidade pela vulnerabilidade.

Leandro Gornicki Nunes, no entanto, destaca que a implantação da dissidência de deveres, ou então, das circunstâncias sociais que motivam a inculpabilidade, na esfera da teoria do fato punível, depende da elaboração justamente de uma base teórica que oriente o Direito Penal à um modelo transformador, quando comparado ao existente. Frisa a imprescindibilidade em harmonizar o Direito Penal, a Política Criminal e a Criminologia Crítica, pontualmente como construído no decorrer da presente pesquisa²⁰⁵. Para tal fim, é imperioso que o saber normativo do Direito Penal disponha de um sustentáculo desenvolvido a partir das contribuições do saber estratégico da Política Criminal e do saber empírico da Criminologia Crítica, integralizando as ciências criminais em um paradigma concreto de saberes. Compreender isoladamente o Direito Penal, embasado apenas em sua lógica formal, oculta antecedentes violações de Direitos Humanos e do regramento constitucional, inseparáveis do Estado Democrático e Social de Direito. O mutualismo entre a Criminologia Crítica, a Política Criminal e o Direito Penal, promove a proeminência das injustiças sociais que decorrem da lei penal e, quais são seus reais objetivos, isto é, a fonte material do Direito Penal é o perdurável conflito de classes existente no corpo social, que vincula de modo direto a produção da vida material, estando os objetivos do Direito Penal relacionados ao controle social das camadas mais débeis. Horizonte

²⁰³ MOTA, Indaiá Lima, op. cit., p. 161.

²⁰⁴ PETER FILHO, Jovacy, op. cit., p. 224.

²⁰⁵ Cf. Capítulos 1, 2 e 3 do presente trabalho.

este que, seguramente, só poderá ser alterado mediante um estudo do exercício do *jus puniendi*, dentro de uma perspectiva dialética, extrapolando-se as barreiras da lógica formal do tecnicismo jurídico-penal²⁰⁶.

Por certo, a culpabilidade desfruta de uma perfeita simetria às ciências criminais, ao passo que agrupa em si os saberes empírico, estratégico e normativo, com a devida harmonização que se espera, quando explorado acerca de um estipulado instituto criminal, sob as balizas do Estado Democrático e Social de Direito. Ademais, a previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, solucionaria as contínuas rejeições de admissibilidade. Sem eiva de dúvidas, a abrangência para aplicabilidade requer uma sagaz apreciação do caso concreto, a fim de que a esfera jurídico-penal não seja utilizada equivocadamente, seja para o desvirtuamento de uma teoria auspiciosa, ou então, para perpetuar uma natureza seletiva e marginalizadora.

²⁰⁶ NUNES, Leandro Gornicki. Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra) legal de exculpação no Brasil. 2012. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2012, p. 158.

CONCLUSÕES

A proposta estabelecida, na estruturação do presente trabalho, foi perquirir sobre a coculpabilidade penal, dentro de uma perspectiva jurídica interdisciplinar, apresentando sua correlação com a tríade que compõe as ciências criminais. O objetivo finalístico consistiria em detalhar os argumentos justificantes para a adoção da teoria no ordenamento jurídico, por meio da sua positivação, dentro das hipóteses factíveis, expondo não somente os fundamentos justificantes, mas também as críticas negativas para a manutenção do *status quo*, concernente a hesitação ao instituto.

Os saberes individualizados e conexos, ofertados por cada componente das ciências criminais, contribuem para a expansão do entendimento quanto aos fenômenos delitivos, descortinando-os em suas complexas camadas. Sistemáticamente, a criminologia proporciona o saber empírico, as bases experienciais que irão despontar como suportes para as estratégias a serem adotadas pela política criminal, vetores que vão orientar o saber normativo do Direito Penal.

Desta forma, fez-se necessário frisar, como construções sociais podem desencadear conjunturas contraproducentes a determinados grupos de pessoas, com reações alusivas ao âmbito criminal. Ademais, sobejou asseverado que em não raros casos, a desigualdade social é abordada, inadequadamente, como a razão de ser da criminalidade, quando na realidade, esta é uma condição imputada a certos indivíduos. Pelos meios seletivos, sustenta-se não a apreensão acerca de quem são os criminosos, mas aqueles que são criminalizados.

Estes processos de criminalização, manipulados ao exercício da política de controle social, podem ser compreendidos por intermédio da criminologia crítica. A partir da afluência que decorre da figura do *labeling approach*, que é o movimento de etiquetar certas pessoas, como desviantes do ordenamento legal, somadas as respostas subsequentes a similitude entre o capitalismo e a questão criminal, já que a gestão da coletividade é exercida por alguns fatores, como a repressão à classe operária, pobres e resistentes, ou o elo das oportunidades do mercado de trabalho e as estatísticas criminais.

Assim, sem vistas a ser o meio hábil à resolução iminente da problemática, a respeito dos processos de criminalização, o realismo marginal se manifesta como valoroso ponto de partida. Formalizado nos pressupostos da criminologia crítica, preconiza um paradigma equilibrado, mínimo e sincrético do Direito Penal, no qual a

coculpabilidade penal atinge perfeita subsunção, que por sua vez, age como aclarador dos mecanismos criminalizantes do sistema penal, que marginalizam aqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade social, bem como opera como expediente efetivo de atenuação de um quadro social desfavorável.

Contudo, conforme foi possível analisar, a ruptura com este modelo punitivo se depara com uma série de vicissitudes, sendo fidedignos norteadores da Política criminal contemporânea. Deu-se destaque para as influências do corpo social e da mídia às estratégias político-criminais, que enrijecem as tentativas de direcionamento alternativo para aplicabilidade da legislação penal.

Por certo, executa-se uma Política Criminal do inimigo, rotulando as pessoas que são ameaças à paz social, cujo único destino possível é assumir as supostas consequências por seus atos e arcar com as repercussões penais. A seu turno, o cárcere é reflexo direto da própria sociedade. Logo, objetivando-se modificar o panorama penitenciário e os indivíduos que o integra, primeiramente é imperioso transformar toda a coletividade.

A corroborar com a percepção discorrida, à vista da integral e primordial harmonia mútua das ciências criminais, insta-se o acolhimento de uma Política Criminal alternativa, transmutando a centralização do sistema de controle penal. Orientada nos direitos fundamentais das classes subalternas, a estratégia alternativa se alia à coculpabilidade penal, testificando a parcela de responsabilidade do Estado e da sociedade na prática de determinados crimes, a atuar como critério de transição, paliando caracteres prejudiciais, sustentados pelos grupos sociais menos favorecidos, tal qual auxiliando na edificação de um Direito Penal humano e constitucional.

Embora apresentado que o caráter democrático na história brasileira, não possui uma longa vivência, a promulgação da Constituição Federal sobrelevou a indispensabilidade de se ater aos direitos humanos, especialmente quando a discussão jurídica é pertinente a esfera criminal.

O *jus puniendi* experimenta contenções ao seu poder de atuação, pois os direitos humanos e fundamentais moderam as estratégias penalizadoras e possibilitam o advento de diferentes meios adequados a executar no Direito Penal, desde a criação de tipos penais até dilatar os elementos que serão sopesados na dosimetria da pena.

Destarte, na perspectiva jurídico-legal, a coculpabilidade penal conserva em si particular complacência aos direitos humanos, do mesmo modo que se integra aos

ditames constitucionais, recursos teóricos essenciais para subsistir sua aplicação na seara criminal.

Ao tocar a abordagem pormenorizada da coculpabilidade penal, tornou-se inescusável estabelecer suas diferenciações, quando confrontada com a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, respaldando expressamente a opção pela primeira hipótese, ante suas particularidades ao tratar do juízo de reprovação, daqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade social e venham a consumir determinado delito. Não menos importante, refutou-se a teoria da coculpabilidade às avessas, em função do desvirtuamento da tese inicial.

Em consequência, buscou-se na jurisprudência pátria os indicativos que fundamentam as negativas para empregar a coculpabilidade penal no Brasil. Comumente, foram captadas argumentações contrárias à sua observância, por inexistência de previsão legal ou pela ausência de comprovação de que o caso concreto se adequava aos seus pressupostos de admissibilidade.

À vista disso, procedeu-se a análise das possibilidades de inserção expressa da coculpabilidade no regramento jurídico-penal, a começar da conjuntura mais acanhada, como uma circunstância judicial incidente no artigo 59 do Código Penal, perpassando pela hipótese de circunstância atenuante do artigo 65 da codificação criminal, como causa de diminuição de pena, e, por fim, como causa de exculpação, sendo esta a opção mais acentuada.

Considerando o sistema trifásico de dosimetria da pena, é exequível compreender que as duas primeiras ideias apresentadas estariam limitadas, no contexto de aplicação da sanção penal, ao mínimo legal estabelecido para aquela conduta praticada.

Assim sendo, entende-se que a positivação da coculpabilidade pela como causa de diminuição de pena, e a depender do grau de vulnerabilidade social, como justificativa para exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta social diversa, se harmoniza mais acertadamente aos fins colimados pela teoria da coculpabilidade penal, amplamente dialogada no presente trabalho.

Finalmente, a coculpabilidade penal sistematiza uma exata similitude, no que tange as ciências criminais, substancial no campo penal do Estado Democrático e Social de Direito, tal como adotado no Brasil. Para mais, colabora com a atenuação da seletividade e da natureza marginalizadora do Direito Penal, por intermédio da cominação de uma sanção mais equilibrada à concretude legítima.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Natasha Gomes Moreira. Teorias macrossociológicas da criminalidade. *Confluências: revista interdisciplinar de sociologia e direito*. Niterói, v. 20, n. 3, p. 99-118, 2018.
- AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial*. Niterói: Eduff, 2007.
- ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica*. 197 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2014.
- ARGENTINA. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). *Código Penal de la Nación Argentina*. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em 13 jul. 2020.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de.(Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: PPGSD, 2007. p. 135-148.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Francis Rafael. A criminalidade e o poder: o white-collar crime e a necessidade de uma análise a partir do Brasil. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p.32-53, dez. 2017.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do Direito Penal e a cultura punitiva. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 1, n. 4, p. 95-113, jan.-jul. 2013.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOLÍVIA. Decreto Supremo nº. 0667. *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*. Disponível em http://www.unodc.org/res/cld/document/bol/codigo-penal_html/Bolivia_Codigo_Penal.pdf. Acesso em 13 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

CAMARGO, Daniel Marques de. *Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CAMPOS, Nayara Alves de Lacerda. *A teoria da coculpabilidade do Estado e a seletividade do Direito Penal*. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco. Integridade e pluralismo jurídico: desafios para a hermenêutica constitucional brasileira. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, n. 2, p. 96-121, jul.-dez. 2018.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, Ano 21, p. 279-303, set.-out. 2013.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics: The creation of the mods and rockers*. Londres: Routledge, 2011.

COLÔMBIA. Ley nº. 599 de 2000. *Código Penal*. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20160208_02.pdf. Acesso em 13 jul. 2020.

DEVOS, Bryan Alves. *(In)Segurança, Cidadania e Poder Punitivo: crítica ao utilitarismo penal reformado e readequação da missão do direito penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal*. 2016. 237 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Rio Grande, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 171-192, jul. 2016.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

FRANÇA, Leandro Ayres. A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [s.l.], v. 5, n. 1, p.53-74, 1 jan. 2014.

FREITAS, Paulo Henrique Souza. A responsabilidade do Estado pela teoria da coculpabilidade penal e a sua contextualização no direito estrangeiro. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 20, , p. 127-142, jan./jun., 2014.

GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 153-171, jul./dez., 2020.

GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Macrocrimes, violação à direitos humanos e a teoria da coculpabilidade penal às avessas. In: MENEZES, Wagner; DOMINGOS, Isabela Moreira do Nascimento; LEAHY, Érika (org.). *Combate à corrupção e direitos humanos*. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 134-152.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Proposições sobre o presente e o futuro da criminologia crítica no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 9-28, maio 2015.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. *Coculpabilidade penal: uma questão social*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Videogame e violência: cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 22.

MACEDO, Sérgio do Rego. Prefácio. In: LYRA, Roberto. *Penitência de um penitenciário*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013.

MALDONADO, Asael Mercado. Excesos y criminalidad en la élite de poder. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, [s.l.], v. 7, n. 1, p.149-172, 12 jan. 2012.

MOTA, Indaiá Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2013.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, Edição Digital.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra) legal de exculpação no Brasil*. 2012. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2012.

OLIVEIRA, Laura Freitas. Questão social e criminalização da pobreza: o senso comum penal no Brasil. *Revista em Pauta*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 43, p. 108-122, maio 2019. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.a., 2012.

PARAGUAI. Ley nº. 1.160/97. *Código Penal de Paraguay*. Disponível em https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf. Acesso em 13 jul. 2020.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Introdução às ciências criminais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PERU. Decreto Legislativo nº. 635. *Código Penal*. Disponível em [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em 13 jul. 2020.

PETER FILHO, Jovacy. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 207-230.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 91-108.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do Crime*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SEGOVIA, Lautaro Ojeda. Tratamiento mediático de los delitos de cuello blanco o del poder. *Chasqui: Revista Latinoamericana*, [s.l.], n. 122, p.31-38, jun. 2013.

SILVA, Eliezer Gomes da. Sistema penal, democracia e direitos humanos: conexões locais e globais entre direito, poder e discurso na modernidade tardia. In: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. 1ªed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 5052-5076.

SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: ICC-Revan, ano 9, n.14, p. 31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo introductorio: Derecho penal humano o inhumano?. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, [S.I.], p. 27-47, ago. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina*. Informe Final, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General IV*. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANOTELLO, Marina. *O princípio da coculpabilidade no Estado Democrático de Direito*. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

ZILIO, Jacson Luiz. O que resta da criminologia crítica. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 95-107, maio 2015.