



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Internalização do Sistema Punitivo:
da Aplicação da Teoria da Culpabilidade Estatal

Aliny Mocellin

Rio de Janeiro
2013

ALINY MOCELLIN

A Internalização do Sistema Punitivo:
da Aplicação da Teoria da Culpabilidade Estatal

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós-graduação.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A INTERNALIZAÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO: DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE ESTATAL

Aliny Mocellin

Graduada e Mestranda pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro
– PUC-Rio. Advogada. Juíza Leiga.

Resumo: O atual momento histórico é caracterizado como sendo opressor do ponto de vista da construção do social. Isso se deve, sobretudo, por conta da opção pela lógica neoliberal de construção do Estado. Devido à omissão deste Estado no que tange ao provimento de igualdade de condições aos indivíduos que o compõe, deve a ele ser aplicada a teoria da coculpabilidade.

Palavras-Chave: Sistema neoliberal. Opressão social. Estado omissivo. Teoria da coculpabilidade.

Sumário: Introdução. 1. O processo de construção da barbárie. 2. A teoria da coculpabilidade estatal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade da aplicação da teoria da coculpabilidade estatal quando da cominação da pena daqueles infratores que, desprovidos de igualdade de oportunidades por conta da omissão estatal em prover direitos básicos, não possuem a completa capacidade de autodeterminação.

A referida omissão é clara, dentro de uma ótica neoliberal, visto que essa impõe que o Estado seja mínimo, aprisionando o controle social em apenas uma de suas formas de manifestação – a penal. Há a determinação prévia das classes subalternas como clientela do sistema penal, apontando o caráter político, ideológico e seletivo de tais mecanismos.

Dentro desse contexto, a teoria da coculpabilidade estatal aparece como a necessidade de responsabilização desse Estado que não cumpre com aquilo para o qual se funda: a resolução de problemas estruturais a fim de garantir o bem estar social.

A teoria da coculpabilidade é entendida como aquela por meio da qual há um reconhecimento da corresponsabilidade do Estado na prática do delito cometido por indivíduos marginalizados socialmente, em virtude da omissão estatal em promover a todos os membros da sociedade as mesmas oportunidades sociais.

Para tanto, o primeiro capítulo do presente trabalho se incumbe de analisar, através dos conceitos da criminologia crítica, a realidade conjuntural do atual momento econômico e as consequências que o mesmo trouxe para o acirramento das relações entre os sujeitos até se chegar ao que se chama de atual estágio de barbárie e o segundo capítulo abordará o tema da coculpabilidade.

1 – O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA BARBÁRIE

As passagens a seguir têm como objetivo principal demonstrar o como e o quanto o atual sistema econômico neoliberal define padrões de patologia social ao estimular o individualismo possessivo como o definidor categórico da história do homem contemporâneo. Têm, também, como escopo analisar, através da criminologia crítica e dos conceitos fundamentais de direitos humanos, as consequências nefastas desse modelo para a sociedade, buscando identificar quem são suas reais vítimas e o porquê desta direcionalidade convenientemente escolhida por tal sistema.

Enfim, o presente capítulo analisará criticamente como o sistema neoliberal é o protagonista do encadeamento histórico até chegar ao que se chama de barbárie. Barbárie no sentido de desintegração do todo coletivo, de invisibilidade e indiferença em relação ao outro, de constituição de uma sociedade altamente narcísica, regulada pelo mercado, regida pelo medo e pela insegurança, em que há a destruição e o extermínio daqueles mais pobres e desprotegidos, pois esses são inservíveis ao modelo neoliberal.

Para tanto, as posteriores análises presentes nessa pesquisa têm como fonte principal o livro *Conflito e Segurança: entre pombos e falcões* de João Ricardo W. Dornelles¹ e é a partir dos conceitos ali contidos que se percorrerá o árduo caminho a fim de se chegar naquilo que se caracteriza como o processo de construção da barbárie.

O modelo neoliberal implantado a partir de meados dos anos oitenta se apresenta como uma contra revolução neoconservadora em todas as áreas da vida social. E, para tanto,

¹ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

utiliza estratégias de controle social como mecanismos defensivos da ordem importando na manutenção daquilo que se chama de barbárie.

Entendendo o controle social como um conjunto de meios pelos quais uma sociedade responde aos indivíduos ou grupos sociais que, de alguma maneira, colocam em risco a ordem estabelecida, o sistema neoliberal aprisiona o controle social em apenas uma de suas formas de manifestação – a penal.

Por controle social entende-se que esse seja abrangente, por exemplo, através do tratamento, da integração, da ressocialização, da medicação, da justiça, entre outros. O objetivo principal é a defesa social da ordem estabelecida e a legitimidade dessa ordem.

Assim, as ações sociais se acomodam para a manutenção e reprodução daquilo que o sistema econômico vigente considerar mais propício para a sua perpetuação, sendo que tais processos, ao serem convenientemente naturalizados, acarretam um processo de subjetivação opressor, pois justifica como natural e normal qualquer forma de anomalia, criada pelo sistema, inclusive a desigualdade e a violência.

A questão é entender o porquê que tais práticas de controle social foram reduzidas, exclusivamente, ao sistema penal - o que ocorreu no início dos anos noventa com a pujança do neoliberalismo. E, também, como o sistema punitivo construído a partir do controle social repressivo e naturalizante foi internalizado pela sociedade a ponto de se constituir o atual estágio de barbárie social.

Mesmo considerando que o controle social não se restrinja aos pobres, é sobre eles que recai o foco dos seus instrumentos de atuação. Com efeito, verifica-se uma verdadeira inflação do sistema penal com crescentes níveis de exclusão e marginalização social da população.

O sistema penitenciário é sempre um reflexo da sociedade que o produz, um espelho das nossas contradições mais sólidas e perversas. Não se pode cair na armadilha de julgá-lo sem a necessária análise das transformações ocorridas na economia e na sociedade nos últimos anos.

Há uma grande desigualdade, desigualdade essa acompanhada de uma forte imobilidade social sistêmica, onde parte da população se torna uma massa inimpregável de cidadãos.

Nasce uma nova classe tida como perigosa originada dos que sobram. A pobreza não é mais um exército de reserva de mão de obra, tornou-se uma pobreza sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder.

O perfil do preso no Brasil caracteriza, com precisão, algumas das mazelas sociais presentes na sociedade. A prisão é um retrato das contradições sociais do Brasil, caracterizando a ausência de expectativa de uma geração, vítima da profunda desigualdade social do país.

Sobre o tema a socióloga Vera Malaguti Batista² alerta:

A prisão é uma máquina de diferenciar ilegalidades: ilegalidade dos pobres vai para a prisão, ilegalidade dos ricos vai para a terapia, penas alternativas... Criou-se uma superpopulação penitenciária e tudo quanto é direito para os presos as pessoas acham absurdo. As pessoas tem uma visão de prisão como sendo quase uma masmorra inquisitorial. Aí vai se criando dentro da prisão um ambiente de barbarização.

A sociedade brasileira é induzida a enxergar as prisões como locais de pessoas violentas que cometeram crimes terríveis contra inocentes, daí a banalização das violações dos direitos dos detentos. Na realidade, o crescimento prisional deve-se a um Judiciário conservador, a um Executivo marcado pela violência contra o povo e a um Legislativo que endurece a legislação penal para os pobres, tendo todos como traço comum a corrupção.

Wacquant³ afirma que o Estado que se mostra incapaz de superar a crescente crise social empenha seus esforços em uma gestão penal da miséria, na criminalização das consequências da pobreza. O Estado penal que se delineia preconiza o recurso maciço e sistemático à prisão que unido com a política repressiva às drogas foi responsável por quadruplicar o número de presos entre os anos 70 e 90 nos EUA, com a grande maioria da população carcerária composta por negros de classes mais baixas.

Como exposto por Wacquant, nos EUA, a partir das reformas na área da assistência social, assiste-se à transição do Estado de Bem Estar Social para o Estado Penal. No Brasil, como país de capitalismo periférico, não se pode falar sequer na vigência histórica do Estado de Bem Estar.

A tendência de hipertrofia do aparato penal vem apenas reforçar o controle violento das camadas excluídas da população exercido desde o século XVI, com o genocídio colonial.

² BATISTA, Vera Malaguti. A barbárie do capital e suas práticas de perpetuação. *Revista Nova Democracia*. Rio de Janeiro, n.22. Disponível em <http://www.anovademocracia.com.br/no-22/729-a-barbarie-do-capital-e-suas-taticas-de-perpetuacao>. Acesso em 17.03.2013.

³ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p.52.

O fato curioso é que ao mesmo tempo em que o Brasil vive hoje seu mais longo período ininterrupto de democracia, se assiste ao espantoso incremento da violência institucional.

Se na passagem do Estado liberal ao Estado social a tônica da doutrina jurídica era avançar pela efetivação das prestações positivas do Estado - os direitos de segunda geração -, sob a égide do neoliberalismo a tarefa do Estado Democrático de Direito se obriga a dar um passo atrás, com atenção especial às liberdades e garantias fundamentais - direitos de primeira geração, cotidianamente aviltados pela política de segurança pública esculpida no modelo lei e ordem.

As modificações promovidas nas estratégias de controle social ao longo do percurso institucional brasileiro, desde o colonialismo até o presente, demonstram o recurso permanente à exceção. Na atual conjuntura, a política criminal tornou-se a governamentalidade privilegiada para conter os indesejáveis, os sobrantes da sociedade de consumo, e para criminalizar os que insistem em resistir.

Para o enclausuramento dessa parcela da população, utiliza-se como instrumento, por exemplo, a terminologia bélica *combate ao crime*, o que representa a adoção ao que se chama de política de tolerância zero⁴ que estabelece campanhas em forma de cruzadas contra o *inimigo*.

A política criminal neoliberal, segundo um modelo ultraconservador de controle social, elabora um discurso de combate à delinquência que torna menos humanos os delinquentes. Esse processo de desumanização segue o efetivo abandono progressivo das concepções de correção, tratamento, reabilitação que têm como escopo a inclusão social.

Agora, tais delinquentes são tidos como incapazes de recuperação, pois são inadaptados e imprestáveis para um modelo socioeconômico de alta competitividade. Torná-los incapacitados faz parte dos novos mecanismos de controle social e de dominação política, característicos da dinâmica neoliberal e da inflação do controle social exclusivamente penal de resolução dos conflitos.

⁴ DORNELLES situa a política de *Tolerância Zero* do ex-prefeito de Nova Iorque, Rudolf Giuliani, tratando-se de uma política de repressão penal voltada para a população de rua, sustentada com base na ideia de que era preciso reprimir duramente os pequenos delitos para coibir o cometimento de crimes em geral. O autor aponta o Manhattan Institute e a Heritage Foundation como os principais difusores da ótica criminalizadora da pobreza que serviu de embasamento ideológico para a política de *Tolerância Zero*, através da teoria das janelas arrombadas: “os inimigos sociais estão nas ruas, são os indivíduos ‘sem-teto’, que vivem nas ruas, abordam pessoas na calçada, pedem esmola, assediam motoristas de automóveis nos sinais luminosos, prestando serviços em troca de moedas, são os ambulantes, mendigos – considerados vadios – uma população de rua em estado de indigência. São os subproletariados urbanos e representam o mal a ser eliminado”. DORNELLES. op. cit., p. 54.

Portanto, o novo controle social, especialmente, o controle penal, que busca uma solução para o problema do crime desenvolvido em um cenário onde prevalece o individualismo, a competição, o utilitarismo não solidário, não tem mais por objetivo corrigir os problemas da ordem social, mas sim, neutralizá-los, visando a manutenção e a reprodução dessa dinâmica.

Utiliza para tanto novos instrumentos de controle social através de políticas sociais que neutralizam e incapacitam para o mercado grande parte da população, como também políticas criminais ultraconservadoras baseadas no aumento das formas repressivas da ação policial.

Esse modelo de ordenamento social se fundamenta na insegurança, em que a delinquência cumpre um papel de provocar o medo. Isso significa construir um consenso social através do medo e da insegurança visando a adoção de políticas repressivas e opressoras contra as classes populares e segmentos não privilegiados.

Desta maneira é que as campanhas de lei e ordem, partindo de seu pragmatismo supostamente neutro e objetivo, têm como porta-vozes os setores que sustentam uma repressão crescente como uma solução para o problema da delinquência.

Essas práticas se expressam em políticas criminais baseadas em um direito penal de emergência ou nas chamadas políticas de tolerância zero, já mencionadas, caracterizadas por mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura para exercer uma higiene social através de medidas de vigilância, controle, repressão e segregação.

Nesse contexto, a ação das políticas criminais neoliberais, baseadas nos programas da lei e ordem e do eficientismo penal, adota um modelo disciplinar que deixa de se dirigir unicamente à penalização de uma pessoa considerada culpada, para integrar todo o conjunto de pessoas pertencentes aos grupos sociais perigosos, suspeitos de fomentar a desordem social.

São transgressores em potencial pelo simples fato de pertencerem às classes sociais subalternas ou aos grupos vulneráveis da sociedade. Por isso, devem ser controlados, vigiados, detidos, reprimidos em suas ações.

Para uma melhor compreensão, entende-se que o eficientismo penal é uma nova forma do direito penal de emergência que se expressa através de políticas criminais repressivas, assim, os conflitos sociais passam a ser criminalizados com fundamento nos discursos da lei e ordem.

É uma forma de fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, uma

anormalidade do direito penal que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência com caráter contra-insurgente. É a vertente mais pragmática e cruel da inflação do controle social exclusivamente penal.

Nesse contexto, ainda que se sacrifiquem os princípios de justiça, de igualdade jurídica, de liberdade individual, do direito à defesa, do acesso à justiça, enfim, dos direitos fundamentais, o eficientismo aparece como uma forma efetiva de resposta penal que ocupa a lacuna em um contexto de crise, buscando satisfazer as demandas sociais por mais segurança pessoal. O eficientismo penal é um elemento integrante da crise social e política do mundo contemporâneo inserido em uma realidade de frustração, desesperança e abatimento.

A partir de tal diagnóstico, ocorre uma distribuição de papéis sociais feita principalmente pela mídia e ratificada pela opinião pública, onde a vítima corresponde aos cidadãos *respeitáveis* e *privilegiados*, enquanto o papel do agressor se destina aos membros dos grupos socialmente marginalizados e excluídos, considerados *perigosos*.

Tal representação da realidade é marcante no que diz respeito ao esquecimento conveniente de que delitos e crimes imensamente importantes e de necessária repreensão como o de colarinho branco, por exemplo, passam despercebidos dentro desse quadro em que se privilegia, tão somente, os crimes de violência física e contra o patrimônio do particular.

Os meios de comunicação e as autoridades, ao tratarem do crime como expressão da violência típica das grandes cidades, acabam por simplificar um problema mais amplo e complexo, identificando as causas do aumento da criminalidade com o que consideram uma natural tensão existente em um espaço de competição acirrada.

A explicação sobre a delinquência, assim, se reduziria a sua identificação como um produto ambiental de um espaço mal organizado socialmente, expressando a existência de áreas anormais ou segmentos sociais com natureza violenta e perigosa ou, por outro lado, seria a expressão individual de anormalidades que afetariam pessoas naturalmente violentas, transgressoras e perigosas.

E assim, o crime e a transgressão seriam resultados de um ambiente disfuncional patológico como um foco irradiador do contágio de um mal que se alastra para as *áreas saudáveis* da sociedade. O que expressa que o fenômeno da violência se dá em áreas não adaptadas ao desenvolvimento da moderna sociedade de mercado neoliberal.

Aqui, podem ser vistas tanto as práticas de tolerância zero quanto as experiências de controle da delinquência através da criminalização da miséria, sob o pretexto de buscar a ordem urbana, de organizar a cidade, com a limpeza da pobreza, e o seu afastamento das áreas consideradas *saudáveis*, adaptadas e funcionais ao modelo capitalista neoliberal. O mal,

portanto, ficaria isolado, segregado já que são ameaças às áreas sadias e adaptadas.

A consequência perversa desse sistema é que, em vez de enfatizar mecanismos de construção da ordem, enfatiza sistemas de manutenção da mesma, através de estratégias repressivas a cargo dos organismos policiais. Essas estratégias ora são militares - fundadas nas técnicas de destruição do inimigo, visto como perigosamente desagregador; ora são jurídicas - voltadas para a punição das infrações. Nenhuma delas é adequada à construção e manutenção de uma ordem pública democrática que deve ser baseada na negociação e mediação dos interesses divergentes.

Em síntese, a criminalização da pobreza, o discurso reacionário da lei e da ordem, a onipresença da lógica da guerra nas políticas de segurança pública, a utilização do medo como justificativa para ações repressivas específicas são, de fato, essenciais à dinâmica do capitalismo contemporâneo.

Para se entender as justificações dessa barbárie, é necessário compreender que tal discurso punitivo, baseado em políticas de tolerância zero é altamente favorável aos governos que estão inseridos dentro da lógica neoliberal, pois estes têm sua atuação aliviada no que diz respeito àquilo em que são mais frágeis, ou seja, a resolução definitiva dos problemas estruturais, ficando enraizados nas medidas que lhes dão popularidade como novas prisões, aumento das penas, diminuição da maioria penal, entre outras.

A criminologia crítica parte da premissa de que o controle social provoca a conduta desviante. Seja através dos processos de criminalização, seja através da determinação prévia das classes subalternas como clientela do sistema penal, apontando o caráter político, ideológico e seletivo dos mecanismos de controle social. Sendo assim, as políticas implantadas pelo modelo de controle social da ordem neoliberal tendem a naturalizar a desigualdade para perpetuá-la.

A expansão da função penal do controle social foi articulada pela ideologia dominante para que sua lógica seja reproduzida por todas as esferas da vida social. Através do resgate de concepções criminológicas funcionalistas e positivistas, a muito combatidas pelas correntes críticas, naturaliza-se tal estratégia, selecionando os inimigos da ordem a serem combatidos em nome da defesa social e da lei e ordem. Esta seletividade tem um perfil de classe evidente e perturbador que naturaliza as relações sociais, sem problematizá-las.

Nesse sentido, observamos que a ascensão do que Wacquant⁵ chama de Estado-Penal é uma tendência global nas sociedades capitalistas contemporâneas. Em linhas gerais, trata-se

⁵ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.53.

de um fenômeno caracterizado pelo desmonte de políticas sociais implementadas no período de expansão do Estado de bem estar social pelo inchaço das políticas penais, com as quais se pretende não mais corrigir deficiências sistêmicas, mas, sobretudo, neutralizar as reivindicações geradas pelo próprio modelo.

O neoliberalismo ou a nova versão da ideologia do não-intervencionismo será responsável por concretizar a hegemonia de uma nova forma de acumulação do capital, reorganizando a intervenção estatal.

As novas forças de mercado, dentro do contexto neoliberal, exigem dos governos ambientes seguros para terem garantias para investir, o que significa a varredura de mendigos das ruas, dos perturbadores, dos ladrões e a firmeza dos muros das prisões, fazendo dos governos meros distritos policiais superdimensionados.

Essa é a nova forma de existir da intervenção estatal: construir ambientes seguros para atingir a prosperidade econômica e a suposta sensação de bem estar para a população considerada *sadia*.

Os meios de comunicação de massa – um setor em que é altíssima a concentração empresarial, a serviço dos grandes orçamentos de publicidade - trabalham não só para difundir a criminalização da pobreza como em outra poderosa estratégia: a difusão da cultura do medo.

A insegurança e as incertezas endêmicas da condição pós-moderna são aliadas ao discurso criminalizador dos conflitos sociais para criar um estado de guerra, manipulando o medo coletivo e o sentido de desordem para depois exigir segurança a qualquer custo, inclusive com o sacrifício dos direitos e garantias fundamentais.

O medo e a insegurança caminham lado a lado com a necessidade de manutenção da lei e da ordem, em que os direitos humanos aparecem como *privilégios de bandido*, como obstáculos à pacificação dos conflitos sociais.

Há uma crescente necessidade de disciplinar importantes grupos e segmentos populacionais, o que é corroborado com incrível apoio popular cada vez mais histérico e intenso.

Adentrando no discurso sobre a segurança pública, não é qualquer política de segurança que tem se tornado prioritária. Trata-se de uma política específica, repressiva em seus métodos e seletiva em seus alvos.

Nesse contexto, ideólogos neoliberais como os do Manhattan Institute⁶, começam a

⁶ A nova direita, assim, se organiza em torno do tripé livre mercado – responsabilidade individual - valores patriarcais, tendo como um dos seus sustentáculos ideológicos o Manhattan Institute que, com um orçamento

trabalhar com uma nova concepção da própria pobreza, baseada em supostas pesquisas científicas, responsabilizando o indivíduo pela sua condição de miserável.

A resposta das políticas neoliberais é clara e funcional: expansão do encarceramento, não mais com a tarefa de disciplinamento, mas de retirar de circulação determinados sujeitos perigosos. A tradução desse cenário para América Latina é a eliminação física dos pobres.

Segundo Wacquant⁷, nos Estados Unidos,

[...] enquanto a parcela das despesas nacionais destinadas à assistência pública diminuía progressivamente em relação às necessidades, os fundos federais para a justiça criminal foram multiplicados 5,4 vezes entre 1972 e 1990, passando de menos U\$ 2 bilhões a mais de U\$ 10 bilhões. No mesmo período, os recursos destinados especificamente às penitenciárias aumentaram 11 vezes.

Dentro do contexto da seletividade do sistema penal através da criminalização da pobreza, o conceito de invisibilidade se faz importante, pois ao selecionar parcelas significativas da sociedade enquanto delinquentes, o sistema, ao mesmo tempo, se encarrega de torná-los invisíveis, isto para conseguir, como já fora mencionado, a manutenção e a reprodução daquilo que o sistema econômico vigente considerar mais propício para a sua perpetuação e a sua conseqüente naturalização.

Na análise de Vera Malaguti Batista⁸, o mecanismo da invisibilização é situado no interior de um processo mais amplo de construção do imaginário social em nossa sociedade. A autora articula uma compreensão abrangente acerca das relações sociais capitalistas e do papel que o controle social penal exerce na reprodução dessas relações com a dimensão histórica da sociedade brasileira para entender como o imaginário social que permeia nossa sociedade é funcional na continuidade de uma tradição autoritária.

Nesse sentido, a juventude pobre que se envolve com o tráfico de drogas, e a classe social da qual é oriunda se torna *desaparecida de nascença*. O imaginário hegemônico tende a recusar a identidade dos setores populares, realizando um processo de apagamento sistemático da memória individual e coletiva, e de seus entrelaçamentos – para possibilitar a localização

anual de mais de cinco milhões de dólares, financia e divulga, desde o início dos anos noventa, pesquisas acadêmicas conservadoras que fundamentam e buscam legitimar as práticas das políticas neoliberais. Através da revista “City”, com tiragem de dez mil exemplares, gratuitamente distribuídos entre jornalistas influentes, funcionários graduados, profissionais liberais de sucesso, empresários e executivos, se mantém uma rede de informação que amplia as ideias e valores do modelo. É um dos meios mais eficazes de formação da opinião pública. Uma de suas ideias básicas é a de que a desordem dos pobres no espaço público é um terreno propício e natural para o crime. DORNELLES. op. cit., p. 60.

⁷ WACQUANT, op. cit., p.119.

⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.33.

social das técnicas de controle e direcionar politicamente o medo coletivo.

Para exemplificar se faz necessária uma passagem elucidativa do entendimento da autora⁹:

A difusão de imagens do terror produz políticas violentas de controle social. As estruturas jurídico-policiais fundadas no nosso processo civilizatório nunca se atenuaram. É como se a memória do medo, milimetricamente trabalhada, construísse uma arquitetura penal genocida cuja clientela-alvo se fosse metamorfoseando infinitamente entre índios, pretos, pobres e insurgentes [...] Esses milhões de brasileiros, no campo e nas cidades não tem registro; logo não tem identidade, não constituem memória. No seu confronto com o sistema penal, que reprime através do aumento de presos sem condenação, dos fuzilamentos sem processo, da atuação dos grupos de extermínio, eles não são nem desaparecidos. Já que não existem juridicamente, não podem nem desaparecer: são desaparecidos de nascença.

É assim, através de sofisticados mecanismos onde o outro se torna convenientemente invisível, que se instaura um sentimento de pânico coletivo, onde o medo e a sensação de insegurança legitimam tal invisibilização, abrindo terreno para o autoritarismo, para a crescente barbarização das relações pessoais e coletivas.

Também nos dizeres da autora¹⁰:

Na cidade do Rio de Janeiro hoje, a luta pela cidadania tem o seu principal front no nível simbólico e ideológico, em um contexto de disseminação do autoritarismo e do medo, onde o medo e a desqualificação do outro somam-se às campanhas de descrédito do Estado e das classes políticas. Está instaurado o terreno para o autoritarismo sem ditadura.

O medo, associado às incertezas sociais do capitalismo contemporâneo, impele ao imediato bloqueio da capacidade de se problematizar criticamente o atual contexto sociopolítico, instaurando-se com legitimidade a barbárie.

2 – A TOERIA DA COCULPABILIDADE ESTATAL

Dentro do contexto apresentado no primeiro capítulo, a aplicação da teoria da coculpabilidade estatal se faz necessária. Como visto, o Estado em sua faceta neoliberal é o grande responsável por processos de acirramento social, sobretudo ao criminalizar grandes contingentes da população, notadamente os mais carentes.

⁹ Ibidem, p.131.

¹⁰ Idem. *Difíceis ganhos fáceis* – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 36.

A admissão da *mea culpa* do Estado através da aplicação da teoria em comento é a materialização do reconhecimento da omissão desse Estado que não atua no sentido de prover direitos mínimos aos cidadãos, ficando à mercê dos quereres do capital.

Jean Paul Marat, conhecido historicamente como um dos principais líderes da Revolução Francesa, em seu *Plan de Legislation Criminelle* de 1780, propagou um direito penal crítico, face as imensas desigualdades sociais reinantes naquela época. Médico de formação elaborou seu plano de legislação criminal, em que preceitua que aqueles que estão à margem da sociedade e que não têm garantidos minimamente seus direitos fundamentais, não são, em razão disso, obrigados a respeitar a lei, nem passíveis de sanção por essa.

Zaffaroni¹¹ desenvolve a teoria em comento. Para ele, na realidade dos países em desenvolvimento, o Estado não tem legitimidade para punir todos de forma igual, já que não trata seus cidadãos igualmente. Assim, deve o Estado assumir sua parcela de responsabilidade, já que é violador dos direitos mais básicos, não atuando conforme preceitua a Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de uma culpabilidade que deve ser compartilhada em determinados crimes, pois se entende que a criminalidade é produto das omissões estatais. A teoria da coculpabilidade alerta que os indivíduos não têm as mesmas condições de autodeterminação, assim deve haver uma divisão de responsabilidade entre o Estado omissor e o cidadão vulnerável culminando em uma redução da sanção penal.

Nesse contexto, o princípio da coculpabilidade proporciona ao juiz a possibilidade de declarar na sentença que o sistema penal reconhece a liberdade limitada de uma parcela da sociedade vulnerável e que a responsabilidade deve ser dividida entre os demais membros dessa sociedade por conta das carências sociais dominantes.

Dessa forma, há a possibilidade de revelar a consciência de que o acusado, em determinados casos, não era livre para escolher entre o bem e o mal. E há situações em que é quase humanamente impossível alcançar os comandos que a sociedade legal determina a cada um.

A igualdade de todos perante a lei é uma falácia. O discurso da igualdade visa demonstrar que punir é algo justo e racional, e não um exercício de poder. A única conclusão a que se pode chegar diante da operacionalidade fática do sistema penal é a de que ele é, sim, um instrumento de poder.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: RT, 2003, p.268.

Reduzir as desigualdades é um comando que se coaduna com o Estado Democrático e Social de Direito, pleiteando a atuação do Direito Penal de mãos dadas com os direitos humanos. A quantidade da pena deve ser balizada, no caso concreto, levando em conta a culpabilidade e a coculpabilidade.

É inegável, como exposto no primeiro capítulo da presente pesquisa, que o sistema penal é seletivo, obrigando a doutrina penal a aceitar mudanças efetivas no curso que o direito penal vem tomando, devendo considerar como necessária e democrática a opção pela aplicação da teoria em análise.

Portanto, no momento da individualização da pena, é necessário que se reconheça a pessoa concreta à qual a pena se destina. E, nesse momento, é imprescindível que se considerem todos os fundamentos do princípio da coculpabilidade, como ressalta Nilo Batista¹²:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

Em suma, o princípio da coculpabilidade é o princípio do direito penal empregado juntamente com a culpabilidade, no momento da verificação da necessidade de se atribuir pena a um infrator.

Princípio que reconhece a responsabilidade parcial do Estado e da sociedade na conduta delitiva. Visa equilibrar a sanção penal, atribuindo pena atenuada, com base nas circunstâncias genéricas, com previsão no art. 66 do Código Penal, ou mesmo não aplicando a sanção penal, por inexigibilidade de conduta diversa, a sujeitos que vivem em condições desfavoráveis e que se tornam vulneráveis dentro da sociedade.

Necessário reconhecer, portanto, que a sociedade não atribui a todos as mesmas possibilidades de ação dentro da legalidade imposta, podendo essa não ser alcançada devido às condições desumanas vividas por parte da sociedade.

Grégore Moura¹³ esclarece o que entende por princípio da coculpabilidade:

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das

¹² BATISTA, Nilo *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 105.

¹³ MOURA, Grégore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 41.

circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

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

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

Afirmando esse entendimento, Rogério Greco¹⁴ declara:

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

A coculpabilidade, portanto, é um princípio que visa repensar o Direito Penal clássico, razão pela qual é inovador. Inclusive, tal princípio ainda não tem um estudo aprofundado no Direito Penal brasileiro “talvez por ir de encontro aos interesses das classes privilegiadas”.¹⁵

Infelizmente, o que se observou no decorrer da história jurídica brasileira foi a existência do princípio da coculpabilidade às avessas, sendo aplicado em favor das classes dominantes. De fato, aplicam-se penas mais brandas, como a multa, aos detentores do poder, e, quanto aos de condição humilde, penas de prisão.

Mesmo não sendo um princípio constitucional explícito, o princípio da coculpabilidade encontra fundamento nos princípios constitucionais da igualdade, da

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2002. p. 469.

¹⁵ MOURA, op. cit., p. 1.

dignidade, da individualização da pena – o que faz surgir a ideia de ser tal princípio um princípio constitucional implícito.

Maria Lucia Karam¹⁶ afirma que a seleção de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista. A autora entende que essa seleção se faz fundamentalmente em defesa dos interesses daqueles que detêm as riquezas e o poder, pois são exatamente esses detentores da riqueza e do poder – as chamadas classes dominantes – que vão, em última análise, definir o que deve ou não ser punido, o que deve ou não ser criminalizado e em que intensidade.

Juarez Cirino dos Santos¹⁷ afirma que através das definições legais de crimes e penas, o legislador protege, especialmente, os interesses e as necessidades das classes dominantes, concentrando as punições na área da criminalidade patrimonial. O legislador, assim, constrói tipos de condutas proibidas sobre uma seleção de bens jurídicos próprios das classes dominantes, garantindo seus interesses de classe e as condições necessárias à sua dominação e reprodução como classe.

Zaffaroni¹⁸ entende que o sistema penal seleciona os indivíduos de acordo com estereótipos que permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes, por exemplo, os de colarinho branco ou os de trânsito.

Em razão da diferença de oportunidades que cada pessoa recebe do Estado, a coculpabilidade faz com que junto do indivíduo culpável por seu ato, uma parcela dessa culpa, ou seja, da reprovação, deve ser dividida com a sociedade à medida e em razão das possibilidades negadas àquele.

A tese em comento ganhou amparo de grandes criminalistas, como Juarez Cirino dos Santos¹⁹, que assim entende:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões na vida.

¹⁶ KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p.75.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.26.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.130.

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Curitiba: Forum, 2004, p.265.

Zaffaroni e Peirangeli entendem que no Brasil a coculpabilidade tem cabimento no Código Penal, por meio da disposição genérica do seu art. 66, que assim dispõe:

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

Trata-se de atenuante inominada que prevê a minoração da pena fora dos casos expressamente previstos na lei e, como as circunstancias atenuantes, tem aplicação na segunda fase da dosimetria da pena.

Assim, a coculpabilidade pode ser aplicada por meio desse dispositivo, vez que é uma causa relevante anterior ao crime, que influenciou no cometimento desse, sendo certo que cada caso concreto deve ser minuciosamente analisado pelo magistrado de forma devidamente fundamentada.

De outro lado, o art. 59 do CP que trata das circunstâncias judiciais, analisadas na primeira fase da dosimetria da pena (fixação da pena base), também traz em seu bojo a possibilidade de aplicação do princípio da coculpabilidade.

Eis sua redação:

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

Com efeito, os elementos – culpabilidade, motivos e circunstâncias - trazem em sua natureza aspectos que podem ser relacionados ao contexto social em que está inserido o individuo, principalmente o atinente à seletividade do sistema penal – tema analisado no primeiro capítulo da presente pesquisa.

Neste sentido, Salo de Carvalho²⁰ diz que:

O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a onissão estatal em disponibilizar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao estado social que estabelece instrumentos dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Há que se registrar que no Projeto de lei nº 3473/2000 que visa à reforma da parte geral do Código Penal a possibilidade de aplicação da coculpabilidade parece vir expressa:

²⁰ CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.103.

Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

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

III – a restrição de direito cabível.

Outro dispositivo que impede analisar é o art. 187 do Código de Processo Penal, conjuntamente com seu § 1º, ambos com redação dada pela lei 10.792/03 que trata do interrogatório do acusado. Assim dispõem:

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

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

Esse dispositivo permite ao magistrado reunir dados acerca do contexto social em que se encontra o acusado, permitindo, na hipótese de uma futura aplicação da sanção, analisar com mais acuidade e embasamento a reprovação do agente (seja na análise do art. 59 ou do art. 66 do Código Penal) – ou seja, é um meio de mensurar, por dados concretos, a culpabilidade pela vulnerabilidade.

Por fim, na legislação penal esparsa, destaca-se o inciso II do art.14 da Lei 9605/98 – lei que trata dos crimes ambientais, nestes termos:

Art.14. São circunstâncias que atenuam a pena:

II – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente

Assim como em inúmeros ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos que expressamente preveem a aplicação da teoria em comento (tais como Argentina, Peru e Colômbia), conclui-se que no Brasil também existe a possibilidade de aplicação do princípio da culpabilidade ora analisado.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a culpabilidade é inerente à consciência da reprovação social da conduta. Sejam as teorias que a estruturam, sua ideia principal está ligada a

capacidade de autodeterminação do sujeito em agir dentro daquilo que o direito tratou como socialmente reprovável.

Nesse ponto, a corrente do direito penal socialista, capitaneado por Jean-Paul Marat, trouxe argumentos em prol da corresponsabilização do Estado por sua inadimplência na efetivação dos direitos sociais, de modo que, na aplicação da pena, parte da carga deveria ser rateada com a sociedade.

Foi essa a estruturação da coculpabilidade pela vulnerabilidade do marginalizado perante o poder punitivo do Estado, em razão de sua menor capacidade de compreender a reprovabilidade social de sua conduta, pelas omissões do Estado Liberal em proporcionar-lhe condições inclusão socioeconômica.

Assim, não aplicar a coculpabilidade é negar a realidade social em prol de formulações teóricas, de aplicação mecânica e universal, caracterizando o que se poderia chamar de verdade absoluta, algo inadmissível na ciência jurídico-penal.

O direito penal deve ser entendido como um meio de transformação social, seja ao tipificar condutas, seja ao punir os infratores do preceito normativo penal. Ocorre que para cumprir seu papel, deve o direito penal voltar os olhos para a realidade que permeia o contexto social que leva ao cometimento de inúmeros crimes, avaliando a efetiva reprovabilidade da conduta apurada, reconhecendo a parcela de culpa do Estado e da sociedade ao não promover as políticas públicas necessárias, fazendo com que se forme uma massa de miseráveis e marginalizadas que muitas vezes só encontram no crime o modo de ascender socialmente.

Todavia, com a chegada do Estado Social de Direito, tem-se cada vez mais presente a concretização de políticas públicas voltadas para a prestação dos direitos sociais fundamentais. É inegável que o acesso à educação, à moradia, à saúde, ao emprego, ao lazer e à alimentação, dentre outros direitos sociais, ainda não foi capaz de excluir a pobreza no Brasil. Mas, também é irrefutável que os índices de miséria diminuíram e que o acesso às oportunidades de desenvolvimento e inclusão socioeconômica para os cidadãos, até então marginalizados, aumentou consideravelmente.

Com essa virada, surge uma realidade diversa da gerada pelo Estado Liberal. A inadimplência da prestação dos direitos sociais tem diminuído no Estado Social de Direito brasileiro, e isso torna necessária uma nova leitura da coculpabilidade. Se no princípio, o Estado teria que compartilhar a carga da responsabilidade do infrator, em razão deste ter seu juízo de reprovabilidade da conduta diminuído pelas circunstâncias socioeconômicas, agora o

Estado também deve pesar sua mão sobre aqueles que sempre desfrutaram das vantagens e acessos sociais (como os casos dos crimes de colarinho branco).

Se a capacidade de compreensão da reprovabilidade da conduta está ligada ao desenvolvimento socioeconômico, outra alternativa não há que não seja a maior medida da pena àqueles que foram brindados com as melhores oportunidades sociais. É essa a nova contribuição interpretativa do princípio da coculpabilidade no atual Estado Social de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2002.

MOURA, Grégore.. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Curitiba: Forum, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: RT, 2003.