

**AS DESIGUALDADES SOCIOECONÔMICAS E AS SUAS
RELAÇÕES COM O DIREITO PENAL***SOCIOECONOMICS INEQUALITIES AND ITS RELATIONSHIP WITH CRIMINAL LAW*

Paulo Sérgio Gomes Soares

Doutor em Educação (UFSCar/2012). Mestre em Filosofia (UNESP/2004). Graduado em Filosofia (UNESP/1997). Professor no Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins em colaboração com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense e no Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Filosofia (PROF-FILO/UFT). Apoio FAPTO. e-mail: psoares@uft.edu.br.

Rodrigo da Silva Perez Araújo

Mestrando do Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins em colaboração com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Especialista em Direito Processual Civil e Civil. e-mail: ro.zerep@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo discute o tema da culpabilidade pela vulnerabilidade a partir da Criminologia Crítica do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que teve influência nessa construção doutrinária no Brasil. O objetivo do texto é mostrar que a culpabilidade por vulnerabilidade está atrelada à seletividade do sistema penal arbitrário que satisfaz o poder punitivo estatal. A seletividade mostra que as penas não podem ser juridicamente fundamentadas por ter sentido político, sobretudo devido ao tratamento desigual destinado a brancos e negros pelo sistema penal. A solução para a criminalidade não é reprimir as camadas sociais menos favorecidas, sob a pena de desrespeitar os Direitos Humanos, mas diminuir o grau de seletividade e pensar o Direito Penal como uma forma de contrasseletividade para resgatar a isonomia do sistema penal, dentre elas a ponderação na dosimetria penal dessa realidade. O debate perpassa pela implementação de alternativas ao encarceramento massivo, a começar por uma política criminal que diferencie os crimes de menor potencial ofensivo dos de fato violentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direitos Humanos; Criminologia Crítica; Culpabilidade pela Vulnerabilidade.

RESUMO

This article discusses the topic of culpability for vulnerability from the Critical Criminology of the Argentine jurist Eugenio Raúl Zaffaroni, who had influence in this doctrinal construction in Brazil. The purpose of the text is to show that culpability for vulnerability is tied to the selectivity of the arbitrary penal system that satisfies the punitive power of the state. The selectivity shows that penalties can not be legally grounded because they have political meaning, mainly due to the unequal treatment of whites and blacks by the penal system. The solution to crime is not to repress the less favored social strata, under the penalty of disrespecting Human Rights, but to reduce the degree of selectivity and to think of Criminal Law as a form of contraselectivity to rescue the isonomy of the penal system, among them the in the criminal dosimetry of this reality. The debate runs through the implementation of alternatives to mass incarceration, starting with a criminal policy that distinguishes crimes of lesser offensive potential from violent ones.

PALAVRAS-CHAVE: Criminal Law; Human rights; Critical Criminology; Guilt by vulnerability.

INTRODUÇÃO

Atualmente, sabe-se que o campo da criminologia teve a sua origem num paradigma etiológico, de modo que os olhares estavam sempre voltados tão somente para o criminoso, fazendo crer que o foco ou causa do crime era ele.

O Direito Penal positivista não abrange a realidade social na caracterização da criminalidade, isto é, o foco não são os problemas sociais e historicamente constituídos, mas o indivíduo que apresenta certo estereótipo devido à sua condição social. Ou seja, há um processo perverso de escolha da vítima¹ pelo sistema, que é uma característica do próprio capitalismo. Dessa forma, pune-se com mais intensidade e vigor a criminalidade de massa, mormente os crimes contra o patrimônio; ao passo que fecha os olhos para a criminalidade cometida por pessoas com elevado poder econômico, perpetuando-se a prática jurídica seletiva do aparato.

¹ "A Palavra 'vítima' nos remete àquela pessoa que sofreu as consequências diretas de um crime ou, ainda, que recebeu toda conduta criminosa em seu próprio corpo. Claro que esta figura que o Direito Penal se preocupa e protege, mas ao lado dela, há também aquelas pessoas que são vítimas de um sistema desfigurado, sem qualquer linha de pensamento ideológico, que pune de forma rígida certos segmentos da sociedade, deixando outros sem serem tocados pelos seus rigores" (KAZMIERCZAK, 2010, p. 107).

Essa visão constitui o embasamento do Direito Penal positivista, embora venha sofrendo duras críticas pelos teóricos do Labelling Approach que defendem que a noção de desvio do comportamento, apontada pelos positivistas como a causa do crime, não é uma qualidade intrínseca da conduta, isto é, não possui caráter ontológico ou pré-constituído do indivíduo, pelo contrário, as rotulações atribuídas a determinados indivíduos por meio de complexos processos de interação social fazem parte dos processos formais e informais de definição e seleção conforme os aparatos de repressão estatais. Então, a criminalidade precisa ser vista a partir de uma perspectiva macrosociológica que abarque as múltiplas determinações sociais e retire o foco do indivíduo atomizado.

Para tanto, está em curso uma mudança de paradigma pautada na teoria da reação social ou do etiquetamento (rotulação). A teoria da reação social procura identificar o modo como o sistema penal seleciona determinados indivíduos, etiquetando-os como criminosos a partir da noção de desvio.

De acordo com essa concepção não se questiona mais quais as causas do crime, mas sim o processo de criminalização. A crítica fundamental à criminologia positivista está associada ao estereótipo do criminoso e à criação de um modelo que instituiu uma seletividade estrutural, operada a partir da reação social, para se voltar contra aqueles que carregam a etiqueta de criminoso (BARATTA, 2002).

No Brasil, por exemplo, é visível a ideia de que as diferenças sociais são produzidas por desigualdade de acesso aos bens socialmente produzidos, fator que sugere que a personalidade do indivíduo é moldada de acordo com as oportunidades colocadas à sua disposição para se orientar no mundo, a despeito do ordenamento jurídico.

Nesse cenário, é possível vislumbrar as concepções da coculpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade, ambas delineadas pelo jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni, para quem o sistema penal serve a pressupostos escusos que inexoravelmente estão relacionados com as diferenças sociais de classe, tocando no cerne da questão jurídica que é o princípio da igualdade de todos perante a lei. A linha de pensamento do autor defende que deve haver a garantia de igualdade material entre aqueles que são severamente punidos pelo Estado, diante da seletividade no sistema penal.

A proposta do presente artigo é expor a contribuição desse modelo criminológico como forma de modificar o sistema penal ao reconhecer a coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade como concepções válidas para explicar a seleção dos comportamentos desviantes pelo Direito Penal, que precisa ser revisto a partir de outra perspectiva para resolver o problema da superlotação nos presídios brasileiros. Trata-se, portanto, de um trabalho bibliográfico que procura direcionar o debate para o contexto social brasileiro, em que explicitamente se observa que a seletividade tem provocado o encarceramento massivo, sobretudo, de jovens.

Observa-se que o relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), disponibilizado pelo Ministério da Justiça, no dia 23 de junho de 2014,

afirma que a população carcerária cresceu 161% nos últimos 15 anos, alcançando o número de 607.731 presos no Brasil. Há 1,6 presos por vaga nos presídios, mas o país possui apenas 375.892 vagas.

Chama a atenção o fato de essa população carcerária se constituir fundamentalmente por jovens: “56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país” (INFOPEN, 2014, p. 48). A definição de jovem compreende a faixa etária entre 18 e 29 anos, de acordo com o Estatuto da Juventude, pois, “dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%)” (INFOPEN, 2014, p. 50). Há, portanto, fartas evidências de que esse público se destaca pela seletividade violenta das agências estatais.

O debate, num primeiro momento, discorre sobre o direito humano à igualdade, procurando destacar se a realidade do sistema penal brasileiro respeita esse direito fundamental. Procurou-se delinear brevemente a teoria analítica do crime, especificamente a evolução histórica da culpabilidade, pontuando as principais teorias, além da seletividade do sistema penal para, depois, contextualizar o pensamento de Zaffaroni com a nossa realidade. A questão que motivou tratar dessa problemática foi a preocupação em mostrar se seria possível e como se poderia implementar a culpabilidade por vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do Labelling Approach teve muitas influências no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da reforma efetuada a partir de 1984, pelas Leis nºs 7.209 e 7.210, ambas de 1984. Um dos exemplos, além de outros trazidos pela doutrina, é o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que foi concebido para reduzir o impacto do abrupto retorno ao convívio social. A incorporação dessa concepção, portanto, não é novidade no ordenamento jurídico pátrio.

A partir disso e levando-se em conta a seletividade visivelmente operada no sistema penal, surgem novos institutos cujo objetivo é servir como uma proposta de “contrasseletividade”. No Brasil, contudo, vigoram as penas alternativas que não transformam os mecanismos punitivos, uma vez que o culpado está sempre sob a ameaça da privação de liberdade. Portanto, as penas alternativas das políticas criminais brasileiras não têm como meta esvaziar as prisões. A promulgação da Lei nº 10.259, de 2001, por exemplo, que estendeu as medidas alternativas em âmbito federal, criando os Juizados Especiais Criminais Federais para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, não eliminou a ameaça do encarceramento como horizonte.

O positivismo jurídico instalou a crença de que a função da pena é melhorar o indivíduo, prendendo-se ao falso discurso de ressocialização. A Criminologia Crítica, pelo contrário, aponta para um novo paradigma para a criminalidade que não está centrado na prisão, mas na alternativa a ela como forma de resguardar os Direitos Humanos. Sabidamente, nas prisões brasileiras os Direitos Humanos não são respeitados.

2 O DIREITO HUMANO À IGUALDADE

São múltiplas as terminologias e as significações dos Direitos Humanos fundamentais, mas é corrente delinear-los, a partir de um princípio de “racionalidade comunicativa”, como a proteção conferida pela norma em determinado momento histórico a todas as condições necessárias ao integral desenvolvimento da pessoa (CARPENTIERI, 2014). A materialidade dos Direitos Humanos reside no valor da dignidade humana. Portanto, os Direitos Humanos são indissociáveis da condição humana.

Os Direitos Humanos, como destacado por Piovesan (2012), universalizaram-se após a 2ª Guerra Mundial em virtude das barbáries e atrocidades então cometidas, sobretudo pelos nazistas. Despertou-se o sentimento de necessidade por reconhecimento internacional de direitos e garantias consideradas ínsitas à humanidade para, com isso, salvaguardá-los dos governos nacionais.

O direito à igualdade é um direito humano fundamental pelo consenso histórico e protegido em âmbito internacional, devendo ser status constitucional no Brasil. De fato, o princípio da igualdade está consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º, conforme segue: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Diante disso, não se podem editar atos normativos ou aplicar a norma conferindo tratamento distinto a pessoas que se encontrem em situações substancialmente idênticas. Prossegue no sentido de que a Carta Magna adotou o princípio da igualdade de direitos, estabelecendo a igualdade de aptidão, que se traduz na necessidade de a lei dispensar tratamento idêntico a todos os cidadãos, vedadas, pela compreensão de justiça e diferenciações arbitrárias, assim entendidas, consoante Canotilho (2011), que se vinculam à legitimidade, à seriedade e à razoabilidade do fundamento empregado.

Firmadas essas premissas, vislumbra-se que o sistema penal deve conformar-se e operar sem ênfases desarrazoadas ou desautorizadas pelo sentimento comunitário vigente em relação a determinadas condutas ou pessoas, sob a pena de escancarar a lesão à igualdade transnacional e constitucionalmente assegurada. Em outras palavras, o Direito Penal deve sujeitar-se à crítica concernente à dissociação entre a norma e a realidade, bem como em relação à sua capacidade de realizar os Direitos Humanos.

Contudo, consoante com o que afirma Zaffaroni (2011), por meio de um conjunto de agências que representam o poder do aparato estatal, os indivíduos são selecionados e submetidos à coação e à repressão. A criminalização não necessariamente considera a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, materialmente dizendo, apenas seleciona um grupo de determinada classe social, cujos indivíduos apresentam alguma conduta (tida como desviante) que representa perigo ao bem jurídico fundamental. Cabe ressaltar o papel do legislador nesse processo.

O legislador formula, dessa forma, uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita na lei penal. (MENDES, RE 635.659/SP, 2015, p. 12).

Diante do excerto do ministro Gilmar Mendes, observa-se que não é um comportamento inconstitucional do legislador tipificar as condutas, embora essa tipificação necessariamente conduza à condenação antecipada dos indivíduos cujos estereótipos estejam previstos pelo senso de repressão da autoridade policial. O processo de criminalização se divide em duas etapas: criminalização primária e secundária. A criminalização primária é o efeito de sancionar uma lei penal para que determinadas condutas sejam penalizadas; a criminalização secundária corresponde efetivamente à ação punitiva exercida sobre os indivíduos em determinados casos concretos pelo juiz.

Um exemplo disso pode ser lido no RE 635.659/SP, em que o ministro Gilmar Mendes reconheceu a necessidade da previsão de critérios mais objetivos para distinguir entre usuário e traficante, considerando esse mesmo contexto de criminalização primária e secundária. Em suas palavras:

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí para frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado. Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito (RE n.º. 635.659/SP, 2015, p. 19-20).

O excerto mostra que a autoridade policial detém as provas e efetiva a criminalização primária, conduzindo o possível criminoso para a justiça, cabendo ao juiz, com base nas provas, dar a sentença, perfazendo a criminalização secundária. O ministro chamou a atenção para o “princípio de proporcionalidade”, considerando a ausência de critérios objetivos para diferenciar o traficante do usuário. Porém, via de regra, se o indivíduo for abordado com determinada quantidade de droga, sendo negro e das camadas sociais mais baixas, possivelmente será enquadrado pela polícia e pelo

Judiciário como traficante, mas se for branco e das camadas mais abastadas será enquadrado como usuário.

A seletividade vista notadamente na criminalização secundária faz com que a perseguição criminal beneficie, de certa forma, aqueles que estão numa situação de maior poder econômico.

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocarem uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorrealiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figuro social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível (ZAFFARONI, 2004, p. 47).

Essa estrutura propicia, além da seleção dos indivíduos, ausência de normatividade e controle das atividades de persecução por parte das agências executivas. É no âmbito dessa discricionariedade que surge a seletividade denominada de real ou estrutural.

As agências estatais atuam de modo concorrente, porque, consoante Carpentieri (2014) e Zaffaroni (2011), a constatação da divergência entre o programa e o âmbito normativo das leis penais incriminadoras, entre os preceitos jurídicos positivos e a realidade por eles regulada, induz as agências de criminalização secundária a atuarem de forma seletiva, ou seja, selecionar os indivíduos que serão submetidos à pena. A seletividade é a característica principal do sistema penal nesse contexto. Aliás, a existência das “cifras negras”, que é a diferença entre o número de crimes cometidos e aqueles poucos que chegam ao conhecimento das agências, corrobora essa limitada capacidade operacional.

A seletividade do sistema penal, nesse contexto, é dirigida fundamentalmente aos indivíduos em condição de vulnerabilidade social em meio ao contexto capitalista de produção, alvos do poder punitivo por se enquadrarem num estereótipo eleito para a criminalidade. Os trabalhadores acabam sendo os alvos desse estereótipo.

Realmente, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização. As

estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. Por outro lado, a mesma estatística mostra que mais de 80% dos delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio [...]” (BARATTA, 2011, p. 198).

A questão social – a pobreza – emerge como um fato para criminalizar, construindo-se em critério de seleção da criminalização secundária, o qual condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de modo que este se torna inoperante para quaisquer outros.

O sistema penal, portanto, opera em forma de filtro, selecionando os indivíduos. Seleção esta que se dá mediante o estereótipo e o estado de vulnerabilidade, expondo os indivíduos concretamente ao risco de serem alcançados pela ação punitiva estatal (ZAFFARONI, 2011).

Contudo, medidas corretivas de contrasseletividade podem ser concebidas com a intenção de resgatar a isonomia no sistema penal, dentre elas a ponderação, na dosimetria penal, da realidade apontada em confluência com a proposta de tornar o Estado e a sociedade culpadas da criminalidade por compactuarem com a exclusão social e com miserabilidade humana em meio ao capitalismo, que beneficia poucos e exclui milhares.

Sabemos, também, que a sociedade premia poucos em detrimento de muitos. Não existe distribuição de riquezas. Uma parcela pequena da sociedade vive nababescamente e convive com a outra parcela, esmagadoramente superior, formada por um grupo que se encontra no limite entre a pobreza e a miserabilidade. A classe média, aos poucos, vai perdendo posição, alguns se destacando e, por conseguinte, enriquecendo; e outros, na sua maioria, empobrecendo dia após dia (GRECO, 2014, p. 421).

Há desigualdades sociais em todo o mundo, e a personalidade do indivíduo é moldada de acordo com as oportunidades colocadas à disposição de cada um para se orientar, ou não, em conformidade com o ordenamento jurídico (GRECO, 2014). Em consonância, na sociedade capitalista há uma parcela da população que é selecionada, julgada, punida e aprisionada pelo aparato. São aqueles identificados como vulneráveis. Olvidar, entretanto, que o meio social pode influenciar na formação da pessoa é

perpetuar a falha do Direito Penal. Greco pondera ser perceptível a influência que o meio social pode exercer sobre o agente e que “a educação, a cultura, a marginalidade e a banalização no cometimento de infrações penais, por exemplo, podem fazer parte do cotidiano” (2014, p. 421).

Essa percepção e forma de compreender a realidade de um ponto de vista jurídico fundamenta a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade defendida por Zaffaroni.

O sistema penal, por sua própria origem, não abrange, de forma satisfatória, a realidade social da região marginal. O que se vê é um caráter seletivo na escolha de suas vítimas (vítima do sistema); punindo com maior severidade a criminalidade de massa, especialmente os crimes contra o patrimônio, ao passo que fecha os olhos para a criminalidade cometida por pessoas com maior poder econômico e, com isso, perpetua-se o discurso selecionador sem, contudo, promover qualquer melhoria no meio social para se extirpar essa evidente discriminação.

3 A TEORIA DA CULPABILIDADE NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Várias foram as teorias que se sucederam no tempo histórico com a intenção de compreender o que se convencionou, em todas elas, denominar culpabilidade. A esmagadora maioria tem o indivíduo como foco da criminalidade, sem evocar os fatores historicamente constituídos, as múltiplas determinações sociais etc. O indivíduo descontextualizado e a-histórico é colocado diante da lei, devendo ser punido exemplarmente.

Contudo, as desigualdades sociais culminam na seletividade do sistema penal, fazendo com que uma parcela se torne vulnerável pelas características sociais que apresenta. A compreensão do fenômeno da criminalidade exige que se desvele a relação entre indivíduo e sociedade, no sentido de contextualizar as condições em que os crimes ocorrem. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (1999), não de se evidenciar dois fatores: a coculpabilidade e a culpabilidade por vulnerabilidade.

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'cocalpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 610-611).

Devido aos condicionantes sociais, os indivíduos acabam excluídos do processo, isto é, não são brindados com as mesmas oportunidades. Nesse sentido, a coculpabilidade consiste em dividir a culpa com o Estado por não proporcionar a todos os indivíduos a igualdade de oportunidade, fator que, em maior ou menor grau, acarreta as condições que propiciam a criminalidade. Os defensores dessa teoria atribuem a culpa pelo cometimento de determinados delitos à sociedade que compactua com a desigualdade social, considerando que o estado de bem-estar social não promove a equiparação das mesmas condições entre os indivíduos. Compreendem que a omissão do Estado, de alguma forma genérica, mas determinante, conduz o indivíduo a uma única saída à discriminação que socialmente lhe é direcionada: a prática de determinados delitos.

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 um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade (GRECO, 2014, p. 421).

A sociedade e o Estado, portanto, devem suportar esse ônus e repartir as responsabilidades pelo fenômeno criminal. Pode-se verificar no artigo 66 do Código Penal brasileiro que o fundamento da sentença toca na coculpabilidade como um princípio constitucional implícito, em razão da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de 1988.

Aceitar a coculpabilidade como princípio constitucional implícito 'obriga' o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais. O reconhecimento do princípio da coculpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e Processo Penal, tendo como fundamento o art. 5º, §2º, da Constituição Federal (MOURA apud Greco, 2014, p. 422).

O que esses autores sugerem é a possibilidade de o juiz, na segunda fase da dosimetria da pena, valendo-se da atenuante inominada capitulada no art. 66 do Código Penal, reduzi-la, bem como fundamentar, até mesmo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de 1988, como forma de punir a sociedade que excluiu determinados agentes do seio social dividindo a responsabilidade do crime cometido. Essa posição é bem difundida entre os doutrinadores penais, embora haja autores que não compactuam desse entendimento, a exemplo de Nucci (2013), que defende que mesmo que o Estado se exima de seu dever para com os indivíduos, não se justifica a prática de delitos nem implica que a pena deva ser atenuada. Se assim fosse, deveria coculpar também os pais etc., fator que vulgarizaria o art. 66 do Código Penal.

Para o autor, “há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado – para implicar na redução da pena” (NUCCI, 2013, p. 313).

A coculpabilidade é defendida por parte da doutrina, mas o que se vê é que essa discussão se encerra na própria doutrina, pois, em breves pesquisas realizadas nas jurisprudências dos Tribunais Estaduais (TJDF, TJRS, TJPR, TJMG, TJRO) e também por experiência própria, visualiza-se que o instituto não está sendo aplicado no caso concreto, seja porque não há previsão legal no nosso ordenamento jurídico hodierno, ou sob o pretexto de que a desigualdade econômica e social não tem o condão de justificar o cometimento da conduta ilícita, tal como propugnado por Nucci.

A culpabilidade por vulnerabilidade pensada por Zaffaroni se fundamenta a partir dos conhecimentos pretéritos acerca da coculpabilidade. A base é a mesma, qual seja, a seletividade do sistema punitivo; “essa culpabilidade tem ligação direta com a seletividade do Direito Penal” (2004, p. 5).

Por conta da seletividade do sistema penal, a “etiqueta” de inimigo recai sobre os mais pobres e sobre eles a fúria e a violência do Estado, do Direito Penal e, na ponta do problema, do Sistema Penal. O Sistema Penal apresenta diversos graus de periculosidade para os indivíduos, segundo o “status social e suas características pessoais”, haja vista a constatação da preponderância de determinados grupos vulneráveis no cárcere.

“A seletividade prisional, regra geral, alimenta-se da criminalização dos crimes patrimoniais, das condutas contra o patrimônio, nuclearmente furto e roubo, simples e qualificado, sucedidos depois pelos crimes contra a pessoa e contra os costumes [...]” (ANDRADE, 2014, p. 307).

No Brasil, como se evidencia pelos dados divulgados pelo INFOPEN (2014), a população carcerária é constituída em sua maioria por jovens, uma camada da população mais afetada pelo fenômeno do consumo e pela falta de perspectivas de “trabalho decente” (termo usado pela Organização Internacional do Trabalho). A definição de jovem compreende a faixa etária entre 18 e 29 anos, de acordo com o Estatuto da Juventude. Observa-se que “56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país” (INFOPEN,

2014, p. 48).

Além do processo de vulnerabilidade se expressar pelo público carcerário jovem, um fator agravante que comprova a violência das agências estatais é o de que “dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%)” (INFOOPEN, 2014, p. 50). Há diversos níveis de vulnerabilidade e são fartas evidências de que esse público se destaca pela seletividade, pela rotulagem e estigma criado socialmente após longo processo de exclusão social.

Zaffaroni (2004), ao reconhecer a existência de diversos níveis de vulnerabilidade também em seu contexto de atuação, afirma que o seu objetivo principal é lutar por um Direito Penal menos desigual e aplicação da lei com a maior possibilidade de isonomia.

Evidentemente, a pobreza, a fome, a miséria etc. colocam o indivíduo num estado concreto de vulnerabilidade. A vulnerabilidade concreta se opera na cumulação da condição de vulnerabilidade em si e o esforço pessoal pela vulnerabilidade, ou seja, “esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2004, p. 37-38).

Além da situação de vulnerabilidade (estado de pobreza), deve-se avaliar o esforço pessoal pela vulnerabilidade. Nesse contexto, é possível perceber, até para um leigo da área jurídica, o esforço que se faz para condenar uma pessoa com maior poder econômico, e muitas vezes não se consegue; evidentemente, tal esforço é maior se comparado com o esforço para condenar alguém vulnerável e sem recursos. Vê-se que este último está suscetível a ser alcançado pelo poder punitivo do Estado (LEMOS, 2010, p. 16-17).

Tal como assegura Miranda (2016, p. 129):

[...] quanto maior monta a situação de pobreza do indivíduo, maior o estado de vulnerabilidade, e menor é o esforço necessário para incitar a fúria do Estado. Quanto mais elevado o status do indivíduo, menor é o estado de vulnerabilidade, e como tal, maior é o esforço necessário para ficar à mercê do sistema punitivo.

A culpabilidade por vulnerabilidade exsurge, nessa perspectiva, como uma medida redutora do poder repressivo estatal, servindo, à evidência, como critério definidor do nível máximo da violência estatal admissível em reação à prática da conduta criminalizada.

A tese defendida não busca olvidar as características sociais e de caráter do agente, mas utilizá-las de maneira “contrasseletiva”, de ordem a respaldar uma menor incidência do poder punitivo sobre aqueles que são mais visados pelo sistema dado a sua vulnerabilidade, seja como forma de redução da pena ou exculpação (absolvição pelo reconhecimento do estado de necessidade exculpante), propugnado por algumas vozes doutrinárias, com o fito de funcionar como antídoto às injustiças operadas contra o vulnerável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro é constitucionalmente vinculado ao compromisso transnacional de reduzir as desigualdades sociais. Trata-se de um dos objetivos da república, insculpido no inciso III do art. 3º da Constituição Federal, de 1988.

Vimos pela argumentação construída ao longo do texto que o Direito Penal não está infenso à crítica decorrente da constatação da literatura especializada da Criminologia Crítica, no sentido de que o discurso da norma não corresponde à sua prática, isto é, o programa normativo na realidade fenomênica dá-se de modo diverso. Ocorre aparelhado ideologicamente para selecionar determinada parcela da população, a que corresponda ao perfil estereotipado pré-definido e que, com isso, atenda aos fins obnubilados próprios à classe dominante. Associa-se a criminalidade aos indivíduos que não estão socialmente inseridos. No Brasil, a maioria dos crimes que alimentam o sistema prisional é de crimes contra o patrimônio e recaem sobre as classes subalternas do proletariado.

Em postura contra fática descreveu-se brevemente a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, de Zaffaroni, mediante a qual se pretende a incidência da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, conter o poder punitivo estatal em face dessa específica parcela da população, densificando, assim, com mais intensidade, a isonomia substancial também garantida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera R. P. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRADE, Vera R. P. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2014.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>, p. 28. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____. Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARPENTIERI, Jose R. Direitos Humanos e Direito Penal: pensamento como forma de resistência ao poder. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 22, nº 108, p. 191-222, maio/jun., 2014.

CASTRO, Lola A. Criminologia da Libertação. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ESTEFAM, André et al. Direito Penal esquematizado: parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120, p. 41-73, maio/jun., 2016.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. – 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN): Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias (INFOPEN). Brasília, 2014.

JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Geral. 36. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito Penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

LEMOS, Clécio. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: Boletim IBDCCRIM. São Paulo: IBDCCRIM, ano 17, nº 210, p. 16-17, 2010.

MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado: Parte Geral. 8ª ed. rev. atual. e ampl. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar. Voto: Recurso Extraordinário 635.659/SP. Plenário. 20/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Re635659.pdf>>. Acesso em: 13/5/2016.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227.

MIRANDA, Ana Carolina Belitardo de Carvalho. Do princípio da culpabilidade por vulnerabilidade como antídoto à seletividade penal. Culpabilidade no Pós-Finalismo, Salvador: Juspodivm, p. 114-129, 2016.

MEDEIROS, Héverton Hipólito Alves de. Culpabilidade por vulnerabilidade: uma reanálise do artigo 59 do Código Penal à luz da teoria da vulnerabilidade de Zaffaroni. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 122, mar. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14537>. Acesso em: 10 maio de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. A seletividade punitiva: uma construção da culpabilidade dos vulneráveis e de um Direito Penal (dis)funcional. Culpabilidade no Pós-Finalismo. Salvador: Juspodivm, p. 335, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte Geral (fundamentos. La estructura de la teoría Del delito). Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguek Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999.

SANTOS, Otávio Augusto Copatti dos. Culpabilidade e vulnerabilidade: visão social da culpabilidade do sujeito. In: III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas. 2014, Francisco Beltrão/PR.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Thais Diniz Coelho de. Seletividade racial do sistema penal brasileiro: origem, mecanismos de manutenção e sua relação com a vulnerabilidade por culpabilidade. Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades. n. 238, p. 611-626, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio R. et al. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 2. ed. Editora Revistas dos Tribunais, 1999, p. 610-611.

_____, Culpabilidade por vulnerabilidade. In: Revista Discursos Sediociosos. n.º. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____, et al. Direito Penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 2011.

Recebido em: 05/02/2018

Aprovado em: 30/11/2018