



LINHAS SOBRE A TEORIA DA COCULPABILIDADE DIANTE DA CRISE DO ESTADO SOCIAL

Raul Marques Linhares

Resumo: O presente artigo apresenta um estudo acerca da responsabilidade do Estado no cometimento de algumas classes de delitos, em face da sua ineficiência no desenvolvimento de políticas sociais. Adota-se, como ponto de partida, a concepção de “expansão do Direito Penal”, uma das causas das políticas de exclusão do delinquente. Nesse cenário, busca-se, na prática, a isenção do Estado e da sociedade de qualquer responsabilidade no fenômeno criminoso, como se fosse o delinquente inteiramente livre em suas escolhas.

Palavras-chave: expansão do Direito Penal; coculpabilidade; Estado social.

Abstract: This article presents a study about the responsibility of the State in the commission of some classes of crimes, due to the inefficiency in the development of social policies. We adopt, as a starting point, the concept of "expansion of Criminal Law", one of the causes of the political exclusion of the offender. In this scenario, we seek, in practice, the exemption of the State and society of any responsibility in the criminal phenomenon, as if the offender were entirely free in their choices.

Key-words: expansion of Criminal Law; co-responsibility; Welfare state.

I. Introdução

Atualmente, presenciamos uma tendência à expansão do Direito Penal, com diversas manifestações sociais em prol de medidas de maior rigorismo no trato de condutas criminosas. Nesse panorama de novas tipificações criminais, de agravamento das penas, de supressão de garantias do delinquente, de flexibilização das regras de imputação, cada vez mais nos esquecemos da grande parcela de culpa do Estado e da sociedade em relação ao cometimento de determinadas classes delitivas, em especial àquela dos crimes contra o patrimônio. O presente artigo objetiva desenvolver esse tema de forma simples, possibilitando, ao final, maior compreensão acerca da maneira equivocada com a qual é tratado o problema da “criminalidade de miseráveis”, que, junto da macrocriminalidade, é afetada pelo clamor social por uma cada vez maior intervenção do Direito Penal.

II. A expansão do direito penal, o populismo penal e a alteração de paradigmas.



Conquanto a tendência punitivista atual, há pouco tempo o direito penal era considerado uma normatividade do delinquente, em seu benefício, e não um conjunto de normas à disposição da sociedade (especialmente das vítimas diretas de crimes).

Antes de adotar seu atual caráter, era predominante, especialmente nos anos 60 e 70, um modelo de direito penal ressocializador, dominado por uma ideologia de tratamento do delinquente, tratamento esse que constituía o fundamento e a finalidade do direito penal¹. (tradução nossa). Dessa forma, buscava-se o ideal de reintegração social do criminoso, sendo esse o objetivo maior da pena imposta a ele.

As leis penais, nesse tempo passado, eram concebidas como garantia da sociedade em geral (especialmente dos criminosos) contra os abusos do Estado. Afinal, no dizer de Winfried Hassemer, o “[...] Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar seu poder pelos direitos dos cidadãos”². Não fossem as leis penais e processuais penais, poderia o Estado exercer seu *ius puniendi* de maneira desmedida e em violação aos direitos do homem. Em outras palavras, a lei penal era considerada como sendo produzida para o criminoso, em seu benefício e em limitação à liberdade estatal.

Com o transcorrer do tempo, presenciou-se uma revolução copernicana de paradigmas. Essa revolução teve origem em um conjunto de causas, dentre as quais podemos destacar as expressões do populismo penal.

As principais características da política de populismo penal são sintetizadas por André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth como sendo a credibilidade em que “[...] as penas mais altas podem reduzir o delito; que as penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade; e que há ganhos eleitorais que são produto deste uso”³. Com isso, as medidas adotadas em relação ao fenômeno criminal não tanto se destinam ao seu combate (considerado, aqui, como solução do problema e não como simples enfrentamento), mas sim à satisfação de interesses sociais e políticos.

¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 65.

² HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 2, n. 8, p. 57, 2003.

³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.



Conquanto a imagem de efetividade que possui atualmente o direito penal, fazendo-o adquirir o caráter de *prima ratio* do direito, verifica-se que essa efetividade se manifesta como uma quimera, em flagrante contradição com a realidade vigente. O direito penal atual, na verdade, muito pouco tem de eficiente, pois não se mostra apto a satisfazer os ideais a que se propõe; reveste-se de mero efficientismo, considerando-se que não objetiva propriamente a solução do problema da criminalidade, mas “[...] em passar uma falsa mensagem (simbólica) de segurança e controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática”⁴.

Dessa forma, mesmo não produzindo efeitos positivos, o direito penal, já dotado de uma falsa imagem de eficácia, passa a ser cada vez mais utilizado e de forma cada vez mais severa no trato à criminalidade. Trata-se daquilo que se tem denominado de “direito penal simbólico”, reproduzido na busca por uma solução fácil e em curto prazo no direito penal que, antes de realmente oferecer essa solução, apenas produz o efeito de tranquilizar a opinião pública⁵, até que o sentimento de tranquilidade se enfraqueça e novamente seja o direito penal chamado a intervir para restabelecê-lo – ciclo que muito sucesso encontra na sociedade atual, tomada que é pelo sentimento de medo, conforme explicado por Zygmunt Bauman ao abordar a “síndrome do Titanic”⁶.

Somando-se os diversos fatores da expansão do direito penal, dentre os quais a adoção, pela mídia, do discurso populista e o constante sentimento de insegurança que se abate sobre a sociedade moderna (também originado, em grande parte, por intervenções midiáticas), verifica-se uma alteração de postura da sociedade em relação ao delinquente. Vivenciamos uma crescente identificação geral com as vítimas de delitos, decorrente, em especial, pelo medo contido nas pessoas de também se tornarem vítimas⁷.

⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 132.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 28.

⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.



Em sentido contrário à identificação geral com a vítima, o delinquente passa a ser visto pela sociedade como sendo um inimigo em comum de todos, que nada mais merece do que ser punido por seu ato, deixando de ser, aos olhos de grande parte das pessoas, um sujeito de direitos. Na lição de José Luis Díez Ripollés, a atitude de se compreender o delinquente como uma pessoa desfavorecida e marginalizada, merecedora da ajuda da sociedade, é deixada de lado para que o delinquente seja perseguido como um animal, muitas vezes com qualificações singulares, como “predador sexual”, “jovem desalmado”, “criminoso incorrigível”⁸. (tradução nossa).

Nesse panorama, o criminoso é cada vez mais excluído do seio social, enquanto as vítimas passam a ser objeto de um crescente sentimento de solidariedade, unindo-se sociedade e vítima na busca por vingança, corriqueiramente nominada de justiça.

III. A crise do Estado de bem estar social e a teoria da coculpabilidade

Teoricamente (e apenas teoricamente), em determinado momento da história, o homem promoveu o “[...] abandono da vida primitiva em favor do *status societatis* [...]”⁹. Isto é, ele abdicou da vida em estado de natureza, renunciou à parcela de sua liberdade e “celebrou” um contrato social para que o Estado, a partir de então instituído, promovesse sua segurança perante os demais membros da sociedade. Contudo, atualmente e em certos casos, esse “contrato social” parece ter se transformado em via de mão única, vinculativo a apenas uma das partes.

Conquanto os inúmeros direitos e garantias outorgados aos cidadãos frente ao Estado, presenciamos, cotidianamente, a negação desses direitos justamente por quem os deveria assegurar. Assim, grande parcela populacional é marginalizada, privada do mínimo existencial aceitável e submetida a interdições diversas que “impedem ao homem comum de ser igual ao próprio homem, de se realizar como homem, com acesso a todos os bens a

⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 75.

⁹ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 174.



que tem direito, tais como moradia, terra, educação, saúde, trabalho"¹⁰. Alvin August de Sá denomina esse grupo de pessoas de “maioria dominada”, que viveria o dilema de “[...] ajustar-se às condições humanas de sobrevivência”¹¹, enquanto a “minoridade dominante” manteria o monopólio dos bens faltantes aos demais. Afinal, conforme dito por Cesare Beccaria, “Em toda sociedade humana, há um esforço tendendo continuamente a conferir a uma parte o auge do poder e da felicidade e a reduzir a outra à extrema fraqueza e miséria”¹².

Nesses termos, devido à concentração de poder e de bens diversos pela minoria dominante, a maioria dominada se encontra em um estado de negação de direitos fundamentais à existência humana plena. Aqui, tomamos “existência plena” no sentido defendido por Aristóteles, segundo o qual o homem tem por objetivo último o alcance da felicidade, porquanto, sendo ela “[...] considerada alguma coisa final [completa] e autossuficiente, é a finalidade visada por todas as ações”¹³. Com isso, na situação de negação de direitos fundamentais e de falta de perspectivas de alcance da finalidade maior da vida (felicidade), manifestar-se-ia nessa maioria populacional o instinto de sobrevivência, exercitado pela busca violenta aos bens necessários à manutenção da vida em sua plenitude. Essa violência, salienta-se, não é utilizada com finalidade destrutiva; destina-se unicamente a preservar a vida de quem assim atua¹⁴.

Na lição de Rudolf Von Ihering, “[...] a defesa do direito é um dever de autoconservação moral [...]”¹⁵. Na problemática aqui apresentada, mais do que autoconservação moral, estamos diante de preservação da própria vida. Questão semelhante é apresentada na obra

¹⁰ AUGUSTO DE SÁ, Alvin. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

¹¹ AUGUSTO DE SÁ, Alvin. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

¹² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 9.

¹³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009. p. 49.

¹⁴ AUGUSTO DE SÁ, Alvin. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

¹⁵ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 41.



“O caso dos exploradores de cavernas”, na qual, presos em uma caverna em decorrência de um desabamento, um grupo de exploradores tira a vida de um deles para que os demais possam se alimentar de sua carne e, assim, sobreviverem até a chegada do resgate. Um dos julgadores do caso fictício assim sustentou em seu voto: “[...] na medida em que se supunha que as pessoas pudessem viver em comunidade fosse uma premissa falsa, como indiscutivelmente ocorrera naquela situação particular, em que a preservação da vida humana tornara-se unicamente possível através da supressão da vida, as premissas básicas e fundamentais do ordenamento jurídico de Newgarth tinham perdido seu sentido e coerção”¹⁶. Ou seja, inexistindo as bases necessárias a possibilitar a vida em sociedade (talvez por motivos provenientes da própria sociedade), outorgar-se-ia ao homem a possibilidade agir em prol de sua sobrevivência de maneira desconforme à lei, não mais aplicável naquela realidade, porquanto, “[...] *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* [...]”¹⁷ (em tradução livre, “cessada a razão da lei, cessa a sua vigência”).

Transposto o caso acima para a realidade vigente, deparamo-nos com a situação de necessidade da antes referida maioria dominada (ou parcela dela) em apelar para formas (em princípio) criminosas de subsistência para afastar o perigo à própria vida, como que retornando esse grupo de pessoas, em razão das circunstâncias nas quais se encontra, a algo parecido com o teorizado “estado de natureza” e em defesa de um direito natural superior aos direitos de minorias – como, *v.g.*, o direito à vida em prejuízo do direito à propriedade privada.

Esse posicionamento, intimamente ligado à teoria contratualista do surgimento do Estado, foi adotado, no final do século XVIII, pelo francês Jean Paul Marat, quando do desenvolvimento de seu “Plano de legislação criminal”. Nas palavras do autor:

[...] non appartenendo alla società che per via degli svantaggi che questa comporta, sono essi obbligati a rispettarne le leggi?

¹⁶ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **O caso dos exploradores de cavernas de Lon L. Fuller à luz do ordenamento penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 25-26.

¹⁷ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **O caso dos exploradores de cavernas de Lon L. Fuller à luz do ordenamento penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 25.



Indubbiamente no. Se la società li abbandona essi rientrano nello stato di natura, e allorché rivendicano con la forza quei diritti cui rinunciarono al solo fine di garantirsi maggiori vantaggi, ogni autorità che li ostacola è tirannica ed il giudice che li condanna a morte altro non è che un infame assassino.¹⁸

Ou seja, seria desarrazoado se exigir do homem a inibição do instinto de preservação da própria vida ou da vida de certas pessoas, pois, jogado em condição de extrema necessidade, acabará o indivíduo por se rebelar contra o Estado e a sociedade.

Essa aproximação à teoria contratualista é utilizada por Günther Jakobs para o desenvolvimento do direito penal do inimigo, adotado no Brasil em casos especiais (conquanto de forma tímida e não assumida)¹⁹, que toma o delinquente (pelo menos o habitual ou o autor de crimes graves) como sendo um inimigo do Estado, não mais sujeito de direitos, em decorrência de seu afastamento das normas que compõem o contrato social, motivo pelo qual deve ser excluído do convívio em sociedade. Ocorreria, pois, a perda, por esses criminosos, do *status* de cidadão, que não mais se sujeitam às penas do “Direito do cidadão”, mas a um Direito de guerra, de pura coação²⁰. Nesse modelo de direito, a finalidade precípua da penalidade imposta à transgressão seria a defesa da vigência da norma do contrato social²¹.

Entretanto, essa concepção de contrato social apenas outorga o caráter de social ao “contrato” se considerado em relação a sua forma (contrato da sociedade) e não quanto ao seu conteúdo (contrato para a sociedade como um todo, em seu benefício).

¹⁸ MARAT, Jean Paul. **Disegno di legislazione criminale**. Tradução de Marco Antonio Aimó. Milão; Varese: Istituto Editoriale Cisalpino, 1971. p. 72.

¹⁹ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In CALLEGARI, André Luís (Org.). **Política criminal, Estado e democracia**: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

²⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47

²¹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12.



Sob a óptica até aqui apresentada, a atividade criminosa deixaria de ser vista como opção livre e desimpedida do agente; seria, isso sim, um meio inafastável à consecução da sobrevivência. Afinal, no dizer de Aristóteles, "[...] aquilo que é ditado pela força da necessidade é doloroso, e daí o dito tão acertado: *Tudo o que se faz por força da necessidade é amargo*"²² (grifo do autor).

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se a possibilidade de se teorizar a aplicação, em casos especiais, do “estado de necessidade”, excludente de ilicitude prevista no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para isso, tomar-se-iam a condição de miserabilidade extrema do agente, a negação de direitos fundamentais por parte do Estado e o estado físico de risco à vida (doença, fome, frio etc.) como sendo um perigo atual provocado pelo sistema social de desigualdades – ou seja, não acarretado pelo agente e nem por ele evitável – posto que se origina de algo muito além de suas forças. Frente a circunstâncias tais, objetivando salvaguardar direito próprio (a vida), o agente violaria direito de terceiro (v.g., à propriedade). Sopesando-se ambos os direitos, caso prevaleça a proteção à propriedade, o sujeito criminoso estaria fadado a sucumbir inerte, em respeito à lei, ou a ser isolado em “presídios-masmorras” violadores de tantos outros direitos fundamentais. Prevalecendo o direito à vida, haveria a exclusão da ilicitude da conduta em razão da configuração do estado de necessidade.

De maneira diversa, podemos, ainda, pensar a questão em face do sexto axioma do sistema garantista, desenvolvido, sobretudo, por Luigi Ferrajoli, qual seja: “*Nulla actio sine culpa*”²³, especificamente quanto à inexigibilidade de o autor da conduta agir de maneira diversa, o que determinaria a exclusão da culpabilidade do agente, isentando-o de pena, apesar do cometimento de um fato típico e antijurídico. A respeito da inexigibilidade de outra conduta, André Luís Callegari, fazendo referência a Francisco Muñoz Conde, aduz que o direito “[...]”

²² ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. p. 93.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.



não pode impor uma pena quando, em situação extrema, alguém prefere realizar um fato proibido pela lei penal a ter que sacrificar sua própria vida ou integridade física”²⁴.

Nesse caminho, deve ser indagado: pode-se exigir que o agente se abstenha de atuar em desconformidade com a norma penal, mesmo que esse agir ocasione sua morte por doença fatal, ou sua conduta estaria justificada em razão das circunstâncias fáticas?

Essa discussão acaba por desembocar na questão relativa à concepção de “cocalpabilidade” ou, conforme Jesús-María Silva Sánchez, “co-responsabilidade social no delito”²⁵, que propõe não ser o sujeito criminoso o único responsável por seu atuar em violação legal, pois deve ser atribuída parcela de responsabilidade, também, a causas sociais diversas, que o compelem a tal atitude. Ao final, atribuir-se-ia parte da culpa pelo delito ao Estado e/ou à sociedade. Para que isso seja possível, deve-se adotar uma concepção estrutural da delinquência, que busca identificar suas causas em fatores sociais ou ambientais, em detrimento de uma visão apenas volitiva, que explica a delinquência como sendo fruto de decisões racionais e livres do agente criminoso, desconsiderando-se as causas externas²⁶. (tradução nossa).

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli trabalham a cocalpabilidade como um componente de todo Estado Social de Direito, sendo contemplada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro no artigo 66 do Código Penal²⁷. Para eles, portanto, diante da ocorrência de uma situação configuradora da cocalpabilidade, dever-se-ia aplicar o referido artigo, como uma causa de atenuação da pena em razão de circunstancia relevante não expressamente prevista em lei.

A título ilustrativo, acerca do reconhecimento da cocalpabilidade, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

²⁴ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 190.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 116-117.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 525.



APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. PERÍCIA. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. COCULPABILIDADE. REINCIDÊNCIA. MULTA. [...] 3. Não há previsão legal para a aplicação da "atenuante de coculpabilidade do Estado", não havendo nenhuma circunstância relevante no caso sub judice - esta sim prevista no art. 66 do CP - para a atenuação da pena. Outrossim, é notório que a criminalidade atinge a todas as classes sociais, indistintamente. Também é forçoso reconhecer que o Estado não cumpre com todas as suas obrigações assistenciais ao indivíduo, mas isso não quer dizer que tenha que ser responsabilizado por atos praticados por livre arbítrio dos agentes, não sendo a pobreza fator determinante para o cometimento de crimes. [...].²⁸

Nessa linha, como se vê, acaba sendo negada a relevância da condição socioeconômica do agente, que, por mais que não possua outros meios para satisfazer suas necessidades que não os ilícitos, deve, ainda assim, determinar-se de acordo com a lei. Dessa forma, adotou-se uma concepção exclusivamente volitiva do delito. Se a teoria da coculpabilidade fosse adotada pelo Judiciário e, em consequência, uma postura estrutural em relação ao fato criminoso fosse assumida, o Estado se colocaria em posição de principal responsável pelas mazelas sociais, inclusive pelo fenômeno da criminalidade de miseráveis. Ao contrário, "[...] una explicación volitiva del delito permite al Ejecutivo y al Legislativo desplazar nítidamente la responsabilidad hacia un tercero, el delincuente"²⁹.

De forma semelhante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70051355337**. Apelante: Sandro de Almeida Cardoso. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Francesco Conti. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051355337&num_processo=70051355337&codEmenta=5082806&temIntTeor=true>. Acesso em: 29 abr. 2013.

²⁹ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 117.



[...] III. A teoria da co-culpabilidade, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos. IV. Não haveria como o juiz singular combater por argumentos jurídicos a tese lançada, primeiramente porque o atendimento do pleito é intrinsecamente inviável, e, por outro lado, porque para o exame e afastamento da proposição, o magistrado teria que demonstrar, na sentença, que o paciente não foi nocivamente contaminado por quaisquer influências externas ao decidir praticar seu delito. VI. Ordem parcialmente conhecida e denegada.³⁰

Quanto à decisão em tela, verifica-se uma tentativa (inalcançável) de afastar a interferência, no Direito, de ciências alienígenas ao próprio Direito. Sabemos, ademais, que justamente o que permite o funcionamento da prática jurídica em geral é a sua inegável transdisciplinaridade. Restasse o Direito isolado das demais ciências, no sentido do julgado acima, acabaria por entrar em colapso. Por isso, a prática jurídica é dependente de uma gama de ciências que a circundam. Assim verificamos, *v.g.*, com as circunstâncias do artigo 65 do Código Penal, que, sem o auxílio da psicologia e sociologia, por exemplo, ver-se-iam inaplicáveis.

III. Conclusão

Pelo exposto e em face da atual situação de crise do Estado, fica evidente a imprecisão do tratamento outorgado ao problema da “criminalidade de miseráveis”, decorrente da desconsideração da teoria da coculpabilidade. A todos os cidadãos, em situação de igualdade, garantem-se constitucionalmente direitos fundamentais à condição humana

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 172505/MG**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1065116&sReg=201000870687&sData=20110701&formato=PDF>. Acesso em: 29 abr. 2013.



digna. Porém, em flagrante violação à Carta Magna, o Estado não se faz cumpridor de seus deveres para com parcela da sociedade, compelindo-a a tomar o básico à subsistência por vias ilícitas e desejando, ao final, exercer seu *jus puniendi* contra essa parcela social e, ao final, eximir-se de sua responsabilidade.

Nas palavras de Grégore Moura, “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 [...]”³¹.

Apesar da complexidade do problema social com o qual nos deparamos, predomina entre nós a tendência em se responsabilizar o agente criminoso sem que se considerarem as causas externas do delito, optando-se por punições cada vez mais severas, o que justifica, em parte, a significativa expansão do direito penal moderno. Essa expansão é, em grande medida, consequência da propagação de ideais de populismo penal por parte da grande mídia. Não percebemos, conquanto seja evidente, que o problema da criminalidade de massas é predominantemente social e não criminal e, em decorrência disso, a política do *Welfare State* passa a dar lugar a um Estado de repressão, à substituição de instituições assistenciais por instituições penais e à adoção de políticas de Lei e Ordem³².

Nesse cenário, a atuação do Estado, satisfazendo o desejo geral da sociedade, manifesta-se de uma maneira peculiar. Como se tratássemos uma pessoa acometida por catarata utilizando-nos de aspirina; ou, se combatêssemos um câncer com aplicação de vacina contra a gripe. Da mesma forma ocorre ao enfrentarmos um problema de política social com medidas de política criminal: contra o déficit educacional, novos tipos penais; contra a violação ao direito à saúde, maior severidade das penas; contra a seletividade punitiva do Estado, supressão de garantias penais e processuais-penais; contra a exclusão social, mais exclusão social. Levando-se em conta, pois, que se deve estabelecer “[...] uma pena em

³¹ MOURA, Grégore apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. 1, p. 406.

³² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.



função não do crime, mas de sua possível repetição”³³, torna-se evidente a inutilidade de medidas como a privação da liberdade no combate aos “crimes de miseráveis”.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

AUGUSTO DE SÁ, Alvino. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 172505/MG**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1065116&sReg=201000870687&sData=20110701&formato=PDF>. Acesso em: 29 abr. 2013.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In CALLEGARI, André Luís (Org.). **Política criminal, Estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 89.



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

MARAT, Jean Paul. **Disegno di legislazione criminale**. Tradução de Marco Antonio Aimó. Milão; Varese: Istituto Editoriale Cisalpino, 1971.

MOURA, Grégore apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. 1.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **O caso dos exploradores de cavernas de Lon L. Fuller à luz do ordenamento penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70051355337**. Apelante: Sandro de Almeida Cardoso. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Francesco Conti. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mak=70051355337&num_processo=70051355337&codEmenta=5082806&temIntTeor=true>. Acesso em: 29 abr. 2013.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.