

O princípio da co-culpabilidade

Simone Matos Rios Pinto^{*1}

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Perdemos a conta de quantas vezes este comando é citado nas doutrinas do mundo inteiro. Fruto da consolidação dos direitos humanos, pela Revolução Francesa.

Apesar das repetitivas citações, cada vez mais distante está a concretização de uma sociedade livre, igual, solidária, e que acolhe a todos os seus membros dignamente.

Há liberdade?

Que reciprocidade de identificação de pessoas livres e iguais se pode esperar em uma sociedade demasiadamente fragmentada entre raros detentores e muitos despossuídos de conhecimento e riqueza? Até quando viveremos em *apartheids* que atravessam os destinos e o tempo na geração de pobres mais pobres e ricos mais ricos?

John Rawls demonstra que:

A assimetria fragiliza a estabilidade de compromissos constitucionais e impede a formação do consenso sobreposto falando então da necessidade da atribuição de bens primários para o desenvolvimento das capacidades morais dos indivíduos. Parte do pressuposto de que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais (RAWLS, 1993, p. 213).

Nem todos os membros de uma sociedade podem usufruir da liberdade de escolher entre uma ação lícita e outra ilícita. “E nem sempre os códigos escritos compreendem que a vida é muito mais multifacetada que os artigos, as alíneas, os parágrafos.” (TRANJAN, 1994, p. 259). É conhecendo a vida nas favelas, nos morros, nos bairros pobres que detectamos que a tão proclamada liberdade, resultante da luta dos ideais da Revolução Francesa, não se concretiza em face de carências sociais não consolidadas pelo Estado Social. É o caso do Brasil, que tem grande parte de sua população vivendo numa sociedade ilegal, que sobre(vive) do crime como resultado de um processo que começa na infância e se prolonga até a fase adulta. Sair desse mundo clandestino e sobreviver honestamente é um passo que poucos conseguem dar durante a vida.

O direito penal alcança fácil esta parcela da sociedade, aliás, esta parcela tem no sistema penal seu maior inimigo. Fogem dos “home” e do “camburão”, constantemente, numa espécie de guerra entre mocinhos e bandidos, da qual não se sabe mais quem são os bandidos. Num passe de mágica o desempregado é transformado no bandido, o estereótipo do delinqüente se fixa na figura do favelado,

^{1*} Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. Professora Universitária na Universidade do Vale do Rio Verde – UNINCOR. Funcionária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

do desempregado, do pobre, etc. De certa forma, esta classe desprestigiada sente que não tem nada a perder, já que a sociedade não os insere, não têm patrimônio algum, podendo ser classificados como filhos do acaso. Sentem-se injustiçados e ameaçados, porque sabem que, se forem pegos, serão vítimas do sistema penal e de sua “mão pesada”. Chegam a preferir morrer a serem alcançados. Pouco importa que as mortes no trânsito sejam maiores que os homicídios e latrocínios, a figura do matador não é um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado.

Há muito que se avançar. A confiança no sistema penal como garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta com a realidade do dia-a-dia, em que infratores são tratados não como pessoas, mas como um ser mau, um animal, causador de violência e, portanto, merecedor do violento direito penal. Para que serve todo o discurso dogmático se este não consegue se inserir nas práticas diárias do sistema penal? O direito penal sancionador deve ser ao mesmo tempo protetor, e isso deve ser revelado.

Precisamos efetivar o discurso. Não basta, por exemplo, conceituar o furto famélico à luz do estado de necessidade. Um homem com fome não é um homem livre. E, nesse sentido, o Princípio da Co-Culpabilidade proporciona ao juiz a possibilidade de declarar, na sentença, que o sistema penal reconhece a liberdade limitada desta parcela da sociedade e que a responsabilidade deve ser dividida entre os demais membros da sociedade em face das carências sociais que imperam nesta sociedade. 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.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 525).

O primeiro dos fundamentos do Princípio da Co-Culpabilidade está em reconhecer que o indivíduo não está totalmente livre para escolher seus caminhos. A liberdade de escolha, em muito, encontra-se comprometida com a possibilidade de gozar esta liberdade. E, no dizer de Leonardo Boff, “A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam” (BOFF, 2004, p. 09).

Há desigualdades.

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.

As desigualdades sociais propiciam as desigualdades perante a lei. Recursos no trâmite de processos, *amicus curiae*, prescrição, etc. acabam sendo instrumentalizados a favor de quem detém condições financeiras para contratar bons advogados, hábeis em manusear o sistema, em prol de penas mais brandas ou até mesmo de absolvições.

Segundo *Bobbio*,

Em outras palavras, o princípio da igualdade das oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição da vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais. É supérfluo aduzir que varia de sociedade para sociedade a definição de quais devem ser as posições de partida a serem consideradas como iguais, de quais devam ser as condições sociais e materiais que permitam considerar os concorrentes iguais. Basta formular perguntas do seguinte tipo: é suficiente o livre acesso às escolas iguais? Mas a que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições de família nas quais cada um vive desde o nascimento? Onde paramos? Mas não é suficiente, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar os indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto em certas competições esportivas nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrigem uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades. (BOBBIO, 2000, p. 31-32)

Outro fundamento do Princípio da Co-Culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Esta desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprovação. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir, é também credor ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos. Então, devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor em face de não propiciar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a Co-Culpabilidade representa uma co-responsabilidade do Estado, no cometimento de delitos por parte destes cidadãos credores do Estado.

Na doutrina de Juarez Cirino dos Santos, reafirmando a filosofia de Aristóteles, de que: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam” (ARISTÓTELES, 2000, p.111), coadunamos com a conclusão de que:

Reduzir a criminalização de sujeitos penalizados permanentemente pelas condições de vida é realizar de fato uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos

concretamente desiguais: que o direito realmente iguale os que considere desigualmente indivíduos concretamente desiguais. (SANTOS, 1985, p. 214)

É o momento de refletir sobre a situação social em que encontramos. Vários crimes são praticados em consequência das desigualdades socioeconômicas que geram uma desestrutura na sociedade, desencadeando conflitos internos na instituição familiar, dando ensejo à violência doméstica, maus-tratos a menores, crimes contra o patrimônio, delitos de tóxicos e até homicídios.

Esta realidade obriga a sociedade em geral a refletir e admitir que tal situação é o resultado de uma grave falta de atenção de ordem política, econômica, social e cultural. As sociedades não oferecem o mesmo espaço social. Todos nós somos responsáveis sobre o destino da humanidade, porque estamos inseridos nesta realidade. Entendemos que há também uma Co-Culpabilidade da sociedade.

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 Co-Culpabilidade. A pretensão de igualdade e imutabilidade dos seres humanos importaria a um talião, não mais compatível com o Estado Social e Constitucional de Direito.

Assim, neste novo milênio, se pretendemos repensar o Direito Penal e seu papel, devemos partir da premissa básica de que temos responsabilidades, enquanto homens, com esta geração e também com a futura. Se a pena é necessária, então que seja aplicada de maneira justa, levando em conta os princípios constitucionais penais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, evitando que se propaguem movimentos oportunistas de poder, que utilizam o direito penal numa função simbólica e promocional de conter a violência na sociedade. É como um desenvolvimento sustentável, necessitamos de atitudes, sobretudo, que reafirmem os direitos humanos, considerando também a próxima geração.

O excesso de leis penais enfraquece todo o sistema, levando a uma evolução anacrônica, só servindo para a formação de mais delinquentes, distorcendo a conquista de que todos fazemos parte do contrato social. Quanto mais leis, mais infrações e menos garantias. Resultando em uma simples conclusão matemática: mais com mais é igual a menos.

A violência é gerada por vários motivos, um deles é a percepção da ilegalidade e corrupção dos poderes públicos. Quando cresce a miséria, cresce a ilegalidade e conseqüentemente a violência também é causada pela omissão do Estado.

É mister abranger no ensino jurídico penal o conhecimento dos protagonistas diretos do drama penal: acusado e vítima. O novo tempo anseia aparar os exageros do chamado positivismo científico e questionar o livre-arbítrio defendido pela escola clássica.

É inegável que o sistema penal é seletivo, obrigando a doutrina penal a aceitar mudanças efetivas no curso que o direito penal vem tomando, como instrumento de dominação baseado em uma tecnologia de decisão de casos e se coadunando com a tendência autoritária de retirar do homem sua condição humana. Como ressalta Celso Lafer:

O homem, que na sociedade de massas, moderna e consumista, corre sério risco de perder sua condição humana, não sentindo o mundo como sua casa e estando prestes a se tornar um ser descartável, que pode ser trocado por outro, substituído ou igualado como coisa (LAFER, 1988, p. 81).

Alerta Zaffaroni que:

O destino de um saber cujos dados da realidade são desvirtuados empiricamente não é nada promissor. Negar dados da realidade e aceitar o direito penal a serviço de um poder que só é útil ao prestígio do próprio poder é inaceitável. (ZAFFARONI, 1982, p.70)

Hassemer também ressalta que: “os juristas estão perdendo contato com a sociedade e com a realidade e para a dogmática é um insulto. A dogmática jurídica pretende formular verdades absolutas com análises simplesmente teóricas”. (Hassemer, 1984, p. 254)

Não podemos desconsiderar que cabe aos juristas uma parcela importante de transformação social. Em tempos em que se clamam pelos direitos de fraternidade e solidariedade, também denominados direitos da terceira geração ou dimensão, juntamente com o processo histórico de universalização concreta de direitos fundamentais, que, segundo Paulo Bonavides, compreendem os direitos de quarta dimensão, indagamos onde o direito penal concretiza tais fundamentos? Será que os direitos constitucionais de primeira (individuais), segunda (sociais), terceira (coletivos) e quarta (difusos) dimensões são inerentes somente a uma classe privilegiada de pessoas? Existe fraternidade e solidariedade entre todos? Convém perguntar se uma sociedade que não exerce, a partir de sua própria forma de organização, a solidariedade e a fraternidade, ou cujas práticas políticas não conheçam a experiência da tolerância e da participação, em suma, uma sociedade organicamente violenta e produtora de violência, pode pretender que o sistema penal feche os olhos a esta realidade? Convém igualmente perguntar se num país cuja administração pública tem uma história que é um hino à esperteza, uma sucessão de negociatas, comissões, ganhos ilícitos, tudo tradicionalmente impune, o direito penal deve atuar somente em face dos pequenos delinquentes? Como discorrer sobre a culpabilidade dos pertencentes das camadas de menor poder aquisitivo equiparada à culpabilidade daqueles infratores da legislação do rol dos “colarinhos brancos”? Qual dos desviados oferece maior prejuízo social? O dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho

branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, etc.) supera de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos, isso é levado em consideração?

São indagações que merecem ser discutidas em nível penal, como ensina Ronald Dworkin, em face da coerência interna ou da integridade do direito, numa reconstrução paradigmática entre teoria e prática. 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 Co-Culpabilidade, como ressalta Nilo Batista:

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 co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu. (BATISTA, 1990 p. 105)

Em suma, o Princípio da Co-Culpabilidade 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. É reconhecer que a sociedade não atribui a todos as mesmas possibilidades de ação dentro da legalidade imposta, podendo não ser alcançada, devido às condições desumanas vividas por parte da sociedade. E aceitar tais circunstâncias é dever do direito como um todo, especialmente do direito penal, que lida diretamente com pessoas carentes de efetivas prestações do Estado Social.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Petro Nasseti. Ed. Martin Claret, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. Renavan, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica,

Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción: Francisco Munoz conde. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

RAWS, John. *O direito dos povos*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1967.

RAWS, John. *Teoría de la justicia*. Tradução: Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Economica, 1993.

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

TRANJAN, Alfredo. *A beca surrada, meio século no foro criminal*. Civilização Brasileira, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Politica criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.