

Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade

Essay on the principle of co-culpability

WENDER CHARLES A. SILVA

Aluno do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas, UNIPAM.

Formado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras – UNIPAM.

e-mail: wendercharles@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho tem como objeto o estudo de um princípio do Direito Penal denominado de Princípio da Coculpabilidade, que reconhece que a omissão do Estado na vida de um indivíduo e em seu meio social, pode produzir um ambiente fértil, propício ao descumprimento da lei penal, a tal ponto que, antes mesmo de ser credor do direito de punir, foi o Estado devedor do amparo social a que é obrigado nos moldes do texto constitucional. Para tanto, discutiu-se, num primeiro momento, a resistência da mídia em aceitar a adoção de princípios garantistas na ordem penal e sua postura em prol de um direito penal do inimigo, seguindo-se ao debate da deslegitimação do sistema penal, proposto pelo renomado jurista argentino Zaffaroni. Por fim, tentou-se definir e delinear o princípio ora analisado, abordando seus fundamentos e suas principais implicações.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantismo Penal. Crime, Pena e desigualdades sociais. Co-Responsabilidade Estatal.

Abstract: The present work aims at studying a principle of Penal Right denominated Principle of Co-Culpability, which recognizes that the omission of the State in the life of an individual and in its social element may produce a fertile environment that may lead to a disobedience of the penal law, in such a way that, before being worthy of the right to punish, it was the State that was in debt with the social protection it is obliged to, in the norms of the constitutional text. For this, following the dispute of non-legitimation of the penal system, proposed by the famous Argentinian lawyer Zaffaroni, we firstly discussed the resistance of the media in accepting the adoption of principles that guarantee the penal order and its position in favor of a penal right of the enemy. Finally, we tried to define and outline the principle now analyzed, approaching its foundations and its main implications.

Keywords: Penal Rights; Penal guarantees; crime, punishment and social inequalities; state co-responsibility.

Introdução

O Direito Penal é o braço mais pesado do ordenamento jurídico de um país. Os aparatos do sistema penal voltam-se na defesa dos bens jurídicos ditos mais importantes para a sociedade, operando sanções em vários níveis, mormente cerceando a li-

berdade e, em casos mais extremos, a vida daqueles indivíduos que cometeram algum delito, como ocorre em países que admitem a pena de morte.

A prisão é sem dúvida o elemento mais simbólico do sistema penal, em que a segregação dos corpos tomou a duras penas o lugar do castigo físico como punição ao delito¹. Mas não podemos nos iludir com o canto da sereia, e vislumbrar a prisão-cárcere como resultado geral da evolução do espírito humano, pois a prisão, como um dos instrumentos do Direito Penal, também esconde as misérias sociais de uma realidade já denunciada por Beccaria, na abertura de seu clássico *Dos delitos e das penas*:

As vantagens de uma sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros. Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade (BECCARIA, 2006 p. 15).

A pena, numa perspectiva histórica, nasceu com a sociedade e encontra fundamentos não apenas na necessidade de se anular aquele que infringiu um dever de conduta culturalmente elaborado, mas também, como defendem os críticos de esquerda, na necessidade de se controlar os miseráveis do sistema para que não perturbem o poder da classe que tem para si os privilégios concentrados.

Feitas essas considerações à guisa de uma introdução, este trabalho propõe um debate levado a efeito pelo princípio da coculpabilidade que reconhece, com certo compromisso, as desigualdades sociais inerentes ao modo capitalista de produzir como importantes condicionantes de certos crimes, defendendo meios de se compensar a seletividade do direito penal que incide em maior frequência nos setores sociais marginalizados da sociedade.

A princípio, serão levantadas algumas questões a respeito da persistência da vingança penal e do direito penal do inimigo como obstáculo à adoção de medidas despenalizadoras ou garantistas no Direito Penal, seguindo-se ao debate de alguns pontos da crítica de Zaffaroni acerca da perda da legitimidade do sistema penal, finalizando-se o trabalho com as implicações trazidas pelo princípio da coculpabilidade.

1. As emoções de cada falso

É preciso sem dúvida aproximar dessa literatura as “emoções de cada falso”, onde se defrontavam através do corpo do supliciado o poder que condenava e o povo que era testemunha, participante, a vítima eventual e “eminente” daquela execução (Foucault, 2006).

¹ Não se ignore a existência de castigos corporais, mormente na tradição árabe-islâmica. Muito embora não seja o Irã um país árabe, mas persa, que adota o islamismo como religião, temos neste país um recente exemplo de pena corporal no caso da iraniana Sakineh Mohammadi, condenada a morte por apedrejamento, sob a acusação de ter cometido adultério.

Os recentes acontecimentos envolvendo a mídia e a justiça criminal brasileira revelam um dado assustador: o clamor aos suplícios ainda persiste em nossas almas. Poucos programas que compõem a grade das emissoras de TV prendem tanto a atenção dos telespectadores como aqueles que veiculam crimes e ocorrências policiais. Os meios televisivos passaram a explorar o crime com o intuito de transformá-lo em um *reality show* de horrores, buscando audiência a qualquer custo.

Não iremos aqui travar os debates acerca da indústria cultural², mas cumpre observar que o movimento da mídia em cobrir ocorrências policiais e debater sem qualquer compromisso em cadeia nacional os fatos investigados ou as pessoas cuja instrução processual encontra-se em curso, acarreta perniciosas implicações no campo dos princípios penais e processuais penais, dentre eles, poder-se-ia destacar a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, a imparcialidade dos juízes, dentre outros.

Para ilustrar o que com isso se quer dizer, basta recordar a recente condenação de um casal no Brasil³, que evidenciou quão frágeis são aqueles princípios e o quanto está presente em nosso íntimo o clamor aos suplícios. Pessoas se amotinaram em frente ao Tribunal do Júri onde seria realizado o julgamento do homicídio, e as palavras de ordem levantadas em sinfonia de réquiem, bem como escritas em cartazes e faixas, aproximou todos nós, naqueles dias, dos tempos em que as condenações eram feitas em praças públicas, com a diferença de que no cadafalso, os culpados não seriam esquartejados aos nossos olhos, o que, para muitos, pareceu isso significar uma falha no sistema penal.

A opinião de âncoras de alguns programas noticiários pré-condenava os acusados e acabava deturpando o sentido das garantias constitucionais asseguradas aos supostos criminosos, mormente aquilo que os constitucionalistas chamam de *due process of Law*, denunciando-as como que garantias à impunidade.

Um discurso dessa natureza, veiculado em horário nobre e sem qualquer compromisso com o debate acerca da importância destes princípios no ordenamento jurídico de um país que se quer democrático, acaba fomentando a grande opinião pública em torno da incitação da vingança penal, de forma que somos levados ao perigoso caminho de acreditar que o crime decorre de uma simples questão de escolha.

Por este motivo, somos tentados a aceitar a atraente noção de que os criminosos são os “inimigos” do Estado⁴, e este modo de pensar acaba influenciando significati-

² Como fez Umberto Eco, em seu livro *Apocalípticos e Integrados*. Nesse sentido, não se trata de assumir a postura dos *apocalípticos* e levar a efeito uma acirrada crítica à cultura de massas geradas pelo desenvolvimento dos meios de informação, em que a televisão foi um dos maiores propulsores. Também não é o caso de posicionar-se ao lado dos *integrados* e consentir com a ideia de que os canais difusores da cultura de massas não geraram alguma forma de alienação.

³ A referência aqui é ao “Caso Isabella”: o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá foram considerados culpados da morte de Isabella e condenados respectivamente a penas de trinta e um anos, um mês e dez dias e vinte e seis anos e oito meses de reclusão.

⁴ O chamado direito penal do inimigo, proposto pelo alemão Günther Jakobs, propõe a existência de duas formas de Direito Penal: o do cidadão e do inimigo. O direito penal do cidadão se-

vamente os rumos da política criminal, que orienta, por sua vez, a postura do legislador no momento em que é chamado a reformar as leis penais, fazendo com que o Estado passe a

[...] proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação. Ambas as perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado (JAKOBS, 2008, p. 42).

O avanço deste maniqueísmo jurídico, movido aos vapores do clamor social, que a todo momento é alimentado pela mídia com casos e mais casos criminais, põe em xeque toda uma estrutura construída a duras penas ao longo do desenvolvimento da legislação penal, que teve no Iluminismo importante impulso em direção ao norte da humanização das penas⁵.

Assim, frequentes são os debates sustentados pela mídia acerca da supressão de garantias aos criminosos, da diminuição da maioria penal, do agravamento de penas e adoção da pena de morte, da criação de tipos penais incriminadores etc. Uma opinião particular e precipitada, seja do apresentador ou da classe social que representa, veiculada em rede nacional e frisada, aos poucos se torna geral ao ponto de ser usada por estadistas como campanha eleitoral, sendo certo que a bandeira do direito penal do inimigo ganha espaço em projetos de leis que tramitam a plenos pulmões no Congresso Nacional, e vencem, sem maiores dificuldades, as etapas formais de sua promulgação e transformação em lei.

Os efeitos de uma lei penal incriminadora inserida no ordenamento jurídico sem que tenha sido devidamente debatida, criticada e sopesada em seus prós e contra, são catastróficos para toda a sociedade, e muito embora possam servir de ópio ao clamor social, somente parecem convir para aprofundar a perda da legitimidade do sistema penal, na esteira daquilo que foi debatido pelo eminente penalista argentino Eugenio R. Zaffaroni.

ria reservado àqueles delinqüentes que não representam “perigo social” para o Estado, *i.e.*, àquele que delinqüiu por desvio momentâneo da lei. Por seu turno, o direito penal do inimigo seria aplicado aos delinqüentes incontestes da lei, àqueles que caminham inexoravelmente em rota de colisão com os valores fundantes do Estado, de modo que são vistos como inimigos tendo, por conseguinte, de ser tratados como tais, negando-se-lhes determinadas garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, porquanto alheios aos preceitos de cidadania. Sobre o tema: JAKOBS & MELIÁ, 2008, p. 81.

⁵ Dentre aqueles que se levantaram contra a tradição jurídico-penal, destaca-se o italiano Cesare Beccaria, que no livro *Dos delitos e das penas*, insurgiu contra a política criminal numa época em que suplicios, torturas, condenações sumárias, julgamentos secretos etc., eram a espinha dorsal dos institutos penais.

Diante a importância da crítica ao sistema penal sustentada por este autor em sua obra *Em busca das penas perdidas* (2001), entende-se necessário suscitar algumas questões e discuti-las, ainda que sumariamente, em tópico distinto, tendo em vista que servirão de aporte para sustentar a necessidade de se adotar políticas criminais garantistas – a exemplo da adoção do princípio da coculpabilidade – que tencionam servir como uma ferramenta na busca pela legitimação dos institutos penais.

2. Zaffaroni e o elo perdido das penas

Eugenio Raul Zaffaroni é responsável por um importante estudo acerca da perda da legitimidade do sistema penal. O renomado doutrinador argentino faz uma análise dos sistemas penais latino-americanos, procurando demonstrar a ocorrência do que ele define como “uma progressiva perda das penas” (ibidem, p. 12), querendo com isso criticar o hiato que se formou entre os discursos jurídicos penais e sua real e efetiva aplicabilidade prática levada a cabo pelos órgãos encarregados em materializar esse discurso.

Noutros termos, promove-se uma teoria jurídica feita para uma realidade inexistente no mundo real, dando oportunidade a que os órgãos que compõem o sistema penal passem a atuar, na prática, de modo diferente da programação normativa, numa contradição que

requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade (ibidem, p. 12).

Por esse motivo, denuncia o autor, o discurso jurídico-penal soa falso. Falso porque a tendência do discurso é desvirtuar a constatação de que os órgãos que compõem os institutos penais exercem, na verdade, um poder de controle sobre uma realidade social deficitária nos países periféricos, bem como tal poder se manifesta de modo violento (ibidem, p. 13).

A evidência deste falso discurso se tornou mais séria, segundo o autor, diante da constatação de que não se está diante de um problema conjuntural, transitório, cuja direção linear apontaria para uma superação evolutiva nos institutos criminais, à medida que o capitalismo fosse deitando raízes e se solidificando nos países periféricos. Nesse sentido, a

seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e

a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais* (ibidem, p. 15) [grifos do autor].

Diante da evidência de que o direito penal é uma manifestação do poder social que se pretende ser exercido racionalmente, Zaffaroni procura entender o alcance do significado desta “racionalidade” no discurso jurídico-penal, partindo na busca de sua “coerência interna” e no “valor de verdade” deste discurso quanto à sua “operatividade social” (ibidem, p. 16).

Para encontrar uma coerência interna, Zaffaroni, não querendo reduzir sua análise ao simples debate da não-contradição do discurso, aponta a necessidade de não se fugir ao princípio de que o direito serve ao homem, não sendo verdadeiro o contrário. O poder do sistema penal, portanto, deve ter como norte o homem como pessoa, como o centro (ibidem, pp. 16-17), como o *vitruviano* de Da Vinci.

Feita essa constatação, o autor estabelece sua crítica ao afirmar que é incoerente o discurso jurídico-penal que não se apoia na antropologia do saber penal, tirando fundamento apenas na justificativa de que a realidade deve se amoldar ao que diz e determina a lei. Argumentos tais como “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o quer”, por serem de amplo uso, revelam uma tentativa estéril em dar racionalidade e, consequentemente, legitimidade ao “exercício de poder do sistema penal”, porquanto se dá à lei poder de se sobrepor à ontologia do homem (ibidem, p. 17).

De toda sorte, encontrada a coerência interna do discurso jurídico-penal, ainda que essa coerência respeite a antropologia social e se fundamente a partir deste postulado, ou seja, partindo do princípio do homem como ser social, mesmo assim deve o discurso ser realizável, não só no plano abstrato, usando-se do meio adequado para a obtenção do fim proposto, mas também no plano concreto, pela atuação dos órgãos estatais em conformidade com as “pautas planificadoras” traçadas pelo discurso jurídico-penal.

Em síntese, poder-se-ia dizer que o discurso jurídico penal deve pautar-se no “ser”, adequando-se os meios defendidos em conformidade com uma operatividade mínima no plano-fim do “vir a ser”, muito embora o discurso jurídico penal não poder

desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é” deve considerar o *vir-a-ser possível de ser*, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num *embuste* (ibidem, p. 19) [grifos do autor].

É pelo fato de que o plano concreto impôs uma prática que diverge do plano teórico, o que é ignorado pelo discurso jurídico-penal, que este carece de legitimidade, porquanto a realidade se estabelece como uma negação prática da racionalidade que orienta os sujeitos do discurso. Por esse motivo, conclui Zaffaroni, ser insustentável a racionalidade do discurso jurídico penal, eis que estão ausentes elementos que lhe im-

primam legitimidade (coerência interna e aplicabilidade realizável ou operatividade mínima).

Além da constatação de que o sistema penal atua de modo diverso do discurso jurídico-penal, soma-se o fato de que ele ainda atua em desacordo com a legalidade, pois é certo que a própria lei procura desvincular do discurso jurídico-penal as instituições manicomiais, de menores, de idosos, “administrativando” esses braços do sistema penal, deixando, com isso, a cargo dos órgãos executivos, sem efetiva intervenção dos órgãos judiciais, o exercício de poder de sequestro, de estigmatização, de controle, de inspeção, dando margem à atuação arbitrária do poder; porquanto não estaria preso aos limites impostos pela legalidade punitiva orientadora do discurso jurídico-penal formal (ibidem, pp. 21-22).

Dessa forma, frente à renúncia aos limites da legalidade, observa-se uma grande vulnerabilidade a que estão sujeitas parcelas significativas da sociedade, mormente os setores mais carentes, que perdem o amparo dos institutos garantidores dos tipos penais e dos órgãos judiciais, pois, conforme aduz Zaffaroni, com espreque na filosofia de Michael Foucault:

Na realidade social, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder. [...] Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um *controle social militarizado e verticalizado*, de uso cotidiano, exercido sobre grande maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social (ibidem, pp. 22-23).

Esse controle social exercido de modo militarizado-disciplinador por alguns órgãos do sistema penal que, como visto, estão livres das amarras da legalidade, submete àqueles a quem a ordem é dirigida uma disciplina de introspecção dos valores normativos, criando uma espécie de “vigilância interiorizada”, facilitada pelos Aparelhos Ideológicos de Estado,⁶ de forma que este poder de controle seja até mesmo mais am-

⁶ O filósofo francês Louis Althusser é autor de uma intrigante obra a respeito do tema, intitulada *Aparelhos Ideológicos de Estado*, desenvolvida a partir do conceito de “superestrutura” de Karl Marx, e na qual o autor estuda as instituições ideológicas capitalistas, responsáveis por transmitir às pessoas os valores da sociedade capitalista, seus princípios basilares, de forma a lhes infundir um consenso a respeito das “regras” do modo de produção capitalista, ao ponto de diminuir os questionamentos, dissimulando o conflito existente entre capital e trabalho e os antagonismos de classe. Dessas instituições, o autor destaca a família e a escola, esta última o aparelho ideológico por excelência da burguesia, porquanto exerce controle ideológico do indivíduo desde tenra idade, condicionando seu desenvolvimento social à luz dos princípios da sociedade burguesa. Noutra norte, aponta o autor que, como um soldado de reserva, atuam os *aparelhos repressivos de Estado*, formado pelas polícias, pelos institutos penais, como a prisão, além de outras instituições, exercendo força coercitiva e restabelecendo a ordem naqueles lo-

plo do que aquele exercido repressivamente, o qual atua de modo seletivo, em grande parte dirigido aos setores mais vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Do exposto, podemos concluir, portanto, que temos um poder penal que é exercido arbitrariamente como meio de controle social, um poder que procura legitimar-se por meio de um discurso baseado no “dever ser” que não é possível de ser segundo as condições vivenciadas no mundo real, e isso não se deve ao fato de uma simples conjuntura histórica e transitória, mas, ao contrário, deve-se a uma questão estrutural que deita profundas raízes no terreno fértil das desigualdades sociais que atingem os países latino-americanos.

O debate de Zaffaroni acerca da “perda das penas” é profundo e merece um estudo à parte, tão imbricadas são suas considerações. Porém, como esta não é a proposta deste pequeno ensaio, e em razão dos limites físicos do presente trabalho, forçoso é restringir até este ponto o debate por ele suscitado, com a esperança de que aquele que pretender aprofundamento do tema, não se contente com o que até aqui se discutiu, de modo a contribuir com um debate rico em significado e caro aos estudiosos do direito. Voltemos o foco, doravante, ao estudo do princípio da coculpabilidade.

3. O princípio da coculpabilidade

3.1. Considerações iniciais

Sabe-se que os problemas sociais do Estado brasileiro são numerosos. Um país dito emergente, outrora denominado pela expressão “terceiro mundo”, o Brasil se encontra estratificado em diferentes classes sociais, cujo fator econômico é o responsável por alocar o indivíduo numa ou noutra classe, decorrendo disso implicações sociais difíceis de mensurar.

De todo modo, é cediço que as desigualdades sociais estigmatizam aqueles que pertencem às camadas menos favorecidas da sociedade, não sendo mistério que o crime incida neste espaço com maior frequência, transformando-se em uma prática corriqueira e, em casos extremos, a única saída para a própria sobrevivência do indivíduo no meio social em que está inserido.

Todavia, a sociedade é provida de meios para conter os desvios que perturbam a “paz social”, meios estes que evoluíram ao longo dos tempos e variam de sociedade para sociedade, mas que guardam como semelhança o uso da coerção e disciplina institucionalizada pelos poderes do *establishment*.

Dos meios de controle social, o Direito Penal, numa moderna visão, aparece como o mais conhecido instrumento hábil a proteger os bens de maior relevo para a sociedade e, por isso, seria a *ultima ratio*⁷, atuando quando outras esferas do direito se

cais em que falharam os *aparelhos ideológicos de Estado*. Àqueles que pretenderem um maior aprofundamento sobre este aspecto, sugere-se a leitura deste livro, publicado no Brasil pela Editora Graal.

⁷ Numa concepção minimalista, denominada por Rogério Greco (2009) de Direito Penal do Equilíbrio, o Direito Penal, por ser o mais severo de todos os outros ramos do Direito, somente

mostrassem ineficazes a proteger aqueles bens cuja relevância exigiria maior rigor protetivo. Contudo, na prática, a valoração do bem não decorre do resultado de uma simples tarefa empírica, e o discurso garantista é distorcido pelo caminho da convivência por conveniência, fazendo do Direito Penal, muitas vezes, uma arma a serviço de um grupo de possuidores em face dos despossuídos, alargando o uso inadequado deste ramo do Direito no afã de aplacar a fúria de uma sociedade acuada diante do aumento da criminalidade, e que, vencida pelo apelo da falácia midiática neoliberal, acaba por aceitar a retórica de que medidas penalizadoras seriam a única saída para o combate à violência.

Adotando essa postura, a sociedade abre mão do fator preventivo, oportunizando aos poderes constituídos postergar para um futuro distante, porquanto mais oneroso ao Estado, o enfrentamento de uma importante causa: as desigualdades sociais, que impossibilitam a real efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, mormente a igualdade material.

Não se pode olvidar que, muito embora seja dever dos poderes públicos a elaboração de políticas que visem à busca de soluções viáveis para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, na prática o Estado permanece inerte aos problemas que surgem naqueles meios sociais mais vulneráveis. Essa inércia estatal nos cobra um preço, o da insegurança pública, que se configura quando do aumento da criminalidade. Eis que a cada dia os potenciais criminosos – que se formam onde os Aparelhos Ideológicos do Estado⁸ não alcançam – engrossam a fileira daqueles que se lançam ao crime, relegando o problema à ação dos Aparelhos Repressivos de Estado⁹, os quais são frequentemente chamados a atuar, o que, todavia, nem sempre se tem mostrado completamente eficaz a garantir a segurança pública.

Por esse motivo, há que se levar em conta a urgente necessidade de tratar os problemas sociais não como um caso de polícia, como ocorreu no período ditatorial deste país, e por vezes ainda ocorre, mas como um problema a ser enfrentado pelos poderes públicos que têm como teleologia o próprio texto constitucional que cuidou de consagrar expressamente como objetivo fundamental a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais¹⁰, afora outros princípios-garantias.

Desta forma, mostra-se relevante a postura assumida por alguns estudiosos do Direito Penal que abraçaram o garantismo penal como forma de humanizar este espaço do ordenamento jurídico, trazendo para o palco dos debates, questões relevantes não circunscritas unicamente ao discurso das teorias penais, mas também à realidade social, tratando-as com a devida atenção. Nesta seara, surgem e aperfeiçoam-se importantes princípios, sendo o princípio da coculpabilidade aquele que nos interessa discutir neste trabalho.

deveria ser acionado em *ultima ratio*, ou seja, quando estritamente necessário e tão-somente quando em jogo estiverem os bens jurídicos mais relevantes para o grupo social.

⁸ Ver nota de rodapé n. 6.

⁹ Cujo Direito Penal fornece o arcabouço jurídico legitimador desta ação.

¹⁰ Art. 3.º, inc. III da CR/1988.

3.2. Definição

Como já adiantado, o princípio da coculpabilidade está inserto na linha do chamado garantismo penal e, segundo Grégore Moura,

trata-se de um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal (MOURA, 2006, pp. 36-37).

Estratificando este conceito, ter-se-ão as seguintes camadas: a uma, refere-se, segundo o citado autor, a um princípio constitucional; a duas, é reconhecida a existência de indivíduos com menor âmbito de autodeterminação; a três, considera o Estado como corresponsável quando certos crimes são cometidos em razão desta menor autodeterminação decorrente das deficiências do Estado em proporcionar boas condições sociais aos indivíduos. Passe-se à análise específica de cada “camada”.

3.2.1. A Constituição e o princípio da coculpabilidade

A atual Constituição brasileira constitui-se como um importante documento de cunho jurídico, político e ideológico que trouxe grandes mudanças na postura do Estado frente à sociedade e ao cidadão considerado individualmente. Inaugurou-se com a Carta Magna um Estado Democrático de Direito após um longo e conturbado período em que os caudilhos tomaram de assalto o poder e instituíram um regime de exceção.

Grégore Moura, ao procurar estabelecer a relação da coculpabilidade com a Carta Magna, afirma ser este princípio um reflexo dos ideais iluministas de liberdade, igualdade, fraternidade, justiça e humanidade, constatando, então, que a Constituição de 1988 trouxe ínsitas essas ideias, de modo que o princípio da coculpabilidade também se encontra implícito na Constituição (MOURA, 2006, p. 57).

Não parece fácil adotar outra posição. Eis que já no preâmbulo, num tom quase messiânico, pode ser constatada a “instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça*, como valores supremos...” (*Preâmbulo da Constituição Federal de 1988*, grifo nosso), tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, objetivando, construir uma sociedade justa, solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e, ainda, objetivando reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos¹¹.

¹¹ O art. 1.º traz os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo que o art. 3.º elenca seus objetivos fundamentais: CR/1988.

O conceito de igualdade trazido pelo moderno constitucionalismo, o qual influenciou o Constituinte brasileiro¹², é substrato do desenvolvimento de experiências históricas de desigualdade entre os homens e sua difícil ou mesmo impossível superação. Atualmente, defendem os estudiosos que a igualdade consistiria na divulgada noção de se tratar de maneira igual os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade (MOURA, 2006, p. 57).

Reconhece-se, nesta visão, a desigualdade como inerente aos seres humanos para então se buscar um ponto arquimediano capaz de contrabalancear os dissabores desta máxima. Porém, como bem observa Grégore Moura, a parcialidade envolvida no processo de gradação dos estágios de desigualdade permite aos detentores do poder econômico e social, que são os responsáveis pela formulação e aplicação do Direito, perpetuar a situação de desigualdade (MOURA, 2006, p. 59), fazendo da igualdade um embuste. ao permitirem sua existência apenas num plano formal sem sua correspondente materialização na realidade.

Não obstante essa inconveniente constatação, deve competir aos estudiosos do Direito lutar pela igualdade material. Eis que a poesia imaginária da lei não pode fazer crescer flores no terreno infértil e agonizante da miséria que a olhos nus separa os homens.

Reconhecer o princípio da coculpabilidade seria uma das formas de se buscar a igualdade material, e eis que tal princípio parte justamente do pressuposto de que existem situações de desigualdades socioeconômicas entre os homens que podem influenciá-los no momento em que cometem um injusto penal, e por tal razão, deve-se sopesar esta desigualdade quando da reprovação penal.

Além do princípio da igualdade trazida pelo texto constitucional está a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CR/88) e, mais especificamente, a individualização da pena (art. 5.º, incs. XLV e XLVI), a autorizarem o argumento de que o princípio da coculpabilidade encontra forte respaldo constitucional.

Pode-se afirmar que o Estado garante a dignidade humana quando permite a seus cidadãos condições dignas de alimentação, moradia, emprego, formação intelectual etc. É cediço que se nestes aspectos existirem uma preocupação contínua dos poderes públicos na promoção de boas condições, as desigualdades existentes entre os cidadãos serão menores, assim como os problemas sociais analisados em seu conjunto, já que se terá uma situação de inclusão social e não de exclusão, como ocorre na prática em virtude de interesses da classe dominante.

Por seu turno, tendo em conta que a lei não é feita para casos específicos, mas para situações genéricas, há que se individualizar a pena, o que ocorre justamente considerando o caso concreto quando da aplicação da lei penal, situando, pois, o *jus puniendi* “nos seus precisos limites, considerando o fato criminoso e seu agente, em todas as suas nuances”, evitando-se o arbítrio judicial¹³. Isso se dá, analisando as circunstâncias

¹² Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]. CR/1988.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Condenação. Condenado Reincidente. Pena Inferior a quatro anos. Regime Prisional. CP, art. 33 § 2. RE 206625/DF. Reclamante: Ministério

de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime – previstas no art. 59 do CP.

3.2.2. Os limites do homem como senhor de suas ações

À guisa do debate que irá nesta parte se travar, cita-se a boa literatura russa de Fiodor Dostoievski, presente em sua obra-prima *Crime e Castigo*. A trama deste memorável romance publicado na segunda metade do séc. XIX, em apertadas linhas, desenvolve-se em torno do enigmático Raskolnikov, jovem estudante de Direito, que, pela sua má condição financeira vivenciada na pulsante cidade russa de São Petersburgo, começa a alimentar uma ideia homicida, até que acaba por se decidir em assassinar uma velha usurária, sendo ainda impelido a cometer outro assassinato, a fim de fugir às consequências de sua ação. A partir de então, o personagem trava intensos debates com um inspetor de polícia que investiga o caso, e sofre com sua consciência, até que então não resiste e acaba confessando a uma prostituta seu crime.

Dostoievski, neste romance, aborda importantes questões acerca da condição humana e nos deixa como reflexão os limites da liberdade da ação humana, ao discutir a culpa e a punição sob o crivo das condicionantes sociais na formação de uma conduta. Esse limite à liberdade humana é tratado pelo princípio da coculpabilidade, que compreende que a autodeterminação pode ser mais ou menos “viciada pelas condições adversas” em que está inserido um indivíduo, restringindo, dessa forma, seu poder de escolha.

Essa discussão já foi enfrentada pelo sociólogo estadunidense, Robert Merton, que nos relegou um importante estudo que vai ao encontro do que se disse acerca dos limites da ação humana voluntária. O referido autor, em sua teoria funcionalista da anomia, debate a problemática das desigualdades sociais geradas pelo modo capitalista de produzir, afirmando que

é a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais legítimos para “entrar no dinheiro” é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível em todos os níveis a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia de “oportunidades iguais para todo”, o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização das vias legais, mais ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes (MERTON, 1970 *apud* MOURA, 2006, p. 52).

Assim, se a ideologia incute a noção de que os objetivos culturais são a todos acessíveis, mas a realidade se impõe como obstáculo à concretização por todos desses objetivos culturais, o desejo motivará a busca de meios para se alcançar o desejado, sendo a frustração dos instrumentos legítimos uma condição para o uso de meios ilegítimos.

Essa constatação, numa sociedade de consumo, ganha maior relevância, na medida em que a propaganda, veiculada pelos avançados meios de comunicação de massa, apela para o “ter”, como condição de “ser” e “existir”. Por isso, se o Estado não assegura possibilidades e oportunidades, ainda que mínimas a todos os seus cidadãos, ter-se-á uma situação de maior pressão social sobre as camadas inferiores, diminuindo a autodeterminação daqueles que nela se inserem, tornando-os mais vulneráveis, pois

assim como se considera as condições socioeconômicas do agente na aplicação do princípio da co-culpabilidade, Merton diz que as classes sociais subalternas sofrem maior pressão anômica, ou seja, essas classes tendem a praticar a forma de adaptação individual que ele denomina inovação, isto é, buscam os objetivos culturais, porém desprezam os meios institucionais em detrimento dos meios ilegítimos, praticando crimes (MOURA, 2006, p. 53).

Tem-se, então, a diminuição daquilo que o conceito estratificado de crime denomina de potencial consciência da ilicitude, pois o indivíduo, ao “inovar” praticando um ilícito para conseguir determinado objetivo cultural, é impelido por uma vontade que não se pode dizer totalmente livre, e eis que está viciada, em maior ou menor medida, pela necessidade de se alcançar o desejado culturalmente a todo custo.

Por este motivo, em razão de se reconhecer certos limites na ação humana voluntária, e que certos indivíduos sofrem maiores pressões sociais que outros, há que se indagar se este fato não deveria ser efetivamente levado em consideração, de modo a permitir uma menor reprovação social, conforme as circunstâncias do fato, como modo de sopesar a responsabilidade do infrator com a co-responsabilidade do Estado que falhou no seu dever constitucional de proporcionar iguais condições e oportunidades aos indivíduos.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da última camada do conceito trazido no início deste capítulo sobre a coculpabilidade.

3.2.3 A coculpabilidade (responsabilidade) do Estado

Analisando a etimologia da palavra “coculpabilidade”, tem-se que o prefixo “co” significa estar junto, ao lado. Por sua vez, é importante notar que o termo “culpabilidade” não se refere à noção trazida pelo conceito analítico de crime, ou seja, a culpabilidade como um juízo de reprovação sobre um injusto penal. Culpabilidade, na análise deste princípio, deve ser compreendida no sentido de que o Estado deve contrabalançar a reprovabilidade que recairá sobre o agente, quando o delito por este

cometido guarda relação com a inadimplência do ente estatal na vida social do indivíduo.

Portanto, não se trata, como pode parecer num primeiro momento, de se atribuir culpa ao Estado, “mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social do acusado” (MOURA, 2006, p. 40). É preciso ter isso em mente, a fim de assinalar que não se quer culpar o Estado por um crime que foi cometido por um indivíduo, mas responsabilizá-lo em virtude de sua ausência prévia quando não forneceu condições para que aquele indivíduo tomasse outro rumo que não o estreito caminho da conduta ilícita.

Desse modo, o princípio da coculpabilidade procura considerar os problemas sociais que condicionam o cometimento de certos delitos, perquirindo a omissão do ente estatal na promoção de condições dignas de vida ao agente que se volta ao crime, de modo a responsabilizá-lo tendo em conta essa falta, ensejando, com isso, menor reprovação social sobre o indivíduo.

A corresponsabilidade do Estado vai ao encontro dos instrumentos que buscam a concretização da igualdade material, diminuindo os efeitos deletérios provocados pelas desigualdades sociais inerentes ao modo de produção capitalista. Enfrenta, portanto, a constatação de que as pessoas não são materialmente iguais, apesar da igualdade formal perante a lei o que, por seu turno, torna inexoravelmente alguns segmentos sociais mais vulneráveis às pressões desta lógica, de modo que o crime torna-se um caminho provável a ser trilhado. Por fim,

a aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos. Com efeito, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão (MOURA, 2006, p. 38).

4. Conclusão

O Direito Penal, por ser o mais agressivo ramo do direito – já prevê o cerceamento da liberdade, que, depois da vida, é o bem de maior relevo –, deve sempre ter como barômetro o homem, tê-lo sempre como ponto de partida. Desse modo, deve o indivíduo que pratica um delito ser considerado como um sujeito de direitos e não como um objeto sem personalidade ou sem faculdades humanas que, ao se desviar das regras sociais, merece ser visto e tratado como um inimigo do Estado.

O princípio da coculpabilidade se apresenta como um importante vetor que procura humanizar os institutos penais, na esteira do movimento garantista, evocando

a necessidade de se considerar as condições socioeconômicas proporcionadas àqueles que acabaram por avançar pelo terreno movediço da criminalidade.

Uma análise dos fundamentos da República, dos objetivos fundamentais e da importância dada pelo Constituinte aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, permite concluir que o princípio da coculpabilidade encontra respaldo constitucional, de modo que a ordem infraconstitucional deveria prevê-lo expressamente, assim como ocorre noutros países¹⁴.

O discurso do direito penal do inimigo, aclamado pela mídia, deve ser enfrentando, e a sociedade, esclarecida a respeito da ineficácia de se inflacionar o direito penal com leis e mais leis, pois essa envergadura apenas imprimiria uma meia-volta na evolução do Direito Penal, ao se admitir que medidas penalizadoras ganhem o espaço conquistado arduamente pelos princípios garantistas, de modo a contribuir com a deslegitimação do sistema penal, conforme discutido por Zaffaroni.

Por isso, há necessidade de se provocar o debate, esclarecer, aprofundar as pesquisas em torno não apenas deste princípio, mas de tantos outros que se amoldam ao recorte garantista que em boa verdade pareceu orientar o Constituinte originário quando da promulgação de nossa atual Carta da República.

Considerações finais

Ésquilo, um importante escritor grego, nos relegou uma obra que se tornou clássica, a tragédia *Prometeu Acorrentado*. A estória gira em torno dos castigos impostos por Zeus a Prometeu em razão de este ter roubado o fogo divino a fim de concedê-lo aos homens. Por causa da ousada empreitada, considerada por Zeus um crime, Prometeu fora acorrentado em uma montanha no Cáucaso, ficando exposto às intempéries do tempo e sofrendo da visita constante de um abutre que vinha devorar-lhe o fígado, que sempre se regenerava, tornando a punição tão severa quanto cruel.

Segundo alguns críticos da obra, o grande escritor grego, ao se valer do mito de Prometeu, quis demonstrar que nem mesmo os deuses devem ultrapassar as limitações de seu poder de punir, nem permitir que a vingança seja o fio condutor de uma condenação, mormente se for levado em consideração o fato de que, em algumas situações, o crime pode ser tomado como símbolo de contestação contra uma realidade insustentável, desumana e forjada para segregar os homens, muito mais por sua posição social do que por qualquer outro motivo.

Em atenção a essa realidade, imperioso se mostrou, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, a importância de se debater os efeitos deletérios que as desigualdades sociais causam no desenvolvimento de uma sociedade e a forma como a miséria interfere na manifestação de vontade de um indivíduo, viciando-a, em graus diferenci-

¹⁴ MOURA (2006, pp. 69-84), analisando a legislação penal comparada, aponta que a Argentina (arts. 40 e 41), o México (art. 52), o Peru (art. 45), a Bolívia (art. 40), a Colômbia (art. 56), o Equador (art. 29) e o Paraguai (art. 65) trazem explícitos em seus códigos penais o princípio da coculpabilidade.

ados. A constatação de que os problemas sociais atravancam a aplicabilidade prática das disposições constitucionais que apontam para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não deve ser ignorada.

Por tal razão, escolheu-se discutir ao longo deste trabalho o princípio da culpabilidade e suas implicações. Obviamente inúmeras questões mereciam ser aprofundadas, outras obras lidas, outras situações enfrentadas. Entretanto, havia um cronograma a seguir, o que, ao lado de limitações metodológicas impostas pela modalidade da pesquisa, conferiu restrições ao trabalho. De toda sorte, procurou-se debater o tema da maneira menos reducionista possível, objetivo este que pode ou não ter sido alcançado, conforme analisará a crítica. Não obstante, fique registrado o esforço empreendido.

Por fim, espera-se ter contribuído com o saber jurídico, não no sentido de se ter defendido certezas ou verdades inexoráveis, mas de se ter lançado um ponto de vista sobre um tema ainda pouco debatido pela doutrina nacional, e que por isso, é parcial, provisório e aberto a críticas que somente promoverão o enriquecimento do debate.

Referencial Bibliográfico

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 128 p.

BUCH, João Marcos. A culpabilidade como limitação do poder de punir e não como fundamento da pena, in: *Revista Jurídica*. Órgão Nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo: Notadez, ano 58, n.º 387, p. 97-109, jan. 2010.

CARVALHO DA SILVA, João Carlos. Capitalismo, punição e prisão – interfaces possíveis sob a ótica foucaultiana, in: *Revista de Estudos Criminais*. Revista do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais de Porto Alegre. Porto Alegre: Notadez, ano IX, n.º 32, p. 111-121.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 555 p.

ÉSQUILO. *Prometeu Acorrentado*. São Paulo: Martin Claret, 2007. 107 p.

FOUCAULT, Michel. “Suplício”, in: *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. 31 ed. tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, pp. 9-56.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. rev. aum. São Paulo: Impetus, 2009. 169 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução e organização André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 81p.

MOURA, Grégoire. *Do princípio da co-culpabilidade*. São Paulo: Impetus, 2006. 151 p.

PINTO RIOS, Simone Matos. *O princípio da Co-culpabilidade*. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>> Acesso em 03 de março de 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal, in: *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.