

A CULPABILIDADE COMPARTILHADA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

INTRODUÇÃO

Zaffaroni (2000, 2003) atribui a Jean Paul Marat, médico e jornalista nascido na Suíça, mais precisamente em Boudry, no principado de Neuchâtel, em 24 de maio de 1743 – um dos grandes artífices da Revolução Francesa – a gênese das idéias sobre a coculpabilidade, aqui denominada de “culpabilidade compartilhada”.

Passados mais de dois séculos, as idéias de Marat ganharam adesão e paulatinamente estão a se transformar em princípio informador da aplicação da dosimetria penal, assim como, ainda timidamente, em causa impeditiva da punibilidade.

Já é bastante considerável a moderna doutrina que está a aprofundar os estudos e discussões acerca do tema, tendo o presente texto a preocupação, mais que exaurir o assunto, de indicar ao leitor a farta bibliografia disponível sobre o mesmo.

Ademais, atentos a tais inovações, e objetivando uma expansão da aplicação do princípio, temos que o caminho para atingir tal objetivo passe pela investigação dos limites da lei no âmbito de sua efetividade, sendo, necessário que se confronte o alcance das normas que deliberam sobre direitos e garantias fundamentais e o alcance das normas punitivas.

É fato inconteste que a lei não pode ser cumprida de maneira intermitente, ao sabor de conveniências, sejam estas de qualquer natureza, vez que a legalidade – para que se concretize o Estado de Direito – deve ser total, não se podendo admitir que apenas parte do ordenamento seja cumprido.

Na esfera do Direito Penal, as intermitências acima referidas causam danos irreparáveis à configuração do Estado democrático de Direito, devendo, tanto quanto possível, de imediato, serem reparadas, haja vista não ser razoável que o primeiro contato do cidadão com o Estado se dê na seara do Direito Penal e não no amplo campo do Direito Constitucional, com a efetivação de seus direitos fundamentais, ali elencados e, portanto, reconhecidos.

É, pois, no amplo campo principiológico que a discussão trazida a lume deve ser travada.

Feitas tais considerações, é fácil perceber que se busca atrelar a culpabilidade compartilhada à ineficiência estatal em prover os cidadãos de seus direitos fundamentais básicos, ou seja, intenta-se desenvolver argumentos científicos que possibilitem dar maior concretude à aplicação do instituto como forma de observação e preservação dos referidos direitos e, por via de consequência, de resgatar o verdadeiro sentido da até agora controvertida expressão “Estado democrático de Direito”. É este o desafio do presente texto.

DA LEGITIMAÇÃO DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL

Partindo-se dos escritos contratualistas, assim como dos influxos destes, justifica-se a existência do Estado em razão da necessidade de manutenção de uma convivência harmônica entre as pessoas que compõem o corpo social, convivência esta que tem por ponto de referência o bem comum.

Em síntese, cabe ao Estado a manutenção da paz e da harmonia social, que será alcançada pela via da disciplina ou controle social, cujo principal instrumento é o direito legislado.

Isto posto, afirmam os estudiosos da teoria do Estado que todos os meios devem estar disponíveis para o alcance de tal fim, desde que legítimos – e neste ponto cria-se uma perigosa sinonímia entre legalidade e legitimidade –, credenciando-se, então, o Direito Penal, como o meio mais extremo para tal desiderato (PASUKANIS, 1989).

A partir deste ponto do pensamento iluminista, iniciou-se, de forma sistematizada, a elaboração de teorias que legitimassem a aplicação das punições aos seres humanos, o que, para efeitos de facilitação pedagógica, pode ser sincronicamente traçado como o desenvolvimento das teorias de cunho retributivista, cujos maiores expoentes foram Kant e Hegel, até as teorias funcionalistas – prevenção geral positiva –, cujos mais conhecidos representantes no Brasil são Gunter Jakobs e Claus Roxin, sendo desenvolvidos nesse íterim, isolada ou concomitantemente, estudos teóricos sobre as teorias da intimidação, neutralização e ressocialização, com alguns autores tendo optado pelo sincretismo teórico, criando as teorias mistas.

Não obstante o esforço teórico despendido, entendemos que todas as teorias que tentam legitimar o *jus puniendi* estatal podem ser facilmente infirmadas em razão de um fato muito simples, qual seja: são apriorísticas, isto é, buscam legitimação a partir de um fato preconcebido e irrefutável, o delito cometido.

As teorias da pena jamais suscitaram qualquer discussão sobre as razões de escolha de determinados comportamentos para figurarem como tipo penal, assim como, nunca discutiram, de forma séria, as relações entre violência criminal e violência estrutural, prevalecendo, isto sim, como teoria de base fundamental do direito de punir a longeva – e absolutamente defasada – ideologia da defesa social.

Existe, pois, de forma incontestável, um enorme déficit de legitimação no universo punitivo do Estado, aproximando-o, em pleno século XXI, muito mais do modelo Leviatã de Thomas Hobbes que do Estado constitucional e democrático de Direito, tão propalado em nível abstrato pela maioria da doutrina afeta ao tema.

Desta feita, tomando-se por referência a dicotomia existente entre ambos os tipos de violência – criminal e estrutura –, imperioso que sejam elaborados outros fundamentos para o exercício do poder punitivo, que lhe propiciem um mínimo de legitimação, devendo, para tanto, serem levadas em conta, de forma inexorável, as intermitências legislativas, ou seja, a aplicação de apenas parte do ordenamento jurídico pelo Estado.

Antecipando-se à prática do fato típico, que desencadeia, no espaço de seleção dos vulneráveis, o *jus perseguendi* e o *jus puniendi* estatal, devem ser analisadas as possibilidades de igualdade dos pontos de partida, o Estado possa punir de forma justa e legítima, necessário se faz que todos os cidadãos tenham tido, no ponto de partida, as mesmas oportunidades. Ratificamos, o cidadão não pode ter como primeiro contato com o Estado o banco dos réus em um processo criminal.

A igualdade dos pontos de partida pode ser entendida como igualdade de oportunidades, ou seja, todos devem ter amplo acesso aos direitos fundamentais, que se corporificam na concretização da dignidade da pessoa humana desde o início da vida.

É de fundamental importância que se reconheça que todos os cidadãos devem ter direito a uma família estruturada, na qual o acesso, desde o início da vida – ratificamos –, a um nascimento e desenvolvimento dignos, e, posteriormente, ao ensino fundamental, ensino médio, ensino profissionalizante, ensino superior, todos de qualidade, devem ser disponibilizados pelo Estado, para que as escolhas possam ser feitas, principalmente, no que pertine ao pacto da legalidade, como cidadãos aptos a fazerem tal escolha.

Assim sendo, moradia, saúde, alimentação, educação e trabalho são direitos humanos fundamentais aos quais todos, sem exceção, devem ter alcance, em todas as fases da vida, para que a igualdade dos pontos de partida seja preservada e, desse modo, o Estado possa exigir os respectivos deveres de quem teve garantidos tais direitos.

O DIREITO PENAL APESAR DO DIREITO PENAL

Com comprovação empírica reiterada ao longo de inúmeras pesquisas acadêmicas (CASTILHO, 2001; GUIMARÃES, 2009) nas mais variadas áreas de investigação científica, a seletividade, a estigmatização e o funcionamento quase que absolutamente simbólico do sistema penal, e, conseqüentemente, a inalcançabilidade das funções declaradas creditadas às penas, acabam por demonstrar o total fracasso do Direito Penal como forma de controle social, ou, pelo menos, alertam para o fato de que tal tipo de controle social não é o mais apto para disciplinar as relações que permeiam a vida do e no planeta (ZAFFARONI, 2005, 2007).

Em razão do acima exposto, chamando atenção para o fato de que o Direito Penal não pode ser considerado como o principal meio de controle social, os criminólogos críticos têm desenvolvido trabalhos no sentido de reconhecer a utilização do direito punitivo apesar do direito punitivo, ou seja, a utilização do cárcere apesar do cárcere, enaltecendo o caráter subsidiário do *jus puniendi estatal*, assim como, fortalecendo a ideia de um Direito Penal mínimo e garantista (FERRAJOLI, 2002).

Em primeiro lugar, na tabela das prioridades sociais, devem figurar os Direitos Humanos, preferentemente antes que o direito punitivo seja chamado a intervir. Com direitos fundamentais sociais efetivamente, reconhecidos e implementados, ao controle sociopenal restariam apenas as condutas que efetivamente põem em risco a estabilidade do sistema republicano de governo, consubstanciando-se em

um Direito Penal de intervenção mínima, cuja referência para intervenção seriam, finalmente, a magnitude do bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e a necessidade de aplicação de uma sanção penal, mais precisamente de uma pena.

Tal preocupação deriva da incontestável relação existente entre Direitos Humanos e Direito Penal, posto que, onde há mais incidência do direito punitivo, com toda a certeza, há menos prevalência dos Direitos Humanos sociais básicos.

Existe, pois, uma clara inversão de prioridades. Na verdade ao Direito Penal hodiernamente é impingida a triste tarefa de conter as nefastas consequências advindas das políticas elaboradas e implementadas pelas teorias neoliberais (COUTINHO, 2001). Ou seja, sua principal missão é o controle da miséria advinda da exclusão social gerada por tais políticas que estão paulatinamente, de maneira crescente, sendo executadas nas áreas social e econômica.

Em síntese, a proposta das vertentes criminológicas que se antepõem às teorias que insistem em buscar origens para a criminalidade nos critérios antro-po-bio-psicológicos (MANTOVANI, 2000) ou, ainda, que consideram tais critérios como preponderantes na gênese da criminalidade, é minimizar a aplicação do direito punitivo, e, principalmente, priorizar a efetivação dos direitos humanos sociais básicos, em uma perspectiva anterior à conflituosidade criminal, e garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais para aqueles selecionados pelo sistema penal.

É absolutamente relevante esclarecer que as teorias criminológicas críticas – como ardidamente orquestrado por aqueles que não se filiam as suas idéias –, não defendem a impunidade e muito menos a anarquia social, mas reconhecem, isto sim, a gravidade de determinadas situações conflituosas e, por via de consequência, admitem a utilização do Direito Penal como forma de controle em tais situações.

Vão mais além! Chamam a atenção para o fato da quase total invulnerabilidade dos criminosos pertencentes aos extratos sociais mais privilegiados, na esfera dos “crimes de colarinho branco”, advertindo para a gravidade da lesão no tecido social que tais condutas conlevam, pugnando, assim, por um redirecionamento dos holofotes punitivos, inclusive midiáticos, e pela eleição de novas prioridades em sede de política criminal para que o sistema penal possa alcançar os até agora quase inalcançáveis crimes políticos e econômicos.

Ressalte-se, entretanto, que, tanto para os delitos praticados com violência direta contra o ser humano – crimes contra a vida, o patrimônio e os costumes, entre outros menos costumeiros –, geralmente afetos às camadas sociais menos privilegiadas, quanto para os delitos de colarinho branco – violência indireta –, praticados por aqueles que, via de regra, detêm poder político e/ou econômico, inafastáveis os direitos e garantias duramente construídos pelo Direito Penal liberal, tributário dos ideais iluministas.

Coerentemente, as teorias criminológicas críticas rejeitam, de forma veemente, todas as teorias de Direito Penal que visem à sua expansão ou ao seu recrutamento, como as teorias do direito penal do inimigo, do direito penal de duas

ou três velocidades, da tolerância zero, entre tantas outras teorias afetas aos movimentos de lei e ordem.

Do exposto, como forma de contenção do poder punitivo, em razão mesmo do desigual funcionamento do sistema penal e das consequências punitivas dali oriundas, intenta-se, de maneira incansável, criar mecanismos – de preferência com repercussão dogmática – arrimados em princípios de cunho constitucional, implícitos ou explícitos, que influenciem tanto em sede de configuração do delito, como também, em sede de dosimetria penal, ou seja, devem ser desenvolvidos teoricamente institutos que afastem a imputação – por exclusão do tipo, da antijuridicidade ou da culpabilidade – ou arrefeçam a punibilidade.

OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E DOGMÁTICOS DA CULPABILIDADE COMPARTILHADA

Sabe-se que, em um país com tradição positivista como o Brasil, assim como, em razão dos graves problemas políticos, sociais e econômicos que acarretam uma crescente violência estrutural e, por via de consequência, a escalada desenfreada da violência criminal, inovações que postulem mudanças na esfera do *jus puniendi*, principalmente no sentido de seu arrefecimento, sem expressa previsão legal, sempre serão alvo de intensa oposição.

No caso do princípio em estudo, cuja mudança proposta, na melhor das hipóteses, será conceituada de alteração vanguardista e, com toda a certeza, pelos mais conservadores de mudança, sediciosa, importante que concretos e seguros sejam os fundamentos para sua aplicação.

Além de toda a construção principiológica que já estrutura e, conseqüentemente, possibilita uma aplicação mais humana e garantista do Direito Penal, filosoficamente pode-se enveredar pela teoria da natureza das coisas, iniciada na antiguidade, desenvolvida por Tomás de Aquino, revisitada por Montesquieu no seu “Espírito das Leis”, assim como por Marat, no compêndio “Plano de legislação criminal” e, mais modernamente, ampliada por autores como Savigny e Ihering, entre outros.

A teoria filosófica da natureza das coisas, em uma apertada síntese, defende o ponto de vista, segundo o qual, as punições não podem e não devem ser iguais para as pessoas, ainda que cometido o mesmo delito, devendo, com o fim maior de alcance da justiça e da liberdade, serem aplicadas as penas, quando necessário, fundamentadas nas particularidades que cercam o caso concreto, nas circunstâncias específicas que o envolvem, ou seja, na natureza das coisas.

Dogmaticamente, os estudos que se destacam nessa seara são os desenvolvidos por Claus Roxin, que pugnam pela inserção de institutos de política criminal no âmbito da dogmática penal, cujo paroxismo é o entendimento de que, ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, a pena só deverá ser aplicada quando absolutamente necessária.

Assim sendo, entendemos que toda a doutrina – seja no âmbito da filosofia, seja no âmbito dogmático – que analisa criticamente os fins atribuídos às penas e que inserem como primeiro pressuposto a necessidade de aplicação destas, podem

servir de substrato para o desenvolvimento e aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada.

DA MITIGAÇÃO DO PODER DE PUNIR ESTATAL

Várias têm sido as criações doutrinárias, como ditas acima, que, pelos mais variados motivos, propugnam por uma retração do poder punitivo.

Há farta doutrina e jurisprudência sedimentando a aplicação dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, insignificância, proporcionalidade, entre tantos outros.

Entretanto, não obstante a existência, reconhecimento e relevante aplicação dos princípios acima nominados, necessário ainda que se expanda a gama de institutos que arrefeçam o direito punitivo, em razão mesmo da falta de legitimidade que permeia a utilização do Direito Penal como forma de controle social. Isso ocorre tanto na esfera de seus postulados básicos, como os inalcançáveis Princípios da Igualdade e da Legalidade, como também na esfera social, na qual o primeiro contato do Estado com o cidadão é na esfera punitiva (cidadania negativa), vez que os direitos à educação, saúde, moradia, emprego, habitação, enfim, o direito a uma vida digna é açambarcado pelo próprio Estado, que nega a seus súditos o reconhecimento de seus direitos sociais fundamentais, ou seja, nega o acesso à cidadania positiva.

Em razão do entendimento acima expendido, está a se desenvolver em sede doutrinária, inclusive com ressonância na jurisprudência de vanguarda, o princípio da coculpabilidade.

Parte da doutrina entende tal princípio como aquele que autoriza o compartilhamento da culpabilidade entre o agente infrator, a sociedade e o Estado, os dois últimos responsáveis pelas injustiças sociais, políticas e culturais que acarretam desigualdade econômica e, conseqüentemente, fulminam a possibilidade de igualdade na superação dos percalços cotidianos, não sendo, pois, razoável, exigir-se de todos um comportamento adequado à lei e aos interesses gerais da sociedade em igual medida.

A culpabilidade, assim entendida, como reprovabilidade da conduta delituosa, seria diretamente proporcional às oportunidades materiais, sociais e culturais às quais o agente infrator tenha tido acesso para realizar-se como ser humano honrado e comportar-se de acordo com os mandatos e proibições afetos ao controle social formal, derivando desse entendimento a concretização de uma *mea culpa*, cujo principal objetivo é atenuar o direito de castigar que o Estado exerce em nome da sociedade.

Como forma de aumentar a objetividade na aplicação do princípio em estudo, propomos, na esfera dos crimes perpetrados sem efetiva violência contra a vítima, quando efetivamente detectado nos autos, após o devido processo legal, a vulnerabilidade extrema ou extremofilia daquele que deverá ser apenado, assim como, a primariedade, que a pena deixe de ser aplicada, não como *mea culpa* do Estado e da sociedade, mas como forma objetiva de compensação pela omissão estatal em cumprir as leis em sua integralidade.

A aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada, aqui proposta, estaria adstrita, portanto, exclusivamente como uma mitigação da intermitência estatal no cumprimento dos dispositivos legais. É um acerto de contas entre o Estado e o cidadão, excluindo-se, na seara objetiva, a sociedade de tal ajuste.

Dessa forma, o Estado, representado pelo órgão jurisdicional e pelo Ministério Público, reconhecendo não ter tido o apenado acesso aos direitos sociais mínimos que garantiriam a sua dignidade de pessoa humana, deixará de aplicar a pena e encaminhará o apenado para programas públicos de inclusão social, para que assim, o primeiro contato entre o Estado e o cidadão dê-se no âmbito da cidadania positiva, reconhecedora de direitos, e não na esfera da punição, da cidadania negativa, cujo objetivo é uma restrição ainda maior dos poucos direitos usufruídos pelos extremófilos.

Não é de bom tom que se suprima ainda mais o que já não representa o mínimo existencial, e é isso o que ocorre diariamente em sede de direito punitivo, cujo alcance hoje está quase que totalmente adstrito ao controle da miséria e dos miseráveis, ou seja, perante as consequências da exclusão social, a melhor solução é a carcerização.

Assim, funcionaria a culpabilidade compartilhada como verdadeiro princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento do sistema penal. Embora selecionados pelas instâncias iniciais do sistema, caracterizada a extremofilia no âmbito do devido processo legal, esta funcionaria como causa impeditiva da punibilidade.

CONCLUSÃO

A inércia é a pior das atitudes, ou falta delas, que pode se configurar nas relações entre o Estado e o cidadão quando está em jogo a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

Os cidadãos não podem ficar à mercê de contingências político-econômicas estatais para verem consolidado o mínimo existencial devido a cada um.

É claramente perceptível que a resposta do Estado, hodiernamente, a tal falta de efetivação dos legalmente previstos como direitos sociais básicos, para uma considerável parcela da população, quiçá a maioria dela, é o incremento de medidas punitivas.

É fato incontestável o encolhimento do Estado social e o inchaço do Estado policial e penal, consequência direta de determinadas políticas adotadas em sede de neoliberalismo.

Assim sendo, e partindo-se do pressuposto segundo o qual o Direito Penal deve funcionar como dique de contenção do *jus puniendi* estatal, necessário que se dê efetividade a mecanismos que possam atingir a tal desiderato, ou seja, mecanismos que se constituam como real arrefecimento da sanha punitiva estatal.

Não temos dúvida de que o desenvolvimento doutrinário acerca do princípio da culpabilidade, enquanto atenuante genérica, ou, como aqui tratado por nós, da culpabilidade compartilhada, como causa impeditiva da punibilidade, é um caminho que vale a pena ser trilhado.

Em síntese, enquanto não forem efetivamente implementados os direitos sociais básicos, que garantam aos cidadãos a igualdade dos pontos de partida dentro do âmbito da competitividade em sociedade, pelo menos na esfera dos crimes cometidos sem violência física real à pessoa, o Estado estaria impedido de exercer o *jus puniendi*, como forma de compensação pela omissão do mesmo em fazer valer toda a legislação afeta ao reconhecimento e supressão de direitos.